

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
Washington, D.C.

En el procedimiento entre

Gas Natural SDG, S.A.
(Demandante)

y

la República Argentina
(Demandada)

Caso No. ARB/03/10

Decisión del Tribunal sobre preguntas preliminares sobre jurisdicción

Miembros del Tribunal:

Prof. Andreas F. Lowenfeld, Presidente
Sr. Henri C. Álvarez, Árbitro
Dr. Pedro Nikken, Árbitro

Secretario del Tribunal
Sr. Gonzalo Flores

Representando a la Demandante:

Sres. Nigel Blackaby, Lluís Paradell
y Felipe Ossa
Freshfields Bruckhaus Deringer
París – Francia
Sres. Vicente Sierra y Rafael Murillo
Freshfields Bruckhaus Deringer
Madrid – España
Sr. Uriel Federico O’Farrell
Estudio O’Farrell
Buenos Aires – Argentina

Representando a la Demandada:

Dr. Osvaldo César Guglielmino
Procurador del Tesoro de la Nación
Argentina
Dras. Cintia Yaryura y
María Victoria Vitali
Procuración del Tesoro de la Nación
Argentina
Buenos Aires - Argentina

Fecha de la Decisión: 17 de junio de 2005

ÍNDICE

Introducción	3
Procedimiento.....	3
La inversión	7
La crisis económica y financiera argentina	8
La reclamación	9
Respuesta de la República Argentina	11
¿La controversia es de las previstas en el Convenio del CIADI?	12
Decisión del Tribunal con respecto al Artículo 25 del Convenio del CIADI.....	14
¿La Demandante tenía la obligación de recurrir a los tribunales argentinos antes de iniciar el arbitraje de autos?	14
Decisión del Tribunal con respecto a la aplicación de la cláusula de nación más favorecida contenida en el TBI entre la Argentina y España.....	20
¿Posee Gas Natural SDG S.A. legitimación para plantear una reclamación conforme al TBI entre la Argentina y España?.....	20
Decisión del Tribunal sobre la legitimación procesal de la Demandante	22
Verificación de las conclusiones del Tribunal	22
Medidas generales versus compromisos específicos	23
Posibilidad de invocar la cláusula de nación más favorecida	24
Legitimación de la Demandante	28
Decisión	30

Introducción

1. El presente caso forma parte de un gran número de arbitrajes promovidos por inversores extranjeros en contra de la República Argentina como consecuencia de las medidas adoptadas por el Gobierno de ese país durante la crisis financiera y económica de 2001-2002. En cada caso, los demandantes sostienen que sus inversiones han sido afectadas por una o más medidas adoptadas por el Gobierno argentino; que sus inversiones se encuentran amparadas por un tratado bilateral sobre inversiones entre el país en que se constituyó como compañía y la República Argentina; que en virtud de ese tratado tiene derecho a que se le indemnizen los daños y perjuicios sufridos; y que el tratado prevé el arbitraje de sus reclamaciones bajo el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (el Convenio del CIADI). En el presente caso, la Demandante, Gas Natural SDG S.A. (en lo sucesivo “Gas Natural” o “la Demandante”), es una sociedad anónima organizada y existente bajo las leyes del Reino de España, y el tratado bilateral sobre inversiones en cuestión es el Acuerdo para la Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones entre el Reino de España y la República Argentina, suscrito en Buenos Aires el 3 de octubre de 1991 y en vigor desde el 28 de septiembre de 1992 (en lo sucesivo “el TBI”).

Procedimiento

2. El 7 de abril de 2003 la Demandante presentó al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“el CIADI” o “el Centro”) una solicitud de arbitraje en el marco del Convenio del CIADI, aduciendo el incumplimiento del Tratado Bilateral de Inversiones entre el Reino de España y la República Argentina. Conforme a lo dispuesto en la Regla 5 de las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje del CIADI

(“Reglas de Iniciación”), el 11 de abril de 2003 el Centro acusó recibo de la solicitud de arbitraje y transmitió una copia de la misma a la Argentina y a la Embajada argentina en Washington D.C. El 29 de mayo de 2003 el Secretario General Interino del CIADI registró la solicitud de arbitraje de conformidad con el Artículo 36(3) del Convenio del CIADI. En la misma fecha el Secretario General Interino del CIADI, de conformidad con la Regla de Iniciación 7, notificó a las partes el registro de la solicitud y las invitó a constituir lo más pronto posible un Tribunal de Arbitraje.

3. No habiéndose puesto de acuerdo las partes, la Demandante optó por encomendar el arbitraje a un panel de tres árbitros, según lo previsto en el Artículo 37(2)(b) del Convenio del CIADI. La Demandante designó como árbitro al Sr. Henri C. Álvarez, de nacionalidad canadiense, y la República Argentina al Dr. Pedro Nikken, de nacionalidad venezolana. No existiendo acuerdo en cuanto a la designación del tercer árbitro, encargado de presidir el Tribunal, el 5 de septiembre de 2003 la Demandante solicitó al Presidente del Consejo Administrativo del CIADI que efectuara dicha designación. El Presidente, con consentimiento de las partes, designó como Presidente del Tribunal al Profesor Andreas F. Lowenfeld, nacional de los Estados Unidos de América.

4. El 10 de noviembre de 2003, en cumplimiento de la Regla 6(1) de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI (“las Reglas de Arbitraje”), el Secretario General Adjunto del CIADI notificó a las partes que los tres árbitros habían aceptado sus respectivos nombramientos, por lo que el Tribunal se entendía constituido, y el procedimiento iniciado, en esa fecha. En la misma carta informó a las partes que el Sr. Gonzalo Flores, Consejero Jurídico Principal del CIADI, se desempeñaría como Secretario del Tribunal.

5. El Tribunal celebró una primera sesión con las partes en la sede del Centro, en la ciudad de Washington, D.C., el 10 de marzo de 2004, para establecer el programa de conducción del arbitraje.

En esa sesión ambas partes confirmaron su acuerdo de que el Tribunal había sido adecuadamente constituido, de conformidad con el Convenio del CIADI y sus Reglas de Arbitraje, y declararon no tener objeciones al nombramiento de ninguno de los miembros del Tribunal. Los representantes de la Demandante se refirieron a las excepciones a la jurisdicción presentadas por la República Argentina en otros casos pendientes ante el CIADI e instaron al Tribunal ordenar a Argentina presentar sus excepciones a la jurisdicción con anterioridad a la presentación del memorial sobre el fondo por parte de la Demandante. Las representantes de la República Argentina indicaron que no podrían hacerlo hasta haber recibido el memorial completo sobre el fondo de la Demandante. Haciendo referencia a la Regla 41(1) de las Reglas de Arbitraje, que provee que toda excepción a la jurisdicción del Centro deberá oponerse lo antes posible, y notando la detallada exposición hecha por la Demandante en su solicitud de arbitraje, el Tribunal decidió, luego de la debida deliberación, formular a las partes tres preguntas preliminares sobre la cuestión de la jurisdicción, sin esperar la presentación del memorial sobre el fondo de la Demandante; lo anterior, en el entendido de que la respuesta a estas preguntas no precluiría la posibilidad de oponer otras excepciones a la jurisdicción del Centro al momento de la presentación del memorial de contestación.

6. Las preguntas formuladas por el Tribunal constan de los términos siguientes en la Resolución Procesal No. 1, de fecha 19 de abril de 2004:

- i. Si la República Argentina ha dado su consentimiento al presente arbitraje;
- ii. Si el Tratado entre el Gobierno de la República Argentina y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones es aplicable en el presente caso de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo VII (2) del Acuerdo para la Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones entre el Reino de España y la República Argentina; y

iii. Si las reclamaciones enunciadas por la Demandante en su Solicitud de Arbitraje constituyen controversias de aquellas que pueden ser sometidas a un tribunal arbitral internacional al amparo del Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República Argentina.

7. Se requirió de la República Argentina que presentase su respuesta dentro de un plazo de cuarenta y cinco (45) días contado desde su recepción de copias certificadas de la Resolución Procesal No. 1, y se ordenó a la Demandante a presentar su respuesta dentro de los cuarenta y cinco (45) días contados desde su recepción del escrito presentado en nombre de la República Argentina. La Argentina presentó el 22 de junio de 2004 su escrito de contestación a las preguntas formuladas por el Tribunal; otro tanto hizo la Demandante el 18 de agosto de 2004. Tras consultar a las partes, el Tribunal declaró que no se requerían escritos adicionales referentes a las preguntas preliminares sobre jurisdicción, pero que el Tribunal daría a cada una de las partes la oportunidad de expresar su posición en una audiencia oral en que los miembros del Tribunal podrían interrogar a los representantes de las Partes .

8. El 10 de enero de 2005 se celebró una audiencia en la sede del Centro, en la ciudad de Washington D.C., para escuchar argumentos de las partes referentes a las preguntas preliminares sobre jurisdicción. Representaron a la Demandante en la audiencia los Sres. Nigel Blackaby y Lluís Paradell, del estudio jurídico Freshfields Bruckhaus Deringer, y el Sr. Uriel Federico O'Farrell, del Estudio O'Farrell de Buenos Aires. Representaron a la Demandada las Sras. Cintia Yaryura y María Victoria Vitali, de la Procuración del Tesoro de la Nación Argentina. Al final de la audiencia se convino en que el Tribunal emitiría un pronunciamiento fundado sobre las preguntas preliminares referentes a la jurisdicción del Centro. De ser negativa la decisión, se daría por terminado el caso; si

la decisión fuera afirmativa, el Tribunal fijaría un calendario para la presentación de los memoriales de las partes sobre el fondo de la diferencia.

La inversión

9. Gas Natural es una sociedad anónima organizada y existente bajo las leyes de España, con la sede principal de sus operaciones en Barcelona. En 1992, poco después de la fecha de entrada en vigencia del TBI entre España y la Argentina, Gas Natural tomó parte en una licitación dispuesta por el Gobierno argentino, enmarcada en un programa iniciado para privatizar empresas de propiedad estatal y atraer inversiones extranjeras. En particular, Gas Natural participó en un consorcio que adquirió el setenta por ciento (70%) de las acciones de Gas Natural BAN, S.A. (en lo sucesivo “BAN, S.A.”), sociedad anónima organizada conforme a la legislación argentina, que había sucedido en la propiedad de sus instalaciones a Gas del Estado, empresa estatal argentina dedicada a la producción y distribución de gas natural para las zonas norte de la Provincia de Buenos Aires (“Buenos Aires Norte”).

10. Conforme a la Solicitud de Arbitraje, los miembros del consorcio constituyeron una compañía argentina, Invergas S.A., para que se hiciera cargo del 70% de las acciones de BAN, S.A. que habían adquirido en virtud de la licitación pública. El 30% restante de las acciones de BAN, S.A. quedaron en manos del Gobierno argentino, que distribuyó el 10% en el marco de un programa de participación accionaria para los empleados. Ulteriormente, a través de una reestructuración de la propiedad accionaria, Invergas S.A. se quedó con el 51% de las acciones de BAN, S.A., y Gas Natural S.D.G. Argentina S.A. se quedó con el 19% adicional. El resto de las acciones, originalmente de propiedad del Estado argentino, está en manos de inversores individuales. La Demandante manifiesta haber invertido US\$136 millones y ser propietaria, en forma indirecta, a través de empresas subsidiarias, incluida Invergas S.A., del 50,4% de las acciones de BAN, S.A.

La crisis económica y financiera argentina

11. En 1991, Argentina puso en marcha un programa de expansión económica que en buena medida debía realizarse privatizando empresas de propiedad estatal y atrayendo inversiones extranjeras directas. Argentina celebró más de cincuenta tratados bilaterales sobre inversiones y se comprometió, por ley, a garantizar la convertibilidad del peso argentino. Se creó un régimen de convertibilidad para mantener la paridad entre el peso y el dólar estadounidense limitando la oferta monetaria local al monto de las reservas en divisas de Argentina. Una parte importante del programa de privatización comprendió la venta de empresas de servicios públicos de propiedad estatal, incluida la entidad a la que se refiere el presente arbitraje.

12. Por diversas razones ajenas al presente arbitraje, los esfuerzos realizados por el Gobierno de Argentina para mantener la paridad entre el peso y el dólar estadounidense se vieron sometidos a fuertes presiones al final de la década de 1990. Por un tiempo la Argentina fue capaz de obtener créditos extranjeros, pero para diciembre de 2001, ya era claro que no habría crédito adicional disponible para la Argentina en el corto plazo, y que la devaluación era inevitable.

13. El 2 de diciembre de 2001 el Presidente Fernando de la Rúa emitió un decreto que prohibía las transferencias de divisas al exterior que superaran determinado monto nominal. En los días siguientes el Gobierno limitó los retiros de efectivo de los bancos, se desató una huelga general, se produjeron disturbios, y el Presidente de la Rúa declaró el estado de sitio. El 20 de diciembre de 2001 el Presidente de la Rúa renunció. El 23 de diciembre de 2001, su sucesor, Adolfo Rodríguez Saá, declaró a la Argentina en cesación de pagos de su deuda pública, estimada en 132.000 millones de dólares estadounidenses. El Presidente Rodríguez Saá renunció una semana después y (prescindiendo de un breve interinato), la Presidencia fue asumida el 1 de enero de 2002 por Eduardo

Duhalde. El Presidente Duhalde ocupó el cargo hasta la elección de mayo de 2003, y muchas de las medidas a las que se refiere el presente arbitraje fueron adoptadas durante su administración.

14. El 6 de enero de 2002, con el consentimiento del Congreso, expresado en una Ley de Emergencia, el Presidente Duhalde dejó sin efecto el requisito legal de paridad entre el valor del peso y el del dólar estadounidense, y fijó un nuevo tipo de cambio de 1.40 pesos por dólar estadounidense. Se mantuvo la clausura de los bancos, iniciada el 23 de diciembre de 2001. El nuevo tipo de cambio no se mantuvo, y a mediados de enero su nivel extraoficial estaba próximo a 2 pesos por dólar estadounidense. La prohibición de efectuar remesas al exterior se mantuvo en efecto.

15. El 2 de febrero de 2002, el Gobierno ordenó a todos los bancos la entrega al Banco Central de todos sus depósitos en dólares estadounidenses. Se confirmó una vez más la prohibición de las transferencias de divisas al exterior sin autorización del Banco Central, sin indicación sobre la duración de la medida ni sobre si se llegaría a autorizar alguna transferencia.

La reclamación

16. Según su Solicitud de Arbitraje, la Demandante efectuó su inversión confiando en lo dispuesto en la Ley No. 23.928 y el Decreto 2/28, de 1991, que establecieron el régimen de paridad y convertibilidad del peso argentino con el dólar estadounidense, y en los mecanismos de protección ofrecidos por el TBI entre España y Argentina, celebrado poco antes de que la compañía presentara su oferta y efectuara la inversión de que se trata. La Demandante sostiene asimismo que en el llamado a participar en la privatización incorporaba, por vía de referencia, una Ley del Gas y un Decreto del Gas, así como las Reglas Básicas dictadas por el Ministerio de Economía como parte del proceso de privatización y licitación. La Ley del Gas y el Decreto del Gas referidos crearon un organismo regulador, el Ente Nacional Regulador del Gas (ENARGAS), cuya misión principal

consistía en aplicar la legislación pertinente y supervisar un adecuado suministro de gas en todo el país, incluyendo la aprobación de las tarifas aplicadas por las diversas licenciatarias (es decir, las compañías privadas de servicios públicos), incluida BAN, S.A. La Demandante sostiene que las promesas y garantías contenidas en esas leyes y decretos, así como en el acto de aceptación de la oferta de licitación en que se definen los términos de la inversión de la compañía, fueron quebrantadas por actos del Gobierno argentino en el período comprendido entre diciembre de 2001 y junio de 2002, y ulteriormente; y que esas transgresiones, individualmente y en conjunto, representaban violaciones del TBI entre España y Argentina, indemnizables a través del presente arbitraje.

17. En particular, la Demandante aduce los siguientes incumplimientos de promesas y garantías específicas que se le habían otorgado en relación con su inversión:

- a) Las tarifas de venta de gas natural acordadas por ENARGAS y Gas Natural se calcularon en dólares estadounidenses; aunque BAN, S.A. debía denominar en pesos las facturas a los consumidores, el Gobierno garantizó que los pagos a ser recibidos por BAN S.A. serían automáticamente convertidos en dólares estadounidenses. Las medidas adoptadas por el Gobierno de Argentina conforme a la Ley de Emergencia violaron esa garantía;
- b) Conforme a las Reglas Básicas (párrafo 16, *supra*), las tarifas de venta de gas natural debían reajustarse dos veces por año, según la evolución del mercado internacional; específicamente en función del índice de los precios al productor (IPP) de los Estados Unidos y del precio del gas y el costo del transporte, lo que se denominó “*Pass-Through*” (“traspaso”), obligándose el Gobierno a abstenerse de imponer

controles de precios. Aunque el Gobierno no estaba facultado para modificar las Reglas Básicas sin previo consentimiento de las licenciatarias (incluida BAN, S.A.), las medidas adoptadas por el Gobierno impidieron el reajuste de las tarifas de acuerdo con las fórmulas acordadas.

- c) En virtud de medidas ulteriores, adoptadas por el Gobierno en marzo y mayo de 2002, los préstamos denominados en dólares estadounidenses sujetos a la legislación argentina se hicieron reembolsables en pesos (a esa altura depreciados); los préstamos denominados en dólares estadounidenses sujetos a la legislación extranjera, en cambio, no se regían por esas medidas y mantuvieron su carácter de obligaciones en dólares. Por lo tanto, BAN, S.A., como acreedora recibiría pesos depreciados, pero como prestataria seguiría estando obligada en dólares, al valor nominal de los préstamos respectivos.

La Demandante sostiene que esas medidas (y otras que no es necesario mencionar acá) llevaron a una reducción del 70% del valor de las acciones de BAN, S.A., y el correspondiente deterioro de las inversiones de la Demandante. La Demandante destaca que en agosto de 2000 el precio de las acciones de BAN, S.A. en el Mercados de Valores de Buenos Aires era de 1.89 pesos (suma equivalente a US\$1.89). En noviembre de 2002 las acciones se cotizaban a 0.189 pesos, y siendo el tipo de cambio de 3.59 pesos por dólar estadounidense, el valor de una acción de BAN, S.A. se había reducido a US\$0.05 a la fecha mencionada.

Respuesta de la República Argentina

18. El Gobierno argentino no niega que la crisis económica y las medidas adoptadas para enfrentarla afectaron a la Demandante, al igual que a todos los demás agentes de la economía

argentina, pero invocando tres razones esenciales, impugna la jurisdicción del Centro y la competencia del Tribunal:

- *Primero*, sostiene que las leyes y decretos cuestionados fueron medidas de política económica general, y por lo tanto no están comprendidas en el Artículo 25(1) del Convenio del CIADI, que confiere jurisdicción al Centro, y a los tribunales establecidos conforme a sus reglas, sobre diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión;
- *Segundo*, niega haber dado su consentimiento al arbitraje según lo previsto en el Artículo 25 del Convenio del CIADI, ya que su consentimiento al arbitraje previsto en el Artículo X del TBI está condicionado a que el inversor recurra previamente a la jurisdicción nacional.
- *Tercero*, el Gobierno sostiene que siendo Gas Natural tan sólo un accionista indirecto de BAN, S.A., que es la licenciataria y titular de las franquicias, no califica como un inversor, y sus tenencias de acciones no representan inversiones amparadas por los mecanismos de protección que concede el TBI.

19. El Tribunal considerará una a una esas impugnaciones.

¿La controversia es de las previstas por el Convenio del CIADI?

20. El Artículo 25(1) del Convenio del CIADI tiene el texto siguiente:

“La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en

someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado”.

Es evidente, y así lo entendieron los redactores del Convenio al igual que todas las Partes Contratantes, que el Convenio no estaba destinado a crear un foro de solución de controversias puramente políticas. La controversia debe cumplir dos criterios para estar comprendida en la jurisdicción *ratione materiae* del Centro: (i) ser una diferencia de *naturaleza jurídica*, y (ii) debe emanar directamente de una *inversión*. El Convenio mismo no define ninguno de los dos términos en cursivas, pero su intención es evidente. Tal como se señala en el Informe de los Directores Ejecutivos del Banco Mundial, presentado a los gobiernos junto con el Convenio:

“La expresión ‘diferencia de naturaleza jurídica’ se ha utilizado para dejar aclarado que están comprendidos dentro de la jurisdicción del Centro los conflictos de derechos, pero no los simples conflictos de intereses. La diferencia debe referirse a la existencia o al alcance de un derecho u obligación de orden legal, o a la naturaleza o al alcance de la reparación a que dé lugar la violación de una obligación de orden legal.”¹

21. Resulta claro de la Solicitud de Arbitraje que la Demandante aduce la existencia de un derecho que encuentra su fuente en obligaciones que, según sostiene, asumió la República Argentina, y reclama reparación por su supuesto incumplimiento. Se desprende también en forma clara de dicha solicitud que la *reclamación* surge directamente de una inversión, según lo descrito en el párrafo 9, que antecede, aunque las *medidas gubernamentales* — concepto que se describe en los párrafos 14 y 15, que anteceden— no estuvieran dirigidas expresamente a esa inversión. La determinación de si en definitiva corresponde admitir la existencia de los derechos aducidos por la Demandante dependerá de la decisión sobre el fondo de la diferencia. Con independencia de la cuestión relativa al consentimiento que la Argentina haya dado o no al arbitraje en el presente caso, que se analizará más adelante en esta decisión, el Tribunal declara que la reivindicación de los referidos derechos ha dado lugar a una diferencia comprendida en la jurisdicción del Centro, conforme a lo estipulado en el Artículo 25(1) del Convenio del CIADI.

¹ Informe de los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, párrafo 26 (1965). Véase también Aron Broches, *The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, Academia de Derecho Internacional de La Haya, Recueil des Cours 1972-II, páginas 361-64.

22. La Demandante formula también reclamaciones comprendidas en los Artículos III, IV y V del TBI entre la Argentina y España, que se refieren respectivamente a protección de inversiones amparadas por el Acuerdo, tratamiento justo y equitativo de esas inversiones, y expropiación o cualquier otra medida de características o efectos similares. La Argentina, por su parte, sostiene que la Demandante no ha demostrado que las medidas impugnadas:

- Fueran injustificadas o discriminatorias,
- Hubieran violado garantías de tratamiento justo y equitativo,
- O poseyeran características o surtieran efectos similares a la expropiación, en el sentido que se da a esos términos en los Artículos III, IV y V del TBI.

Evidentemente, una controversia sobre el significado de normas dispositivas contenidas en un tratado internacional constituye una diferencia de naturaleza jurídica, que pueda ser sometida a arbitraje internacional, si las partes han consentido ese procedimiento.

Decisión del Tribunal con respecto al Artículo 25 del Convenio del CIADI

23. El Tribunal no se pronuncia en forma alguna en el presente estado de la causa sobre la existencia de las obligaciones alegadas por la Demandante, ni sobre la interpretación de los Artículos III, IV y V del TBI en relación con los hechos del presente caso. Al Tribunal le resulta claro, sin embargo, que una controversia sobre la existencia de esas obligaciones o sobre el significado y alcance de las mismas constituye una diferencia jurídica, y que ésta emana directamente de una inversión. **En consecuencia, se rechazan las excepciones de falta de jurisdicción del Centro e incompetencia del Tribunal bajo el Artículo 25(1) del Convenio del CIADI.**

¿La Demandante tenía la obligación de recurrir a los tribunales argentinos antes de iniciar el presente arbitraje?

24. La Argentina sostiene que su consentimiento al arbitraje con un nacional de España se encuentra definido y limitado por el Artículo X del TBI. Como la Demandante no cumplió las obligaciones previstas en los párrafos 2 y 3 de dicho artículo, según los cuales recurrir a la jurisdicción nacional es condición previa para instituir un arbitraje internacional, y como las partes

en la controversia “no [han] acordado otra cosa”, la Argentina sostiene que el Centro carece de jurisdicción para entender en la presente diferencia.²

25. El Artículo X del TBI entre España y la Argentina señala, en lo pertinente, lo siguiente:

**SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ENTRE UNA PARTE
E INVERSORES DE LA OTRA PARTE**

1. Las controversias que surgieren entre una de las Partes y un inversor de la otra Parte en relación con las inversiones en el sentido del presente Acuerdo deberán, en lo posible, ser amigablemente dirimidas entre las Partes en la controversia.
2. Si una controversia en el sentido del párrafo 1 no pudiera ser dirimida dentro del plazo de seis meses, contando desde la fecha en que una de las partes en la controversia la haya promovido, será sometida a petición de una de ellas a los Tribunales competentes de la Parte en cuyo territorio se realizó la inversión.
3. La controversia podrá ser sometida a un tribunal arbitral internacional en cualquiera de las circunstancias siguientes:
 - a) a petición de una de las partes en la controversia, cuando no exista una decisión sobre el fondo después de transcurridos dieciocho meses contados a partir de la iniciación del proceso judicial previsto por el apartado 2 de este artículo,

o

cuando exista tal decisión pero la controversia subsiste entre las partes;
 - b) Cuando ambas partes en la controversia así lo hayan convenido.
4. En los casos previstos por el párrafo 3 anterior, las controversias entre las partes, en el sentido de este Artículo, se someterán de común acuerdo, cuando las partes en la controversia no hubieren acordado otra cosa, sea a un procedimiento arbitral en el marco del “Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados”, del 18 de marzo de 1965, o a un tribunal arbitral ad hoc establecido de conformidad con el reglamento de arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

² Adviértase que el Artículo 26 del Convenio del CIADI establece: “Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio”.

La Demandante dio a conocer al Gobierno la existencia de la controversia por carta del 7 de mayo de 2002, y transcurrieron más de seis meses sin que se resolviera la controversia. No obstante, la Demandante no la sometió a los tribunales argentinos antes de presentar su Solicitud de Arbitraje.

26. La Demandante sostiene que no está obligada a recurrir previamente a la jurisdicción nacional según lo previsto en el Artículo X porque el Artículo IV(2) del TBI —la llamada cláusula de la nación más favorecida— establece lo siguiente:

En todas las materias regidas por el presente Acuerdo, este tratamiento no será menos favorable que el otorgado por cada Parte a las inversiones realizadas en su territorio por inversores de un tercer país.³

La Demandante sostiene que la Argentina ha celebrado más de cincuenta tratados bilaterales de inversión, en sólo diez de los cuales se impone la obligación de recurrir anteriormente a los tribunales nacionales. En especial, la Demandante se basa en el Tratado entre la República Argentina y los Estados Unidos de América sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, de noviembre de 1991, en cuyas disposiciones sustanciales y en lo referente a la solución de controversias entre inversores extranjeros y el país en que se efectúa la inversión, se establece un régimen muy similar al del TBI entre España y Argentina, pero en el que no se prevé la obligación de recurrir previamente a los tribunales nacionales del país donde se efectúa la inversión.⁴

³ El TBI entre Argentina y España contiene, en realidad, dos disposiciones sobre nación más favorecida. El Artículo VII(2) establece:

En el caso de que una Parte, en base a leyes, reglamentos, disposiciones o contratos específicos, hubiera adoptado para inversores de la otra Parte normas más ventajosas que las previstas por el presente Acuerdo, se acordará a los mismos el tratamiento más favorable.

Las partes han discutido ambas disposiciones; a juicio del Tribunal, el Artículo IV(2) es más pertinente para el análisis, pero no existen contradicciones entre las dos disposiciones.

⁴ El Artículo VII del Tratado entre la República Argentina y los Estados Unidos establece, en lo pertinente, lo siguiente:

1. A los fines del presente Artículo una controversia en materia de inversión es una controversia entre una Parte y un nacional o sociedad de la otra Parte, surgida de o relacionada con: a) un acuerdo de inversión concertado entre una Parte y un nacional o sociedad de la otra Parte; b) una autorización para realizar una inversión otorgada por la autoridad en materia de inversiones extranjeras de una Parte a dicho nacional o sociedad, si tal autorización existiera; o c) la supuesta violación de cualquier derecho conferido o establecido por el presente Tratado con respecto a una inversión.
2. En caso de surgir una controversia, las partes en la controversia procurarán primero solucionarla mediante consultas y negociaciones. Si la controversia no pudiera ser solucionada en forma amigable, la sociedad o

27. La Argentina alega que la cláusula de nación más favorecida prevista en el Artículo IV del TBI entre la Argentina y España se refiere a medidas sustantivas de regulación por parte del Estado receptor de la inversión cubierta por el tratado, en tanto que la obligación de recurrir previamente a los tribunales nacionales guarda relación con cuestiones de procedimiento referentes a la solución de controversias. Por lo tanto, la Argentina rechaza la referencia al TBI entre la Argentina y los Estados Unidos o a cualquier otro tratado bilateral de inversiones en el que sea parte, como medio para otorgar un derecho más amplio a un nacional de España, en relación con la solución de controversias, que el previsto en el tratado entre España y la Argentina. La Argentina sostiene, además, que el plazo de 18 meses previsto en el Artículo X(3) constituye un requisito de

el nacional involucrados podrán elegir someter la controversia para su solución:

- a) A los tribunales judiciales o administrativos de la Parte que sea parte en la controversia; o
- b) A los procedimientos de solución de controversias aplicables, previamente acordados; o
- c) A lo dispuesto en el párrafo 3 de este Artículo.

3.

- a) En el caso en que el nacional o sociedad no hubiera sometido la solución de la controversia a lo previsto por el párrafo 2 a) o b), y que hubieran transcurrido seis meses desde l [sic] fecha en que se planteó la controversia, la sociedad o el nacional involucrados podrá expresar por escrito su voluntad de someter la controversia al arbitraje obligatorio:

- i) del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias de Controversias Relativas a Inversiones ("el Centro"), establecido por el Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, adoptado en Washington el 18 de marzo de 1965 ("Convenio CIADI") siempre que la Parte sea parte del Convenio; o
- ii) del Mecanismo Complementario del Centro, de no ser posible recurrir a él; o
- iii) de acuerdo con las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI); o
- iv) de cualquier otra institución arbitral o de acuerdo con cualquier otra norma de arbitraje, según pudieran acordar entre sí las partes en la controversia.

- b) Una vez que el nacional o la sociedad involucrada hubiera expresado su voluntad, cualquiera de las Partes en la controversia puede iniciar el arbitraje de acuerdo con la elección especificada en la manifestación de voluntad.

4. Cada una de las Partes por el presente expresa su voluntad de someter la solución de cualquier controversia en materia de inversión al arbitraje obligatorio de acuerdo con la elección especificada en la manifestación escrita de voluntad del nacional o la sociedad según lo previsto por el párrafo 3. Dicha expresión de voluntad, junto con la manifestación escrita de voluntad del nacional o la sociedad, cuando se expresara según el párrafo 3, satisfará lo requerido por:

- a) la manifestación escrita de voluntad de las partes en la controversia a los efectos del Capítulo II de la Convención del CIADI (Jurisdicción del Centro) y a los fines de las normas del Mecanismo Complementario; y
- b) un "acuerdo por escrito" a los efectos del Artículo II de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras adoptada en Nueva York el 10 de junio de 1958 ("Convención de Nueva York").

agotamiento de recursos internos, que no puede eludirse recurriendo a la cláusula de nación más favorecida. Finalmente, la Argentina sostiene que exigirle que tome parte en un arbitraje con un nacional de España en condiciones que no ha consentido (es decir, sin previo recurso a los tribunales argentinos) sería contrario a la política pública de Argentina.

28. La Demandante, por su parte, sostiene que las disposiciones sobre solución de controversias contenidas en el TBI entre la Argentina y España — y, en realidad, en todos los TBIs celebrados en el último cuarto de siglo — constituyen un componente esencial de la protección otorgada a los inversores, que no puede suprimirse en un TBI. A juicio de la Demandante, por lo tanto, la cláusula de nación más favorecida prevista en el TBI entre la Argentina y España debe interpretarse en el sentido de que confiere a un nacional de España todos los mecanismos de protección de inversiones previstos en otros TBIs celebrados por la Argentina, incluido, en especial, el derecho de recurrir al arbitraje internacional sin antes recurrir a los tribunales nacionales. La Demandante sostiene además que el hecho de que la gran mayoría de los TBIs celebrados por la Argentina en los años noventa no requieran un recurso previo a los tribunales nacionales demuestra la ausencia de razones “de política pública” que impidan hacer efectiva la disposición sobre nación más favorecida en relación con el derecho de acudir directamente al arbitraje internacional una vez expirado el período de negociación de seis meses.

29. Resumiendo este debate, el Tribunal considera que la cuestión fundamental consiste en establecer si las disposiciones sobre solución de controversias de los tratados bilaterales sobre inversiones forman parte del conjunto de mecanismos de protección concedidos a los inversores extranjeros por los Estados donde se efectúan las inversiones. A juicio del Tribunal, la historia, primero del Convenio del CIADI, que creó la institución del arbitraje entre inversores y Estados, y, ulteriormente, de la serie de tratados bilaterales de inversiones entre países desarrollados y en desarrollo (y en algunos casos entre países en desarrollo *inter se*), muestra como un componente decisivo —de hecho, quizás el más decisivo— la institución de un sistema de arbitraje internacional independiente para resolver controversias entre los inversores y el Estado donde se efectúa la inversión. La creación del CIADI y la adopción de tratados bilaterales de inversiones ofreció a los inversores garantías de que las controversias que pudieran derivarse de sus inversiones no estarían expuestas a lo que se consideraba como peligro de demoras y presiones políticas a que pudiera dar

lugar su resolución en tribunales nacionales⁵. En forma convergente, la posibilidad de recurrir a un arbitraje internacional se estableció para preservar al Estado receptor de la inversión de presiones políticas ejercidas por el Gobierno del Estado de la nacionalidad del inversor⁶. La gran mayoría de los tratados bilateral de inversiones, y prácticamente todos los más recientes, prevén un arbitraje internacional independiente para las diferencias entre inversores y Estados, trátese del Convenio del CIADI, el Mecanismo Complementario del CIADI, el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI o convenios similares; y esas disposiciones son universalmente consideradas —por quienes a ellas se oponen y por quienes las promueven— como elementos esenciales de un régimen de protección de inversiones extranjeras directas.

30. El Tribunal nota que la frase introductoria del Artículo IV(2) del TBI se refiere a “todas las materias regidas por el presente Acuerdo...” Ciertas materias están expresamente excluidas; pero no lo está la solución de controversias. El Tribunal nota asimismo que el argumento planteado por la República Argentina sobre razones de política pública no es persuasivo, teniendo en cuenta especialmente que muchos TBIs celebrados por Argentina (además del celebrado con Estados Unidos) no requieren el recurso previo a la jurisdicción nacional para tener acceso al arbitraje internacional. Con respecto a la afirmación de que el plazo de 18 meses previsto en el Artículo X(3) del TBI constituye un requisito inderogable de agotamiento de recursos internos, el Tribunal observa que, conforme a esa disposición, existe la posibilidad de recurrir al arbitraje aunque los tribunales nacionales se hayan pronunciado sobre el caso y, *a fortiori*, aunque no hayan dictado una sentencia definitiva al respecto. En consecuencia, el plazo de 18 meses no está comprendido en el concepto de previo agotamiento de recursos internos tal como lo entiende el Derecho Internacional. Además, el Artículo 26 del Convenio del CIADI establece expresamente que un Estado puede condicionar su

⁵ En Andreas F. Lowenfeld, *International Economic Law*, Capítulo 15, esp., páginas 456-61 (CIADI), 473-88 (BITs) (2002) se encontrará una exposición más detallada de este tema, realizada por un miembro de este Tribunal. Véase también, por ejemplo, Rudolf Dolzer y Margrete Stevens, *Bilateral Investment Treaties* (1995); Teresa McGhie, “Bilateral and Multilateral Investment Treaties”, en Daniel D. Bradlow y Alfred Escher, comps., *Legal Aspects of Foreign Direct Investment*, páginas 107-35 (1999).

⁶ Véase, por ejemplo, el Artículo 27 del Convenio del CIADI, que dispone lo siguiente: “(1) Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo. (2) A los efectos de este Artículo, no se considerará como protección diplomática las gestiones diplomáticas informales que tengan como único fin facilitar la resolución de la diferencia.”

consentimiento al arbitraje en el marco del Convenio al agotamiento de recursos administrativos o judiciales internos, y esta condición no está establecida en el TBI.

Decisión del Tribunal con respecto a la aplicación de la cláusula de nación más favorecida contenida en el TBI entre la Argentina y España

31. El Tribunal considera que la disposición referente al arbitraje internacional entre el inversor y el Estado contenida en los tratados bilaterales de inversiones constituye un incentivo y un mecanismo de protección importante para los inversores extranjeros; además, el hecho de que sólo pueda tenerse acceso a ese arbitraje después de recurrir a los tribunales nacionales y una vez transcurrido un período de espera de 18 meses, implica un mecanismo de protección menos amplio que el acceso al arbitraje inmediatamente después de expirado el período de negociación. **En consecuencia, la Demandante del presente caso tiene derecho a recurrir al mecanismo de solución de controversias previsto en el TBI entre Argentina y los Estados Unidos invocando el Artículo IV(2) del tratado bilateral de inversiones entre España y Argentina.**

¿ Posee Gas Natural SDG S.A. legitimación para plantear una reclamación conforme al TBI entre la Argentina y España?

32. Argentina sostiene que la Demandante no es un inversor en el sentido que se da a ese término en el TBI, ya que es tan sólo un accionista indirecto del titular de la licencia otorgada por el Gobierno argentino, en la que se basa la reclamación. Puesto que en el derecho argentino, como en el de la mayoría de los Estados, en general los accionistas no están legitimados para incoar demandas en nombre de una sociedad, la Argentina sostiene que la Demandante no califica como inversor. La Demandante responde que su reclamación se basa en la pérdida de valor de las acciones de BAN, S.A., y que esas acciones evidentemente están incluidas en la definición de inversiones del TBI. Por lo tanto, según la Demandante, no se trata de un reclamación fundamentada sobre una licencia otorgada conforme a la legislación argentina, sino que de una demanda directa conforme al Tratado, en su calidad de accionista de una compañía argentina.

33. El Tribunal nota que si bien el Convenio del CIADI no define el término “inversiones”, el TBI claramente lo hace, en forma inclusiva. En lo pertinente, el Artículo I(2) del TBI tiene el texto siguiente:

“El término “inversiones” designa todo tipo de haberes, tales como bienes y derechos de toda naturaleza, adquiridos o efectuados de acuerdo con la legislación del país receptor de la inversión y en particular, aunque no exclusivamente, los siguientes:

- acciones y otras formas de participación en sociedades;
- derechos derivados de todo tipo de aportaciones realizados con el propósito de crear valor económico incluidos los préstamos directamente vinculados a una inversión específica, hayan sido o no capitalizados;
- los bienes muebles e inmuebles, así como los derechos reales tales como hipotecas, privilegios, prendas, usufructos y derechos análogos;
- todo tipo de derechos en el ámbito de la propiedad intelectual, incluidas las patentes de invención y marcas de comercio, así como licencias de fabricación y “know-how;”
- derechos para realizar actividades económicas y comerciales otorgados por la ley o en virtud de un contrato, en particular los relacionados con la prospección, cultivo, extracción y explotación de recursos naturales.

El contenido y alcance de los derechos correspondientes a las diversas categorías de haberes estarán determinados por las leyes y reglamentaciones de la Parte en cuyo territorio esté situada la inversión.

Ninguna modificación de la forma jurídica según la cual los activos y capitales hayan sido invertidos o reinvertidos deberá afectar su calificación de inversiones de acuerdo con el presente Acuerdo.”

34. Esta definición sigue la práctica casi universal de los TBIs de definir el objeto del tratado con la mayor generalidad posible.⁷ Al Tribunal le resulta indudable que las acciones de una sociedad argentina — en este caso BAN, S.A.— están comprendidas en la definición citada. Tal como se establece en el segundo párrafo del Artículo I(2), los derechos que pertenecen a los accionistas en virtud de la legislación en cuyo marco se ha organizado la sociedad están sujetos a la legislación argentina. Esta legislación determina, por ejemplo, el procedimiento de convocatoria de asambleas de accionistas y el de elección de directores, a las cuentas que deben llevarse, etcétera. Es evidente, en cambio, que las acciones mismas, cuando son de propiedad de un nacional de una parte del tratado, constituyen una “inversión”, tal como se define esta expresión en el tratado. De hecho, el procedimiento estándar de realización de inversiones extranjeras directas, aplicado en presente caso y en la gran mayoría de las transferencias

⁷ Véase Dolzer y Stevens, páginas 25-31.

transnacionales de capital privado, consiste en que una sociedad se establezca conforme a la legislación del país que recibe la inversión, y que el inversor extranjero adquiera las acciones de esa sociedad, o de una sociedad existente establecida conforme a la legislación del país que recibe la inversión. El sistema del Convenio del CIADI y de los tratados bilaterales de inversión consiste en que, en las referidas circunstancias, el inversor extranjero adquiere derechos en el marco del Convenio y del tratado, incluyendo, en especial, la legitimación para promover un arbitraje internacional.

Decisión del Tribunal sobre la legitimación activa de la Demandante

35. Surge de lo que antecede que una reclamación basada en el deterioro del valor de las acciones de propiedad de la Demandante como resultado de medidas adoptadas por el Gobierno del país receptor de la inversión da lugar a una controversia referente a inversiones en el sentido que da a ese término el Artículo X del TBI, y que el inversor (si reúne los restantes requisitos previstos en el tratado) posee legitimación procesal para plantear esa reclamación ante un tribunal de arbitraje. **El Tribunal resuelve que la Demandante Gas Natural SDG, S.A. posee legitimación para incoar su reclamación ante el Tribunal en virtud de lo dispuesto en las Reglas de Arbitraje del CIADI y en el tratado bilateral de inversiones entre el Reino de España y la República Argentina.**

Verificación de las conclusiones del Tribunal

36. El Tribunal desea hacer hincapié en que ha dictado su decisión en forma independiente, sin considerarse vinculado por ninguna otra sentencia o laudo arbitral. Habiendo llegado a las respectivas conclusiones, sin embargo, el Tribunal ha creído útil compararlas con las de otros arbitrajes recientes tramitados conforme a las Reglas de Arbitraje del CIADI y emanadas de reclamaciones enmarcadas en tratados bilaterales sobre inversiones contemporáneos. Resumiremos aquí algunos ejemplos de esas decisiones, lo que nos permitirá confirmar que no hemos encontrado, ni se nos han dado a conocer, decisiones o laudos en que se haya llegado a la conclusión opuesta.

Medidas generales versus compromisos específicos

37. El caso *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/08, Decisión sobre Jurisdicción del 17 de julio de 2003,⁸ al igual que el presente caso, se refería a una reclamación planteada por una compañía de transmisión de gas que aducía el incumplimiento por parte de la República Argentina, de una fórmula de ajuste de tarifas aplicable a una entidad argentina (TGN), en la que la Demandante había efectuado una inversión. La Demandante, sociedad anónima constituida en los Estados Unidos, invocaba las disposiciones del tratado bilateral de inversiones entre Argentina y los Estados Unidos de 1991, en relación con la jurisdicción del CIADI y del Tribunal establecido conforme a las reglas del Centro, y a los efectos de definir las normas sustanciales que regían su reclamación.

38. Como *CMS* es una sociedad anónima constituida en los Estados Unidos, no estaba en disputa la aplicabilidad del tratado Argentina-Estados Unidos en virtud de una cláusula de nación más favorecida (párrafos 26-31, *supra*). No obstante, al igual que en el presente caso, la Argentina adujo la inadmisibilidad de la reclamación en virtud de que las medidas que, según lo aducido, violaron los derechos de la Demandante en virtud del tratado, no estaban dirigidas específicamente a la Demandante, sino que eran medidas de aplicación general destinadas a hacer frente a la crisis económica que experimentó la Argentina en el período comprendido entre diciembre de 2001 y enero de 2002 y ulteriormente, tal como se describe en los párrafos 14-15 que anteceden. Al igual que en este caso, la Demandante no negó que la Argentina estuviera padeciendo una crisis fiscal y cambiaría y que las medidas que adoptó ese país para poner fin al régimen de equivalencia entre el peso argentino y el dólar estadounidense y dejar en suspenso la aplicación de las fórmulas de ajuste de tarifas anteriormente acordadas hubiera afectado también a otras empresas, pero negó que ello la privara de la protección o de los recursos a los que tenía derecho conforme al TBI.

39. En el caso *CMS*, el Tribunal, al igual que el Tribunal en este caso, sostuvo que las cuestiones de política económica general no estaban comprendidas en la jurisdicción del Centro, que conforme al Artículo 25 del Convenio del CIADI debe limitarse a entender en diferencias de naturaleza jurídica relacionadas con una inversión. Sostuvo asimismo, como este Tribunal lo hace en el caso de autos, que el Centro posee jurisdicción para determinar si las medidas de política económica general

8 Disponible en <http://www.asil.org/ilib/cms-argentina.pdf>.

violan compromisos específicos jurídicamente vinculantes asumidos frente a un inversor amparado por el Tratado. (Véase Decisión sobre Jurisdicción, Caso *CMS*, párrafo 33).

40. El Tribunal en el caso *CMS* declaró, como lo hace este Tribunal (párrafo 21), que la cuestión de determinar si las medidas impugnadas efectivamente violan compromisos específicos asumidos frente a una demandante, constituye un factor importante para las actuaciones referentes al fondo de la diferencia.

Posibilidad de invocar la cláusula de nación más favorecida

41. El caso *Siemens A.G. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/8, Decisión sobre Jurisdicción del 3 de agosto de 2004,⁹ se refería a un contrato entre una subsidiaria de propiedad de Siemens y el Gobierno de la República Argentina, referente al establecimiento y mantenimiento de un sistema de control de migración e identificación personal. Siemens, compañía constituida en Alemania, sostuvo que el Gobierno argentino, invocando la Ley de Emergencia de enero de 2002 (véase el párrafo 13, *supra*), había rescindido ilegítimamente el contrato, y adujo el incumplimiento del tratado bilateral de inversiones entre la Argentina y Alemania del 9 de abril de 1991. Siemens dio a conocer la existencia de una controversia según lo preceptuado por el TBI, y tras negociaciones infructuosas y la expiración del plazo de negociación de seis meses promovió un arbitraje conforme a las Reglas de Arbitraje del CIADI.

42. El TBI entre la Argentina y Alemania establece la obligación de recurrir previamente a los tribunales nacionales argentinos y observar un plazo de espera de 18 meses, régimen sustancialmente idéntico al del Artículo X del TBI entre la Argentina y España. Sin embargo, como sucede en el caso de autos, Siemens no recurrió a la jurisdicción nacional argentina, sino que invocó expresamente las disposiciones sobre nación más favorecida del TBI entre la Argentina y Alemania y del TBI entre Chile y la Argentina, que no contiene disposición alguna que obligue a recurrir previamente a los tribunales argentinos ni a observar un plazo de espera de 18 meses.

43. El TBI entre la Argentina y Alemania contiene tres disposiciones sobre el régimen de nación más favorecida, todas las cuales se refieren (con leves variaciones) a concepto de “trato.” El Artículo 3(1) habla del “trato [...] que se conceda [...] a las inversiones de nacionales y sociedades de

9 Disponible en http://www.asil.org/ilib/Siemens_Argentina.pdf.

terceros Estados”; el Artículo 3(2) habla de “someterá [...] en cuanto se refiere a sus actividades relacionadas con las inversiones, a un trato ... a los nacionales y sociedades de terceros Estados”, y el Artículo 4(4) establece: “en lo concerniente a las materias regidas por el presente artículo... [gozarán] del trato de nación más favorecida.”¹⁰ Al impugnar la jurisdicción del Centro, la República Argentina sostuvo, *inter alia*, que las disposiciones sobre nación más favorecida contenidas en el TBI entre la Argentina y Alemania no eran aplicables a la solución de controversias, ya que sólo se aplicaban a cuestiones “sustantivas”, y que la cláusula sobre nación más favorecida prevista en el Artículo 4 del TBI entre la Argentina y Alemania, “en lo concerniente a las materias regidas por el presente Artículo... trato”, no podía abarcar la solución de controversias, ya que a ese tema se refería otro artículo del Tratado.

44. Tras examinar diversos casos marginales planteados ante la Corte Internacional de Justicia mucho antes del advenimiento de los TBIs, el Tribunal en el caso *Siemens* concluyó que el término “trato” contenido en las tres cláusulas, y la frase “actividades relacionadas con las inversiones” son suficientemente amplios como para abarcar la solución de controversias (Decisión sobre jurisdicción, Caso *Siemens*, párrafo 103).

45. El caso *Maffezini c. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/97/7, Decisión sobre jurisdicción del 25 de enero de 2000,¹¹ se refería al mismo TBI entre la Argentina y España de que se trata en el presente arbitraje, pero el inversor privado/demandante era de nacionalidad argentina y el demandado era el Reino de España. Como en este caso, el Demandante dio a conocer la existencia de una controversia enmarcada en el Tratado; durante seis meses se llevaron a cabo negociaciones, al cabo de las cuales el Demandante promovió el arbitraje conforme a las Reglas de Arbitraje del CIADI, sin recurrir a la jurisdicción nacional de España ni aguardar el vencimiento de un plazo de 18 meses. El Demandante invocó el TBI entre Chile y España, que no contiene esos requisitos. España formuló un argumento idéntico al expuesto por la Argentina en el presente caso, es decir, que el Artículo IV(2) del tratado entre Argentina y España, que se refería a “todas las materias”, sólo podía interpretarse en el sentido de que hiciera referencia a todas las cuestiones sustantivas o aspectos materiales del tratamiento otorgado a los inversores, y no a cuestiones de procedimiento o jurisdiccionales. (Decisión, párrafo 41.)

¹⁰ El Artículo 3 se refiere a la admisión, el Artículo 4 a la protección de las inversiones.

46. El tribunal respondió lo siguiente:

“No obstante el hecho de que el tratado básico que contiene la cláusula no se refiere expresamente a la solución de controversias como una materia cubierta por la cláusula de nación más favorecida, el Tribunal considera que hay razones suficientes para concluir que actualmente los arreglos relativos a la solución de controversias están inseparablemente vinculados con la protección de inversionistas extranjeros, como también se vinculan con el resguardo de los derechos de los comerciantes en los tratados de comercio. La jurisdicción consular en el pasado, como otras formas de jurisdicción extraterritorial, eran consideradas esenciales para la protección de los derechos de los comerciantes y, por consiguiente, no se les consideraba como meros mecanismos de procedimiento sino como arreglos concebidos para asegurar una mejor protección de los derechos de tales personas en el extranjero. De ahí que tales arreglos, aún sin que formen parte estrictamente del tratamiento sustantivo de la política comercial y de inversiones que promueven los tratados de comercio y navegación, eran esenciales para la adecuada protección de los derechos que procuraban garantizar.

El arbitraje internacional y otros mecanismos de solución de controversias han reemplazado esas prácticas más antiguas y frecuentemente abusivas del pasado. Sin embargo, estos modernos mecanismos son también esenciales para proteger los derechos previstos por los tratados pertinentes y también están estrechamente vinculados a los aspectos sustantivos del tratamiento acordado. Los comerciantes e inversionistas, al igual que sus Estados de nacionalidad, han considerado tradicionalmente que sus derechos e intereses se protegen mejor recurriendo al arbitraje internacional que sometiendo las controversias a los tribunales nacionales, mientras que los gobiernos receptores han considerado tradicionalmente que ha de preferirse la protección de los tribunales nacionales. La historia de la preparación del Convenio del CIADI ofrece una amplia evidencia de los puntos de vista contradictorios de quienes favorecían el arbitraje y quienes apoyaban políticas afines a diferentes versiones de la Cláusula Calvo.

De lo expuesto puede concluirse que si un tratado con un tercero contiene disposiciones para la solución de controversias que sean más favorables para la protección de los derechos e intereses del inversor que aquellos del tratado básico, tales disposiciones pueden extenderse al beneficiario de la cláusula de nación más favorecida pues son plenamente compatibles con el principio *ejusdem generis*. Naturalmente que el tratado con el tercero tiene que referirse a la misma materia del tratado básico, sea ésta la protección de inversiones extranjeras o la promoción del comercio, puesto que las disposiciones sobre solución de controversias se aplicarán en el contexto de estas materias; de otro modo se incurriría en contravención de dicho principio. Esta aplicación de la cláusula de nación más favorecida tiene, sin embargo, algunos límites derivados de consideraciones de política pública que se expondrán más adelante.

...

A la luz de las consideraciones expuestas, el Tribunal es de la opinión que el Demandante ha demostrado convincentemente que la cláusula de nación más favorecida incluida en el ABI Argentina-España comprende las disposiciones sobre solución de controversias de este tratado. Por consiguiente, sobre la base de los arreglos más favorables contenidos en el ABI Chile-España y la política jurídica adoptada por España respecto del tratamiento de sus propios inversores en el extranjero, el Tribunal concluye que el Demandante tiene derecho a someter la controversia actual al arbitraje sin presentarla previamente a los tribunales españoles. El Tribunal considera que la exigencia de recurrir previamente a los tribunales nacionales contenida en el ABI Argentina-España no responde a un aspecto fundamental de la política pública considerada en el contexto del tratado, de las negociaciones relacionadas con él, de los otros mecanismos jurídicos o de la práctica subsiguiente de las partes. Sobre esta base, el Tribunal confirma la jurisdicción del Centro y su propia competencia en este caso, no siéndole posible acoger la objeción que en este aspecto ha sido presentada por el Reino de España.”

(Decisión sobre jurisdicción, párrafos 54-56, 64)

47. Es evidente que los fundamentos y conclusiones del tribunal en el caso *Maffezini*, sobre los cuales a su vez se basó el Tribunal en el caso *Siemens*, son sustancialmente congruentes con el razonamiento y las conclusiones del presente Tribunal.¹²

48. En la audiencia oral del 10 de enero de 2005 se hizo referencia al caso *Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade c. Reino Hachemita de Jordania*, Caso CIADI No. ARB/02/13, Decisión sobre jurisdicción del 29 de noviembre de 2004, publicada mucho después de la presentación de argumentos escritos en este arbitraje. En ese caso, que emanó de una controversia entre dos compañías de construcción italianas y el Reino de Jordania con respecto a reclamaciones referentes a un contrato de construcción, el Tribunal estableció una distinción entre las reclamaciones contractuales y las basadas en tratados, apuntando a una cláusula detallada sobre solución de controversias contenida en el acuerdo sobre inversiones y en las condiciones generales del contrato de construcción. El Tribunal declaró que sólo las reclamaciones basadas en tratados se regían por el consentimiento al arbitraje del CIADI contenido en el tratado bilateral de inversiones entre Italia y

¹² El Tribunal advierte que el argumento de Argentina de que la posición de España en el caso *Maffezini* refleja una interpretación del TBI entre Argentina y España compatible con la de Argentina en este caso. No creemos, sin embargo, que un argumento formulado por una parte en el contexto de un arbitraje sea la expresión de la práctica por la cual conste el acuerdo de las partes de un tratado en la acepción del Artículo 31(3)(b) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Jordania, por lo cual carecía de jurisdicción para entender de reclamaciones contractuales. Los Demandantes sostuvieron que la distinción entre reclamaciones contractuales y reclamaciones basadas en tratados habían sido derogadas por la cláusula de nación más favorecida del TBI, e instaron al tribunal a aplicar el precedente del caso *Maffezini*, pero el Tribunal rechazó ese argumento. En el caso *Salini*, el Tribunal, haciendo una distinción con el caso *Maffezini*, señaló que en el caso que tenía ante sí no existía disposición alguna, en el artículo sobre nación más favorecida, que hiciera referencia a “todas las materias regidas por el presente acuerdo”, y que existían fuertes indicios de que las partes se habían propuesto excluir las controversias contractuales del arbitraje CIADI. (Decisión del caso *Salini*, párrafos 118, 119.)

49. Este Tribunal entiende que la cuestión referente a la aplicación de una cláusula general de nación más favorecida a las disposiciones sobre solución de controversias de los tratados bilaterales de inversiones no está exenta de dudas, y que diferentes tribunales, confrontados con hechos y antecedentes sobre negociaciones distintas, pueden llegar a diferentes resultados. No obstante, el Tribunal está convencido de que la intención de las partes del TBI ente España y la Argentina consistía en someter el régimen de solución de controversias a las disposiciones sobre trato de nación más favorecida, y que nuestro análisis, enunciado en los párrafos 28-30, *supra*, es compatible con el pensamiento actual, expresado en otros recientes laudos arbitrales. Mantenemos nuestra convicción de que la garantía de un arbitraje internacional independiente es un elemento importante —quizás el más importante— del sistema de protección de los inversores. A menos que resulte claro que los Estados Partes en un TBI o las partes en un determinado acuerdo sobre inversiones han acordado un método diferente para dar solución a eventuales controversias, deben entenderse aplicables a la solución de controversias las disposiciones de los TBIs sobre nación más favorecida.

Legitimación de la Demandante

50. La aseveración de que un demandante que invoca un tratado bilateral de inversiones carece de legitimación procesal porque es tan sólo un inversor indirecto en la empresa que mantiene un contrato con un Estado Parte del TBI o ha obtenido de él una franquicia, se ha formulado en muchas ocasiones, pero nunca, en tanto sea de conocimiento del Tribunal, con éxito. En el Caso *CMS*, analizado en el párrafo 37 *supra*, el Tribunal distinguió entre la reclamación de TGN, licenciataria directa en el marco del programa de privatización de la República Argentina, y un demandante con

base de operaciones en los Estados Unidos que había invertido en acciones de TGN. El análisis realizado por ese Tribunal fue muy similar al efectuado por este Tribunal:

Debido a que los derechos del Demandante pueden ejercerse en forma independiente de los derechos de TGN y de aquellos relativos a la Licencia, según se ha observado anteriormente, y debido a que el Demandante tiene una acción independiente bajo el Tratado respecto de la inversión protegida, el Tribunal concluye que la presente controversia surge directamente de la inversión realizada y que, por consiguiente, no existe un obstáculo al ejercicio de la jurisdicción en esta materia.

(Decisión sobre jurisdicción, párrafo 68).

51. Análogamente, en *Azurix Corporation c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/12, Decisión sobre jurisdicción del 8 de diciembre de 2003,¹³ la Demandante Azurix, compañía con base de operaciones en los Estados Unidos, formuló una reclamación en el marco del TBI entre la Argentina y los Estados Unidos, basándose en una concesión otorgada por el Gobierno a una subsidiaria constituida en la Argentina. El Tribunal afirmó lo siguiente:

El Tribunal está convencido de que la inversión descrita por la Demandante en su escrito de dúplica sobre jurisdicción es una inversión protegida por las disposiciones del TBI y del Convenio: a) Azurix es propietaria indirecta del 90% de las participaciones accionarias de ABA, b) Azurix controla indirectamente ABA, y c) ABA es parte en el Contrato de Concesión y se constituyó con la finalidad específica de firmar el Contrato de Concesión como se requería en las Bases y Condiciones de Licitación.

Habiendo determinado que la inversión de la Demandante es una inversión protegida en el marco del TBI, el Tribunal concluye que la controversia, tal como ha sido presentada por la Demandante, es una controversia surgida directamente de esa inversión.

(Decisión sobre jurisdicción, párrafos 65-66).

52. En resumen, el Tribunal está satisfecho de que sus análisis y decisiones, a los que llegó en forma independiente, son compatibles con las conclusiones de otros tribunales arbitrales que debieron pronunciarse sobre cuestiones similares. De ello no se infiere que las decisiones finales de este Tribunal sobre el fondo de la diferencia serán totalmente conformes con las de otros tribunales arbitrales, porque se trata de diferentes reclamaciones que se han basado en tratados y situaciones fácticas diferentes. No obstante, el Tribunal está convencido de que corresponde dar una respuesta afirmativa a cada una de las preguntas contenidas en la Resolución Procesal No. 1 y reproducidas en el párrafo 6 de esta Decisión. Repetimos que conforme a lo dispuesto en el Artículo 41(1) de las

Reglas de Arbitraje del CIADI, nada impide que la Demandada oponga excepciones a la jurisdicción del Centro o a la competencia del Tribunal no consideradas en la presente decisión.

Decisión

53. Por las razones arriba expresadas, el Tribunal decide pasar a la etapa siguiente de este arbitraje, es decir emplazar a las partes a presentar su memorial y memorial de contestación sobre el fondo del asunto, junto con las pruebas que respalden su argumentación, en observancia de la Resolución Procesal que seguirá a la presente decisión.

Andreas F. Lowenfeld
Presidente

Henri C. Álvarez
Árbitro

Pedro Nikken
Árbitro