

**CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE
DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES**

SAUR INTERNATIONAL

C.

REPÚBLICA ARGENTINA

(Caso CIADI No. ARB/04/4)

**DECISIÓN DEL TRIBUNAL DE ARBITRAJE
SOBRE EXCEPCIONES A LA JURISDICCIÓN**

Miembros del Tribunal:

Juan Fernández-Armesto, Presidente
Bernard Hanotiau, Árbitro
Christian Tomuschat, Árbitro

Secretaria del Tribunal:

Claudia Frutos-Peterson

Washington, D.C., a 27 de febrero de 2006

ÍNDICE

PÁGINA

I. HISTORIA PROCESAL	3 – 5
II. HECHOS NO CONTROVERTIDOS Y RECLAMOS DE LAS PARTES	6 – 7
III. LAS ARGUMENTACIONES DE LAS PARTES	8 – 16
1. LA DEMANDA DE SAURI	8
2. LA OBJECCIÓN PLANTEADA POR LA REPÚBLICA ARGENTINA	9
3. LA CONTESTACIÓN DE SAURI	10
4. LOS ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LA REPÚBLICA ARGENTINA DURANTE SU PRIMERA INTERVENCIÓN EN LA AUDIENCIA	11
5. LOS ARGUMENTOS PRESENTADOS POR SAURI DURANTE SU PRIMERA INTERVENCIÓN EN LA AUDIENCIA	12
6. ARGUMENTOS ADICIONALES PRESENTADOS POR LA REPÚBLICA ARGENTINA EN SU SEGUNDA INTERVENCIÓN EN LA AUDIENCIA	15
7. ARGUMENTOS ADICIONALES PRESENTADOS POR SAURI EN SU SEGUNDA INTERVENCIÓN EN LA AUDIENCIA	15
8. ESCRITOS POSTERIORES DE LAS PARTES	16
IV. FUNDAMENTOS JURÍDICOS	17 – 32
1. LOS REQUISITOS PARA LA LEGITIMACIÓN ACTIVA DEL DEMANDANTE, LA ARBITRABILIDAD DE LA CONTROVERSIA Y LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL	17 – 27
(i) Las partes legitimadas: Inversor y Parte Contratante	18
(ii) El consentimiento de las partes	20
(iii) Una controversia de naturaleza jurídica	21
(iv) Una controversia relativa a una inversión y que surja directamente de ella	24
2. DECISIÓN DEL TRIBUNAL	27
3. REFERENCIA A OTRAS DECISIONES CIADI	27
V. DECISIÓN	33

I. HISTORIA PROCESAL

1. El 17 de noviembre de 2003, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (“CIADI” o el “Centro”) recibió de SAUR International, (“SAURI” o “la Demandante”), una compañía constituida bajo las leyes de Francia, con domicilio en Challenger, 1, avenue Eugène Freyssinet, 78280 Guyancourt, Francia, una solicitud de arbitraje de fecha 13 de noviembre de 2003 (la “Solicitud de Arbitraje”) en contra de la República Argentina (“Argentina” o “la Demandada”).
2. El 19 de noviembre de 2003, el Centro acusó recepción de la Solicitud de Arbitraje y transmitió una copia a la Demandada y a la Embajada de la República Argentina en la ciudad de Washington, D.C., de conformidad con la Regla 5 de las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje del CIADI (“Reglas de Iniciación”). La disputa se refiere a ciertos actos y omisiones supuestamente cometidos por parte de la República Argentina y la Provincia de Mendoza en contra de la inversión realizada por SAURI en Obras Sanitarias de Mendoza S.A. (OSM), sociedad de servicios públicos que distribuye agua potable y realiza el tratamiento y la eliminación de aguas residuales en la provincia argentina de Mendoza. En su solicitud la Demandante invoca las disposiciones del Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República Francesa y la República Argentina de 3 de julio de 1991 (el “Tratado Bilateral”).
3. Con arreglo a lo dispuesto por el Artículo 36(3) del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados del CIADI (“Convenio CIADI”), el 27 de enero de 2004 el Secretario General Interino del CIADI registró la Solicitud de Arbitraje y así se lo notificó a las partes, invitándolas a que constituyeran un Tribunal de Arbitraje en cuanto les fuera posible. Lo anterior de conformidad con la Regla 7 de las Reglas de Iniciación.
4. Con posterioridad, la Demandante nombró como árbitro al Sr. Bernard Hanotiau, de nacionalidad belga. Por su parte, la Demandada nombró como árbitro al Sr. Christian Tomuschat, de nacionalidad alemana.
5. Luego de consultar a las partes, y de conformidad con el Artículo 38 del Convenio del CIADI y la Regla 4 de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del Centro (“Reglas de Arbitraje”), el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI nombró al Sr. Juan Fernández-Armesto, de nacionalidad española, como tercer árbitro y Presidente del Tribunal.
6. Según lo dispuesto en la Regla 6(1) de las Reglas de Arbitraje, el 3 de septiembre de 2004, el Secretario General del Centro notificó a las partes que los tres árbitros habían aceptado su nombramiento y que por lo tanto el Tribunal se entendía constituido y el procedimiento iniciado en esa fecha. Asimismo, se les informó que la Sra. Claudia Frutos-Peterson, consejero jurídico del CIADI, desempeñaría las

funciones de Secretario del Tribunal de acuerdo con la Regla 25 del Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI.

7. De conformidad con la Regla 13 de las Reglas de Arbitraje, el Tribunal celebró su primera sesión en la ciudad de Washington, D.C. el 13 de noviembre de 2004. En representación de la Demandante asistió el Sr. Philippe Pinsolle, del estudio de abogados Shearman & Sterling, París, Francia. En representación de la Demandada asistieron las Sras. Cintia Yaryura y Gisela Makowski y el Sr. Gabriel Bottini, todos de la Procuración del Tesoro de la Nación Argentina.
8. Durante la primera sesión del Tribunal, las partes estuvieron de acuerdo en que el Tribunal estaba constituido de conformidad con el Convenio y las Reglas de Arbitraje del CIADI y que no tenían objeción alguna respecto a los miembros del Tribunal. Asimismo se acordó que el procedimiento se llevaría a cabo de acuerdo con las Reglas de Arbitraje en vigor desde el 1 de enero de 2003.
9. En la primera sesión las partes también convinieron sobre diversas cuestiones de procedimiento, las cuales quedaron asentadas en un acta resumida firmada por el Presidente y la Secretaria del Tribunal. Respecto al calendario de presentación de las actuaciones escritas de las partes, el Tribunal, luego de consultar a las partes al respecto, y en vista de que la Demandante requirió que su Solicitud de Arbitraje fuera considerada como su memorial sobre el fondo, acordó que la Demandante dispondría de un plazo de 30 días, contados a partir de la fecha de la primera sesión, para presentar las pruebas adicionales que estimare pertinentes, las cuales comprenderían prueba documental, testimonial y/o pericial, y que la Demandada dispondría de un plazo de 120 días, una vez recibidas las pruebas adicionales presentadas por la Demandante, para presentar su memorial de contestación sobre el fondo. Con posterioridad, tanto la Demandante como la Demandada tendrían un plazo de 90 días para presentar sus memoriales de réplica y dúplica, respectivamente. Asimismo se acordó un calendario alternativo en caso de que la Demandada presentara objeciones a la jurisdicción del Centro y a la competencia del Tribunal.
10. De conformidad con lo acordado durante la primera sesión, el 13 de diciembre de 2004 la Demandante presentó sus pruebas adicionales, complementando su Solicitud de arbitraje.
11. El 25 de febrero de 2005, la Demandada interpuso un memorial sobre objeciones a la jurisdicción del Centro y a la competencia del Tribunal¹ (el “Memorial de Objeciones”).
12. En vista de las objeciones presentadas por la Demandada, el 8 de marzo de 2005 el Tribunal declaró suspendido el procedimiento sobre el fondo del asunto de acuerdo

¹ Nótese que la versión española del Convenio CIADI se refiere en el art. 25 a la “jurisdicción” del CIADI y en el art. 41(1) a la “competencia” del Tribunal Arbitral. La versión francesa del mismo Convenio utiliza en ambos casos la expresión “*compétence*”. El Tribunal Arbitral utilizará en francés y en español la expresión “*jurisdiction/jurisdicción*” para referirse al CIADI y “*compétence/competencia*” para referirse al Tribunal Arbitral.

con lo dispuesto por la Regla 41(3) de las Reglas de Arbitraje e invitó a la Demandante a presentar su memorial de contestación dentro de los 90 días contados desde la recepción de las objeciones formuladas por la Demandada, plazo éste que vencería el 6 de junio de 2005.

13. De conformidad con lo anterior, el 6 de junio de 2005 la Demandante presentó su memorial de contestación sobre jurisdicción y competencia (el “Memorial de Contestación”).
14. Con fecha 28 de junio de 2005, el Tribunal, previa consulta con las partes y con el acuerdo de ambas, determinó que, en vista a los argumentos detalladamente presentados por las partes en sus memoriales, no se hacía necesaria la presentación de los escritos de réplica y dúplica. Con fechas 23 de septiembre y 17 de octubre de 2005, el Tribunal decidió, con el acuerdo de las partes, que la audiencia sobre jurisdicción se llevaría a cabo los días 10 y 11 de noviembre de 2005 en la ciudad de Washington, D.C.
15. En la audiencia la Demandante estuvo representada por los Sres. Emmanuel Gaillard, Philippe Pinsolle y Fernando Mantilla-Serrano del estudio de abogados Shearman & Sterling, París, Francia. La Demandada estuvo representada por los Sres. Ignacio Torterola, Ariel Martins, Martín Moncayo von Hase y Florencio Travieso de la Procuración del Tesoro de la Nación Argentina.
16. Durante la audiencia el Tribunal escuchó e interrogó a las partes respecto a sus argumentos sobre jurisdicción y competencia.
17. El 21 de noviembre de 2005, ambas partes presentaron sendos escritos, dando contestación a unas preguntas planteadas por el Tribunal durante la audiencia. El 14 de diciembre de 2005 la República Argentina aún presentó un último escrito.

II. HECHOS NO CONTROVERTIDOS Y RECLAMOS DE LAS PARTES

18. El 3 de julio de 1991 la República Francesa y la República Argentina suscribieron un Acuerdo para la promoción y la protección recíproca de las inversiones (en adelante, el “Tratado Bilateral”), que entró en vigor el 3 de marzo de 1993.
19. Constituyen hechos no discutidos los siguientes:
 - En 1998 la Provincia de Mendoza decidió privatizar el servicio público del agua del que la sociedad OSM era concesionaria; para ello se definieron tres tipos de acciones: (i) A, representativas del 60% del capital de OSM, estando destinados el 50% de este paquete a un inversor privado y el 10% restante al personal; (ii) B, equivalente al 20% del capital, reservadas a la Provincia y (iii) C, representativas de otro 20% del capital, reservadas al operador técnico.
 - SAURI, como consecuencia de la privatización, adquirió una participación minoritaria e indirecta en OSM, detentando acciones de la clase A a través de Inversores de Mendoza, S.A. e Inversores del Aconcagua, S.A. y acciones de la clase C a través de Aguas de Mendoza, S.A.
 - El 9 de junio de 1998 la Provincia de Mendoza otorgó un Contrato de Concesión a favor de OSM, para la prestación del servicio público de agua potable y desagües cloacales; SAURI no es parte de dicho contrato.
 - El 22 de julio de 1998 OSM y SAURI firmaron un Contrato de Asistencia Técnica, en virtud del cual SAURI se comprometió a prestar asistencia técnica a OSM, en calidad de operador técnico, a cambio de determinadas retribuciones.
20. El 17 de noviembre de 2003 SAURI presentó una Solicitud de Arbitraje contra la República Argentina, imputando a la Demandada dos tipos de incumplimientos:
 - En primer lugar, actos y omisiones de las Autoridades argentinas que habrían impedido a OSM continuar sus actividades con normalidad y habrían afectado a su equilibrio económico.
 - En segundo lugar, las Medidas de Urgencia adoptadas por las autoridades argentinas (Ley 25.561 de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario, de 6 de enero de 2002, a la que la Provincia de Mendoza se adhirió mediante Ley Provincial 6.967 de 15 de enero de 2002) habrían provocado una pérdida de valor de la inversión realizada por SAURI.
21. Los incumplimientos constituirían, según la Demandante, violaciones de los arts. 2, 3, 4 y 5 del Tratado Bilateral y justificarían su *petitum*: que se condene a la República Argentina a satisfacerle una indemnización equivalente al daño que hayan sufrido sus inversiones.
22. La Demandada, por su parte, alega la falta de jurisdicción del Centro y, en consecuencia, solicita que el Tribunal Arbitral declare su propia incompetencia para resolver la pretensión de la Demandante, rechace la Solicitud de Arbitraje e

imponga las costas a la Demandante. Es este reclamo de la Demandada la única cuestión que el Tribunal Arbitral debe resolver en la presente decisión, sin prejuzgar su decisión sobre el fondo.

III. LAS ARGUMENTACIONES DE LAS PARTES

1. LA DEMANDA DE SAURI

23. La Société d'Aménagement Urbain et Rural ("SAUR") es una empresa francesa, especializada en la producción y distribución de agua potable. Saur es la titular de la casi totalidad del capital social de SAURI. Esta sociedad, a su vez, decidió participar en el proceso de privatización del servicio público de suministro de agua en la Provincia de Mendoza. Para ello constituyó dos sociedades argentinas: Inversora del Aconcagua S.A. (en la que participan otros socios) y Aguas de Mendoza S.A. (filial al 100% de SAUR y SAURI). A través de estas dos sociedades, el grupo Saur declara detentar directa e indirectamente el 32,08% del capital de Obras Sanitarias Mendoza S.A. ("OSM"), la sociedad argentina que, en virtud de un contrato de concesión (el "Contrato de Concesión"), gestiona en la Provincia de Mendoza el servicio público de distribución de agua potable y de tratamiento de aguas residuales. Además, el 21 de julio de 1998 SAURI firmó, en calidad de operador técnico, un contrato de asistencia técnica con OSM (el "Contrato de Asistencia Técnica"). El importe total de la inversión realizada por SAURI en beneficio de la Provincia de Mendoza asciende, según aseveración de la Demandante, a más de 72 millones de Dólares de los EE.UU. ("Dólares").
24. En su Solicitud de Arbitraje SAURI alega haber sufrido la pérdida del valor de su inversión y la de toda perspectiva de rentabilidad, como consecuencia de actos y omisiones de las autoridades argentinas, que contravendrían los compromisos asumidos en el Tratado Bilateral.
25. En concreto, SAURI imputa a la República Argentina dos tipos de incumplimientos:
- en primer lugar, se habrían producido actos y omisiones de las Autoridades argentinas, que habrían impedido a OSM continuar normalmente sus actividades y que habrían afectado a su equilibrio económico; como ejemplos de estos comportamientos, la Demandante menciona que las Autoridades habrían rehusado a revisar las tarifas previstas en el Contrato de Concesión, habrían suspendido la puesta al día del fichero de clientes de OSM, habrían reducido la facturación de ciertos inmuebles, habrían impuesto a OSM las medidas a adoptar para alcanzar los objetivos de servicio, habrían incumplido sus obligaciones de pago a favor de OSM y finalmente habrían impuesto a la sociedad concesionaria obligaciones no previstas en la concesión;
 - en segundo lugar, las medidas de urgencia adoptadas por las Autoridades argentinas habrían provocado una pérdida de valor de la inversión realizada por SAURI; en concreto, la Demandante cita la Ley 25.561 de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario, de 6 de enero de 2002, a la que la Provincia de Mendoza se adhirió mediante Ley Provincial 6.967 de 15 de enero de ese mismo año (en lo sucesivo, conjuntamente, las "Medidas de Urgencia"); estas leyes habrían agravado considerablemente la situación financiera de OSM y de rebote habrían afectado

negativamente a SAURI como accionista, al “*pesificar*”² los créditos, convertir obligatoriamente a Pesos ciertas deudas en divisa extranjera, devaluar la moneda argentina y congelar las tarifas de los servicios públicos.

26. En el presente arbitraje SAURI reclama que se condene a la República Argentina a satisfacer una indemnización equivalente al daño que han sufrido sus inversiones, como consecuencia de las actuaciones realizadas en violación de los artículos 2, 3, 4 y 5 del Tratado Bilateral. Además, SAURI reclama una condena en costas a la parte contraria, junto con intereses.

2. LA OBJECCIÓN PLANTEADA POR LA REPÚBLICA ARGENTINA

27. En su Memorial de Objeciones, la República Argentina planteó cuatro razones para objetar la jurisdicción del CIADI y la competencia del Tribunal Arbitral:
- en primer lugar, la diferencia sometida al Tribunal no cumpliría con los requisitos establecidos en el art. 25(1) del Convenio CIADI para habilitar la jurisdicción del Centro y la competencia del Tribunal; la Demandada entiende que la disputa para ser admisible debe surgir directamente de la inversión y en consecuencia las medidas de carácter general que tomen los Estados quedan fuera de la jurisdicción CIADI, pues en caso contrario los Tribunales Arbitrales juzgarían una política pública y no un conflicto legal; éste sería el caso de las medidas de urgencia adoptadas ante el colapso del régimen cambiario argentino;
 - en segundo lugar, la diferencia sometida al Tribunal no constituiría una controversia relativa a una inversión, con arreglo a lo dispuesto en el art. 8 del Tratado Bilateral, pues los reclamos están basados en el alegado fracaso de un proceso de revisión tarifaria, que a su vez se funda en consideraciones de política pública y equidad;
 - en tercer lugar, SAURI carecería de *ius standi* o legitimación activa, bajo el Derecho internacional y el Derecho argentino, por tratarse de reclamos societarios de naturaleza derivada: los socios no pueden obtener reparaciones por daños supuestamente causados a la sociedad, pues implicaría la destrucción de la sociedad;
 - en cuarto lugar, las partes pactaron la jurisdicción de los tribunales de la Provincia de Mendoza a los fines de la interpretación y ejecución del Contrato de Concesión.
28. La Demandada presentó un dictamen del Prof. Ricardo Augusto Nissen, donde analiza el Derecho societario argentino, y concluye que corresponde a la sociedad y no a sus socios o accionistas la legitimación para toda acción que persiga incorporar derechos al patrimonio de la misma, que el reclamo de un accionista por daños sufridos por la sociedad no puede ser regido por las disposiciones aplicables a la acción subrogatoria u oblicua, que los accionistas pueden reclamar responsabilidad a los administradores de sociedades y que en el Derecho societario argentino no existe ninguna regla o principio que asegure de modo permanente la intangibilidad de un determinado valor de las acciones de una sociedad.

² Expresión que hace referencia a la conversión de créditos a Pesos argentinos.

3. LA CONTESTACIÓN DE SAURI

29. En su Memorial de Contestación SAURI presentó una serie de argumentos, oponiéndose a las razones aducidas por la República Argentina.
30. En primer lugar, la Demandante alegó que, de acuerdo con el art. 8 del Tratado Bilateral, para que el Tribunal Arbitral tuviera competencia, sería suficiente que existiera una “*controversia*”:
- entre una Parte Contratante y un inversor de la otra Parte Contratante;
 - relativa a inversiones en el sentido del Tratado Bilateral; y el Tratado Bilateral, en su art. 1, define como inversiones (*inter alia*) “*las acciones ... aun minoritarias o indirectas en las sociedades constituidas en el territorio de una de las Partes Contratantes.*”

En opinión de SAURI, en el presente arbitraje se cumplen ambas condiciones.

31. En segundo lugar, SAURI contra-argumentó en relación a las razones específicas esgrimidas por la República Argentina para objetar la jurisdicción CIADI y la competencia del Tribunal Arbitral:
- la Demandante señaló que un gran número de sus reclamaciones se refieren a actuaciones de la República Argentina, anteriores a la promulgación de las Medidas de Urgencia; con respecto a las restantes peticiones, la cuestión que debe resolver el Tribunal es si, al promulgar leyes de urgencia y aplicarlas de forma discriminatoria, la República Argentina ha incumplido los compromisos internacionales asumidos en el Tratado Bilateral;
 - la Demandante entiende que la República Argentina está intentando crear confusión, al hacer creer al Tribunal Arbitral que nos encontramos ante el debate entre “*contract claims*” (pretensiones de derecho contractual basadas en el cumplimiento o incumplimiento del contrato de inversión) y “*treaty claims*” (pretensiones de derecho internacional basadas en la protección otorgada por el Tratado Bilateral a los inversores extranjeros); en realidad, SAURI no es parte del Contrato de Concesión, y por lo tanto no pueden existir, por definición, “*contract claims*”; en consecuencia, la exclusividad de los Tribunales de Mendoza no opera frente a SAURI;
 - en cuanto al argumento de que la Demandante carecería de *ius standi*, por tratarse de reclamos derivados de naturaleza societaria, éste quedaría desarticulado por el art. 1.1.b) del Tratado Bilateral, que incluye expresamente, dentro del concepto de inversión, la participación en el capital de sociedades argentinas, incluso de forma minoritaria o indirecta; SAURI también señaló que la cuestión ya había sido decidida en varios arbitrajes CIADI, en sentido contrario al defendido por Argentina.

4. LOS ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LA REPÚBLICA ARGENTINA DURANTE SU PRIMERA INTERVENCIÓN EN LA AUDIENCIA

32. Durante la audiencia celebrada el 10 de noviembre de 2005, la República Argentina hizo una presentación “*complementaria*” a la contenida en su Memorial de Objeciones, y centró sus argumentos en cuatro objeciones: el carácter contractual del reclamo de la Demandante, los derechos de SAURI como inversor extranjero, la improcedencia de acciones derivadas en Derecho internacional y la aceptación por SAURI de la jurisdicción exclusiva de los Tribunales de Mendoza.
33. Según lo alegado por la Demandada, la Solicitud de Arbitraje de SAURI no contendría reclamos bajo Derecho internacional, sino pretensiones de naturaleza contractual, y aprovecharía las circunstancias de una crisis general económica para plantear un reclamo bajo el Tratado Bilateral. Sin embargo, la Demandante fallaría en su argumentación, al no poder demostrar que las medidas causantes del presunto agravio implican una afectación directa de los derechos protegidos por el Tratado Bilateral. Tampoco habría logrado acreditar la existencia de algún género de daño, ni que las conductas de la República Argentina hubieran afectado a la inversión de SAURI. Adujo en apoyo de esta tesis los párrafos 127, 151 y 160 del caso Salini³.
34. Esta argumentación encontraría apoyo en el art. 25 del Convenio CIADI que, rectamente interpretado, exigiría la existencia de una relación directa entre la controversia y la inversión, relación que en el presente caso la Demandante no habría sido capaz de acreditar. SAURI no ha logrado probar que su tenencia accionaria se hubiera visto menoscabada. Estos principios fueron sentados, hace más de 30 años, en el caso de la Barcelona Traction⁴.
35. La República Argentina reconoce la calidad de inversor extranjero de SAURI, en virtud del art. 1.1.b del Tratado Bilateral y reconoce que tiene legitimación, pero no para ejercitar derechos cuya titularidad no posee o que no recaen en su cabeza. El art. 1.1.b del Tratado Bilateral, que se refiere a accionistas minoritarios o indirectos, permite a éstos ser considerados como inversores extranjeros, pero no les da legitimación para ejercer un reclamo indirecto, cuya titularidad recae en forma exclusiva en cabeza de OSM. Los reclamos indirectos solo pueden ser planteados en los tratados internacionales que expresamente lo contemplen, y el Tratado Bilateral entre Argentina y Francia no es uno de ellos. Además, los derechos afectados tienen que ser derechos que pertenecen a los accionistas: éstos deben ser expropiados, o se les tiene que impedir obtener dividendo o ejercer el derecho de receso.
36. La República Argentina entiende que la limitación del ejercicio de acciones indirectas constituye un principio general del derecho, reconocido por las naciones civilizadas, de conformidad con el art. 38(1)c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y solicita del Tribunal Arbitral que así lo considere.

³ Salini Costruttori S.p.A e Italstrade S.p.A. c. el Reino Hachemita de Jordania (ARB/02/13), decisión sobre jurisdicción.

⁴ Barcelona Traction, Light and Power Company Limited, decisión del TIJ de 5 de febrero de 1970.

37. Los agravios alegados por SAURI se refieren a OSM. La República Argentina no tomó ninguna medida que hubiera impactado directamente sobre las acciones propiedad de SAURI. Si lo que se alega es que SAURI se ha visto afectada por los actos de las Autoridades argentinas contra OSM, también sería aplicable la cláusula de jurisdicción contenida en el Contrato de Concesión. La República Argentina citó en apoyo de su argumentación el párrafo 154 de SGS c. Filipinas⁵. El hecho de que el Contrato de Concesión no estuviera firmado por SAURI, sino únicamente por OSM, no salvaría esta situación, porque SAURI no está reclamando por medidas del Gobierno argentino dirigidas contra sus acciones, sino medidas dirigidas contra OSM. Además, en dicho Contrato las partes renunciaron expresamente a la jurisdicción de cualquier otro tribunal, que no fueran los Tribunales Ordinarios de Mendoza. Y dicha renuncia tuvo lugar después de la entrada en vigor del Tratado Bilateral.
38. La Demandada informó al Tribunal que OSM está participando en un proceso de renegociación con la Provincia de Mendoza. El 5 de octubre de 2005 se habría firmado un Acta de Entendimiento, con una serie de acuerdos, que aun se encuentra sometida a la aprobación del poder legislativo. De aprobarse este acuerdo, la República Argentina estima que dos terceras partes de las cuestiones reclamadas en este procedimiento habrán quedado solucionadas.
39. La República Argentina también alegó que SAURI, en los párrafos 28 a 30 de su Memorial de Contestación, habría incluido una nueva causal de agravio, inexistente en la Solicitud de Arbitraje, a saber, que la República Argentina también habría violado el Tratado Bilateral por no haberle abonado el *Management Fee* que le corresponde como operador del Contrato de Concesión. Esta nueva pretensión se introduciría de forma extemporánea, y además sería improcedente, porque el *Management Fee* no es debido por la Provincia a SAURI, sino que es OSM la que se compromete a pagar determinados cánones a la Demandante.

5. LOS ARGUMENTOS PRESENTADOS POR SAURI DURANTE SU PRIMERA INTERVENCIÓN EN LA AUDIENCIA

40. SAURI resaltó, en primer lugar, que la República Argentina había aceptado la existencia de una inversión por el importe de 72 millones de Dólares y su carácter de inversor extranjero a los efectos del Tratado Bilateral. Admitidos estos dos elementos, para negar la jurisdicción la Demandada habría tenido que confundir cuestiones relativas al fondo con otras relativas a la jurisdicción. En realidad SAURI está ejerciendo una acción, que se deriva de su status como inversor protegido y de nada más. Por ello, la Demandante mostrará en primer lugar que reúne los requisitos exigidos por el Tratado Bilateral para poder accionar. En este trámite, el Tribunal debe simplemente limitarse a considerar las demandas tal y como las ha alegado la Demandante, sin pronunciarse ni examinar el fondo.

⁵ SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República de Filipinas (ARB/02/06), decisión sobre jurisdicción.

41. En su Solicitud de Arbitraje, SAURI considera que la Demandada habría violado los arts. 2, 3, 4 y 5 del Tratado Bilateral, y pide que se le indemnice el perjuicio causado. Esta reclamación estaría cubierta por el art. 8.1 del Tratado Bilateral, pues este artículo exige
- que se trate de una controversia entre una Parte Contratante y un inversionista de la otra Parte, cuestión aceptada por la Demandada;
 - que la controversia sea relativa a inversiones, en el sentido del Tratado Bilateral; y el art. 1.1.b) y c) son los que definen las inversiones a efectos de este arbitraje; el párrafo b) cubre las inversiones en acciones, aun minoritarias o indirectas y el c) las obligaciones, acreencias y derechos a toda prestación que tenga valor económico.
42. La República Argentina parece argumentar que la reclamación de los Demandantes no satisfaría los requisitos del Convenio CIADI, y en concreto de su art. 25(1). Este artículo establece que la jurisdicción del CIADI se circunscribe a diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión. Ahora bien: este requisito debe ser leído en conjunto con el Tratado Bilateral, tal como ha dejado sentado el caso Maffezini⁶. Los reclamos planteados por la Demandante constituyen una diferencia jurídica, pues se fundamentan en que la República Argentina no ha respetado las obligaciones que le incumben respecto al Tratado Bilateral. Apoyan esta interpretación en los casos Fedax⁷, Antoine Goetz⁸ y CSOB⁹. También surgen directamente de la inversión, pues SAURI es inversionista y ha hecho la inversión al amparo del Convenio CIADI, y ahora alega que esa inversión no ha sido protegida por Argentina tal y como Argentina se había comprometido. La Demandante cita en apoyo de su tesis los casos transcritos en su Memorial sobre Jurisdicción y adicionalmente el caso Gas Natural de 17 de junio de 2005¹⁰.
43. SAURI también se opuso a las objeciones concretas alegadas por la Demandada.
44. En relación a la objeción de que el Tribunal carece de competencia, por tratarse de una medida de carácter general, SAURI alegó que solo una parte de sus pretensiones se refieren a las medidas de urgencia; la otra está basada en acciones y omisiones de las Autoridades argentinas, al margen de dichas medidas. Además, la competencia del Tribunal arbitral no puede estar limitada a medidas *ad hominem*, sino que también debe abarcar la compatibilidad de una ley y de su aplicación práctica con los compromisos internacionales de la República Argentina. SAURI entiende que la jurisprudencia estatuida en el caso Methanex¹¹ aplica el Tratado de Libre Comercio de Norte América, que difiere del Convenio CIADI, y por lo tanto

⁶ Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España (ARB/97/7), decisión sobre jurisdicción.

⁷ Fedax NV c. República de Venezuela (ARB/96/3), decisión sobre jurisdicción.

⁸ Antoine Goetz y otros c. República de Burundi (ARB/95/3), laudo.

⁹ Ceskoslovenska obchodni banka A.S. c. República Eslovaca (ARB/97/4), decisión sobre jurisdicción.

¹⁰ Gas Natural SDG S.A. c. República Argentina (ARB/03/10), decisión sobre jurisdicción.

¹¹ Methanex c. Estados Unidos de América, laudo parcial de 7 de agosto de 2002.

no es extrapolable a un arbitraje CIADI. La inaplicabilidad del caso Methanex habría sido confirmada por la decisión en el asunto AES¹².

45. En cuanto a la segunda objeción planteada por la República Argentina, SAURI entiende que la Demandada estaría intentando acogerse a la discusión doctrinal entre dos conceptos: los “*contract claims*” y los “*treaty claims*”. Esta distinción tendría sentido en Tratados que contengan una “cláusula espejo” (“*umbrella clause*”), pero no es pertinente en nuestro caso. En este arbitraje, las pretensiones de la Demandante, contenidas en el párrafo 69 de su Solicitud de Arbitraje, están fundamentadas en las obligaciones materiales del Tratado Bilateral. Esto no quiere decir que SAURI no pueda invocar la existencia del Contrato de Concesión y la forma en la que ha sido ejecutado como un hecho, aun teniendo en cuenta que la Demandante no forma parte de él. Así se declaró expresamente en las decisiones sobre anulación en los casos Vivendi¹³ y Klöckner¹⁴ y también en la decisión SGS c. Pakistán¹⁵. La conclusión se ve reforzada por el art. 8.4 del Tratado Bilateral, que ordena que el Tribunal Arbitral decida en base “*a las disposiciones del presente acuerdo, al derecho de la Parte Contratante que sea parte en la controversia [República Argentina] – incluidas las normas relativas a conflictos de leyes y a los términos de eventuales acuerdos particulares concluidos con relación a la inversión como así también a los principios del Derecho Internacional en la materia*”. Entre los acuerdos particulares concluidos con relación a la inversión está sin duda el Contrato de Concesión. El Tratado Bilateral mismo invita pues al Tribunal a tomar en consideración las estipulaciones contractuales al juzgar sobre el fondo.

46. La tercera objeción planteada por la República Argentina es la pretendida competencia exclusiva de los Tribunales argentinos. Sin embargo, la competencia del Tribunal arbitral resulta del art. 8 del Tratado Bilateral, no de la cláusula del Contrato de Concesión, que, además, SAURI no ha firmado.

De acuerdo con el art. 8.2 del Tratado Bilateral el inversor puede elegir entre la jurisdicción nacional o el arbitraje internacional; y el inversor ha ejercido su elección a favor del arbitraje. En consecuencia, los Tribunales argentinos no pueden tener competencia.

47. Respecto a la pretendida naturaleza derivada de la demanda, en realidad el hecho de que la participación accionaria detentada por SAURI sea indirecta o minoritaria no constituye un obstáculo a la competencia del Tribunal Arbitral. Así se deduce del art. 8.1.b) del Tratado Bilateral y así ha sido admitido en numerosas decisiones: Azurix¹⁶, CMS¹⁷, Enron¹⁸, Gas Natural¹⁹.

¹² AES Corporation c. República Argentina (ARB/02/17), decisión sobre jurisdicción.

¹³ Compañía de Aguas del Aconguija y Vivendi Universal c. República Argentina (ARB/97/3), decisión sobre anulación.

¹⁴ Klöckner Industrie-Anlagen GmbH y otros c. República Unida de Camerún y Sociéte Camerounaise des Engrais (ARB/81/2), decisión sobre anulación.

¹⁵ SGS Sociéte Générale de Surveillance c. República Islámica de Pakistán (ARB/01/13), decisión sobre jurisdicción.

¹⁶ Azurix Corp. c. República Argentina (ARB/01/12), decisión sobre jurisdicción.

6. ARGUMENTOS ADICIONALES PRESENTADOS POR LA REPÚBLICA ARGENTINA EN SU SEGUNDA INTERVENCIÓN EN LA AUDIENCIA

48. La República Argentina insistió en que el Tribunal no debe limitarse a analizar los hechos invocados por las partes, sino que tiene facultades para indagar sobre cuestiones que excedan del núcleo del planteo realizado por las partes y adujo en su favor los casos Joy Mining²⁰ y SGS c. Filipinas²¹.
49. El Tratado Bilateral únicamente protegería los derechos que confieren la condición de accionista. La definición de los derechos, al no estar contenida en el Tratado Bilateral, se rige por las leyes argentinas, y en concreto por la Ley Argentina de Sociedades, que otorga una serie de derechos a los accionistas. El Tratado Bilateral, por el contrario, no protege la fluctuación del valor de las acciones – de no ser así, se le daría a los inversores una especie de póliza de seguro. El reclamo de SAURI no sería admisible en la medida en que SAURI no ha acreditado de qué manera sufrió su participación accionaria una disminución, limitándose a hacer referencias dogmáticas a la pérdida de valor.
50. La República Argentina insistió en que en el hipotético caso de que el Tribunal reconociera su jurisdicción, debería, en todo caso, rechazar *in limine* el reclamo del pago del *Management Fee*, por ser extemporáneo.
51. Finalmente, la República Argentina desarrolló más pormenorizadamente su argumento sobre la improcedencia de reclamos derivados. Los derechos presuntamente violados pertenecen a OSM, no a SAURI, y la indemnización debería ir al patrimonio de la sociedad, no del accionista. Alegó a favor de esta postura las decisiones en el caso Dipenta²² y Agrotexim²³.

7. ARGUMENTOS ADICIONALES PRESENTADOS POR SAURI EN SU SEGUNDA INTERVENCIÓN EN LA AUDIENCIA

52. En primer lugar, SAURI reafirmó que no estamos ante un caso en el que la Demandante plantee pretensiones de naturaleza contractual, y esté intentando convertirlas en una violación del Tratado Bilateral– la República Argentina estaría desvirtuando las pretensiones de la Demandante.
53. En segundo lugar, SAURI recalcó que no plantea un reclamo pidiendo el pago del *Management Fee* por el Contrato de Asistencia Técnica, sino que la inversión

¹⁷ CMS Gas Transmission Company c. República Argentina (ARB/01/08), decisión sobre jurisdicción.

¹⁸ Enron Corp. y Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina (ARB/01/03), decisión sobre jurisdicción.

¹⁹ Gas Natural SDG, S.A. c. República Argentina (ARB/03/10), decisión sobre jurisdicción.

²⁰ Joy Mining Machinery Limited c. República Árabe de Egipto (ARB/03/11), laudo sobre jurisdicción.

²¹ SGS Société Générale de Surveillance S. A. c. República de Filipinas (ARB/02/06), decisión sobre jurisdicción.

²² Consorzio Groupement L.E.S.I. – Dipenta c. República Argelina Democrática y Popular (ARB/03/08), laudo sobre jurisdicción.

²³ Agrotexim y otros c. República de Grecia (Tribunal Europeo de Derechos Humanos; Caso 15/1994/462/543).

protegida por el Tratado Bilateral consta de dos partes, una la participación accionarial y otra los réditos que produce el mencionado contrato.

54. SAURI también insistió en que el Tribunal Arbitral, en la fase de competencia, debe aceptar los hechos tal como hayan sido alegados por la Demandante, citó los casos Salini²⁴, Plama²⁵, Impregilo²⁶ y explicó las razones del caso Joy Mining²⁷.
55. En la cuestión de las demandas derivadas, SAURI invocó la decisión en el asunto Camuzzi²⁸, que estimó que el caso Barcelona Traction no es un precedente relevante.

8. ESCRITOS POSTERIORES DE LAS PARTES

56. En el turno de preguntas, el Tribunal Arbitral, entre otras, planteó a las partes si había sido un requisito del concurso que la concesión se otorgara a una sociedad de nacionalidad argentina, y dio un plazo a las partes para que contestaran por escrito. Ambas partes contestaron mediante sendos escritos de 21 de noviembre de 2005, señalando que la oferta no exigía expresamente que las acciones de OSM fueran vendidas a sociedades argentinas. La República Argentina presentó un escrito adicional, el 14 de diciembre de 2005, argumentando que SAURI debió haber arbitrado los medios necesarios para que fuera OSM quien invocara sus derechos a través del mecanismo previsto en el art. 25(2)b *in fine* del Convenio CIADI.

²⁴ Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. c. Reino Hachemita de Jordania (ARB/02/13), decisión sobre jurisdicción.

²⁵ Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria (ARB/03/24), decisión sobre jurisdicción.

²⁶ Impregilo S.p.A. c. República Islámica de Pakistán (ARB/03/03), decisión sobre jurisdicción.

²⁷ Joy Mining Machinery Limited c. República Árabe de Egipto (ARB/03/11), laudo sobre jurisdicción.

²⁸ Camuzzi International S.A. c. República Argentina (ARB/03/07), decisión sobre jurisdicción.

IV. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. LOS REQUISITOS PARA LA LEGITIMACIÓN ACTIVA DEL DEMANDANTE, LA ARBITRABILIDAD DE LA CONTROVERSIA Y LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL

57. El Tratado Bilateral otorga a los inversores franceses en la República Argentina, y a los argentinos en Francia una serie de derechos específicos, establecidos en los arts. 2, 3, 4, 5 y 6. Además, el art. 8²⁹ define un mecanismo para que los inversores cuyos derechos hayan sido presuntamente violados por el Estado receptor de la inversión, puedan plantear una reclamación contra él. El mecanismo de solución de controversias se desarrolla en dos fases:
- Una primera, de al menos seis meses de duración, durante la cual el inversor y el Estado receptor intentan transaccionar la controversia a través de “consultas

²⁹ Art. 8 del Tratado Bilateral:

1. *“Toda controversia relativa a las inversiones en el sentido del presente acuerdo, entre una Parte Contratante y un inversor de la otra Parte Contratante será, en la medida de lo posible, solucionada por consultas amistosas entre las dos partes en la controversia.*
2. *Si la controversia no hubiera podido ser solucionada en el término de seis meses a partir del momento en que hubiera sido planteada por una u otra de las partes, será sometida, a pedido del inversor:*
 - *O bien a las jurisdicciones nacionales de la Parte Contratante implicada en la controversia,*
 - *O bien al arbitraje internacional en las condiciones descritas en el párrafo 3.*

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.
3. *En caso del recurso al arbitraje internacional, la controversia podrá ser llevada ante uno de los órganos de arbitraje designados a continuación a elección del inversor:*
 - *Al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (C.I.A.D.I.), creado por el convenio sobre arreglo de diferencias relativas a las inversiones entre Estados y nacionales de otros estados, abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965, cuando cada Estado parte en el presente acuerdo haya adherido a aquél. Mientras esta condición no se cumpla, cada Parte Contratante da su consentimiento para que la controversia sea sometida al arbitraje conforme con el reglamento del mecanismo complementario del C.I.A.D.I.;*
 - *A un tribunal de arbitraje “ad-hoc” establecido de acuerdo con las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (C.N.U.D.M.I.).*
4. *El órgano arbitral decidirá en base a las disposiciones del presente acuerdo, al derecho de la Parte Contratante que sea parte en la controversia –incluidas las normas relativas a conflictos de leyes- y a los términos de eventuales acuerdos particulares concluidos con relación a la inversión como así también a los principios del Derecho Internacional en la materia.*
5. *Las sentencias arbitrales serán definitivas y obligatorias para las partes en la controversia”.*

amistosas”; en nuestro caso, las partes no ponen en duda que este trámite se ha cumplido.

- Una segunda, de carácter ya judicial o arbitral, en la cual el inversor puede optar entre la jurisdicción nacional del Estado receptor o el arbitraje internacional, bien ante el CIADI, bien ante un tribunal arbitral *ad hoc*.
58. En el presente caso, SAURI al interponer la Solicitud de Arbitraje, ha optado por la vía del arbitraje internacional administrado por CIADI.
59. Las partes han seguido esquemas diferentes a la hora de exponer sus puntos de vista. La República Argentina ha enunciado cuatro excepciones a la jurisdicción y competencia, mientras que SAURI ha alegado que su demanda reúne los requisitos exigidos por el Tratado Bilateral y el Convenio CIADI, y ha presentado contraargumentos frente a las excepciones planteadas por la contraparte. El Tribunal Arbitral entiende que la forma más clara de analizar la controversia consiste en definir los requisitos legales de jurisdicción y competencia y, en paralelo a éstos, analizar las excepciones planteadas por la Demandada y los contraargumentos de la Demandante.
60. De acuerdo con el Tratado Bilateral (cfr. arts. 1 y 8) y el Convenio CIADI (cfr. art. 25(1)), para que el Tribunal tenga competencia y pueda resolver la disputa, es necesario que se reúnan cuatro requisitos, dos de naturaleza subjetiva y dos de naturaleza objetiva:
- (i) en primer lugar, las partes deben ser un inversor que tenga derecho a beneficiarse del Tratado Bilateral y del Convenio CIADI, y un Estado que sea Parte Contratante de ambos tratados;
 - (ii) en segundo lugar, es necesario que las partes hayan consentido a que la controversia se resuelva mediante arbitraje;
 - (iii) en tercer lugar, la controversia tiene que ser de naturaleza jurídica;
 - (iv) y en cuarto lugar, que sea relativa a una inversión y surja directamente de ella.
- (i) Las partes legitimadas: Inversor y Parte Contratante
61. El Tribunal arbitral constata, sin que sobre este punto exista discrepancia entre las partes, que la República Argentina tiene legitimación pasiva, al ser parte contratante del Tratado Bilateral y Estado Contratante del Convenio CIADI. En cuanto a la legitimación activa de SAURI, el Tratado Bilateral y el Convenio CIADI exigen el cumplimiento de un doble requisito:
- Si se trata de una persona jurídica, debe estar “*constituida en el territorio de una Parte Contratante de conformidad con la legislación de ésta y que tenga su sede social en ella*” (art. 1.2. b) del Tratado Bilateral)³⁰; en el mismo sentido se expresa

³⁰ Artículo 1.2 del Tratado Bilateral:

“2. El término “inversores” designa:

a) *Las personas físicas que, de acuerdo a la legislación de una de las Partes Contratantes, son consideradas como sus nacionales;*

el art. 25(2)b) del Convenio CIADI, al exigir que la persona jurídica demandante “tenga la nacionalidad de un Estado contratante distinto del Estado parte en la diferencia”. El Tribunal arbitral constata que SAURI ha sido constituida de acuerdo con el derecho francés, que tiene su domicilio en Francia, que es de nacionalidad francesa y que, en consecuencia, reúne los requisitos de legitimación activa exigidos por el Tratado Bilateral y el Convenio CIADI. Sobre esta constatación no existe discrepancia entre las partes.

- Adicionalmente, esta persona jurídica debe ser titular de una inversión en el sentido del Tratado Bilateral (arts. 8.1 y 8.2) y del Convenio CIADI (art. 25(1)).
- 62. Este último requisito ha sido objeto de controversia entre las partes, pues SAURI es titular de dos conjuntos de derechos situados en Argentina: como accionista, es titular de una participación accionaria indirecta en OSM; y como proveedor de tecnología, es titular de un derecho a obtener, a través del Contrato de Asistencia Técnica, una remuneración (el “*Management Fee*”) en él establecida. Ambas partes reconocen la existencia de la participación accionaria indirecta. El Contrato de Asistencia Técnica, sin embargo, ha dado lugar a una disputa.

El reclamo del *Management Fee*

- 63. La República Argentina alegó en el acto de la audiencia, que SAURI habría introducido en su Memorial de Contestación una pretensión nueva. Este nuevo reclamo imputaría a la República Argentina una nueva violación del Tratado Bilateral, por no haberle abonado a SAURI el *Management Fee* en contraprestación por el Contrato de Asistencia Técnica. Entiende la Demandada que este reclamo debe ser rechazado *in limine*, por ser extemporáneo y además por ser improcedente: el *Management Fee* no es debido por la Provincia, sino por OSM.
- 64. En su intervención en la vista oral, SAURI clarificó que no reclama el pago del *Management Fee*, sino que ha querido dejar constancia que su inversión incluye dos elementos, la participación accionaria y el derecho a obtener a través del Contrato de Asistencia Técnica, como contraprestación, la remuneración prevista en él. Este segundo elemento encajaría dentro del concepto de inversión del art. 1.1.c) del Tratado Bilateral, que se refiere a “*obligaciones, acreencias y derechos a toda prestación que tenga un valor económico*”³¹.

b) *Las personas jurídicas constituidas en el territorio de una de las Partes Contratantes, de conformidad con la legislación de ésta y que tenga su sede social en ella;*

c) *Las personas jurídicas efectivamente controladas directa o indirectamente por los nacionales de una de las Partes Contratantes o por personas jurídicas que tengan sus sede social en el territorio de una de las Partes Contratantes y constituidas de conformidad a la legislación de la misma”.*

³¹ Art. 1.1 del Tratado Bilateral:

“1. El término “inversiones” designa los activos tales como los bienes, derechos e intereses de cualquier naturaleza y, en particular, aunque no exclusivamente:

a) *Los bienes muebles e inmuebles y todos los derechos reales como hipotecas privilegios, usufructos, cauciones y derechos análogos;*

b) *Las acciones, primas de emisión y otras formas de participación, aun minoritarias o indirectas, en las sociedades constituidas en el territorio de una de las Partes Contratantes;*

c) *Las obligaciones, acreencias y derechos a toda prestación que tenga un valor económico;*

65. En su Solicitud de Arbitraje, SAURI efectivamente menciona en el párrafo 19 que es titular de una participación en el capital de OSM, y en el párrafo 20 siguiente, que ha concluido el Contrato de Asistencia Técnica con OSM. La pretensión de la Demandante se concreta en el párrafo 70: que el Tribunal ordene el pago de una indemnización, por una cuantía igual al perjuicio sufrido por su inversión en OSM.

En el Memorial de Contestación, SAURI ha concretado, en los párrafos 25 a 27, que es titular indirecto de acciones de OSM y aporta prueba de haber desembolsado 72,4 millones de Dólares. En el párrafo siguiente, SAURI reitera que es titular del Contrato de Asistencia Técnica y resalta que éste constituye una inversión al amparo del art. 1.1.c) del Tratado Bilateral. Ahora bien: en el Memorial de Contestación la Demandante no introduce modificación alguna en sus pretensiones, y éstas continúan siendo las mismas señaladas en la Solicitud de Arbitraje.

66. En consecuencia, el Tribunal Arbitral constata que en el Memorial de Contestación SAURI no ha introducido ninguna demanda adicional, (en el sentido del art. 46 del Convenio CIADI), que difiera o suplemente la contenida en la Solicitud de Arbitraje y por lo tanto estima que no es procedente adoptar ahora decisión alguna al respecto.
67. En este momento del litigio, lo que el Tribunal debe decidir es si SAURI reúne los requisitos para ser considerado inversor a los efectos de disponer de legitimación activa para demandar. Y sobre este punto no existe discusión, pues SAURI es titular de una participación accionaria indirecta en OSM, tal como viene aseverando la Demandante y ha aceptado la Demandada. La cuantificación y valoración de la inversión, y la determinación de si las retribuciones que fluyen del Contrato de Asistencia Técnica forman o no parte del concepto legal de inversión, son cuestiones que afectan al fondo, y que el Tribunal Arbitral abordará, en su caso, en la fase correspondiente de este procedimiento.

(ii) El consentimiento de las partes

68. De acuerdo con el art. 25(1) del Convenio CIADI, es necesario que “*las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro*” sus diferencias. El Tribunal

-
- d) *Los derechos de autor, los derechos de propiedad industrial (tales como las patentes de invención, licencias, marcas registradas, modelos y diseños industriales), procedimientos técnicos, los nombres registrados y la clientela;*
- e) *Las concesiones acordadas por la ley o en virtud de un contrato, en particular las concesiones relativas a la prospección, el cultivo, la extracción o la explotación de recursos naturales, inclusive aquéllas que se sitúan dentro de la zona marítima de las Partes Contratantes.*

En el entendimiento que dichos activos deben ser o haber sido invertidos y, respetando las disposiciones del presente acuerdo, los derechos relativos definidos de conformidad con la legislación de la Parte Contratante en cuyo territorio o zona marítima se efectuó la inversión con anterioridad o posterioridad a la entrada en vigor del presente acuerdo.

Ninguna modificación en al forma de la inversión de los activos afectará la calificación de inversión, con la condición que esta modificación no sea contraria al a legislación de la Parte Contratante en cuyo territorio o zona marítima se realizó la inversión.”

arbitral constata que tal consentimiento se produjo, en el caso de Argentina al suscribir el Tratado Bilateral, y en el caso de SAURI al interponer la Solicitud de Arbitraje. Ello no obstante, la República Argentina ha alegado que la Demandante habría renunciado a la jurisdicción CIADI, pues en la Cláusula 15.1 del Contrato de Concesión se pactó la jurisdicción exclusiva a los Tribunales de la Provincia de Mendoza y que, al presentar la demanda, SAURI estaría violando la teoría de los actos propios.

69. SAURI ha replicado a este argumento aduciendo que los derechos ejercidos en el presente arbitraje no son derechos de carácter contractual, basados en el Contrato de Concesión, sino derechos de carácter internacional, derivados de la protección ofrecida por el Tratado Bilateral. Y, de acuerdo, con el art. 8 del Tratado Bilateral, la competencia para conocer de este tipo de controversias corresponde en exclusiva al Tribunal Arbitral.
70. En opinión del Tribunal Arbitral, la excepción planteada por la República Argentina tiene que ser rechazada. SAURI no es parte del Contrato de Concesión, que es el que contiene una cláusula de sumisión a los tribunales argentinos. Únicamente OSM ha suscrito el Contrato de Concesión. SAURI únicamente detenta una participación minoritaria e indirecta en OSM. El Contrato de Concesión es “*res inter alios acta*”, y no puede ser interpretado como una renuncia a cargo de SAURI de la protección conferida por el Tratado Bilateral. Con independencia de lo anterior, los reclamos planteados en este arbitraje por SAURI constituyen, de acuerdo con sus propios términos, pretensiones convencionales de carácter internacional, y por lo tanto los Tribunales argentinos únicamente podrían tener jurisdicción si la Demandante (al amparo del art. 8.2 del Tratado Bilateral) hubiera optado por acudir a la vía judicial interna – cosa que no ha ocurrido.

(iii) Una controversia de naturaleza jurídica

71. El objeto de la demanda debe ser una controversia (tal como exige el art. 8.2 del Tratado Bilateral) y más específicamente una controversia “*de naturaleza jurídica*” (como exige el art. 25(1) del Convenio CIADI)³². El término “jurídico” utilizado por el Convenio CIADI debe contraponerse al concepto “político”: el mecanismo de arbitraje de CIADI sólo está pensado para solucionar controversias de carácter legal, pues son las únicas susceptibles de ser zanjadas mediante la sentencia de un juez o el laudo de un árbitro. El informe de los Directores Ejecutivos del Banco Mundial, que fue entregado a los Gobiernos, clarificó el concepto en su párrafo 26:

“The Dispute must concern the existence or scope of a legal right or obligation, or the nature or extent of the reparation to be made for breach of a legal obligation”.

³² Es de notar que en versión castellana el art. 8 del Tratado Bilateral usa el concepto “controversia”, mientras que el art. 25 del Convenio CIADI se refiere a “diferencia”; ambos conceptos deben considerarse sinónimos. Las versiones francesas de ambos documentos confirman esta interpretación pues utilizan únicamente el término “*différend*” (“diferencia”).

El concepto de controversia legal exige pues dos elementos: que se ponga en duda la existencia o ámbito de un derecho u obligación creado por un instrumento normativo y que el actor pretenda la reparación del daño causado por el incumplimiento de dicho derecho u obligación o la condena a su cumplimiento³³.

Medidas de carácter general

72. En su Memorial de Objeciones, la Demandada planteó el argumento de que las medidas de carácter general que adopten los Estados quedan fuera de la jurisdicción del CIADI, pues en caso contrario los Tribunales Arbitrales juzgarían una política pública y no un conflicto legal; éste sería el caso de las Medidas de Urgencia adoptadas ante el colapso del régimen cambiario argentino.
73. SAURI contestó a la excepción de la República Argentina en su Memorial de Contestación y en su intervención en la audiencia, alegando que un Estado Soberano no puede prevalerse de sus propias normas para evitar sus obligaciones internacionales – principio recogido en el art. 27 de la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969 sobre Derecho de los Tratados³⁴. La República Argentina no podría crear unilateralmente una inmunidad material, alegando que la norma dictada tiene eficacia general, y de esta forma evitar la jurisdicción del CIADI. De aceptarse esta posibilidad, únicamente las normas dictadas *ad hominem* podrían dar lugar a violaciones del Tratado Bilateral. La cuestión que se debe plantear el Tribunal Arbitral, y que queda sometida a su competencia, es determinar si al dictar las Medidas de Urgencia y aplicarlas de forma discriminatoria, se habrían violado los compromisos otorgados a los inversores extranjeros en virtud del Tratado Bilateral.
74. En opinión del Tribunal Arbitral, la República Argentina indubitadamente tiene potestad plena, en ejercicio de su soberanía, para promulgar cuantas normas de carácter general estime convenientes y para adoptar las políticas económicas que más contribuyan a promover el interés de la Nación. Tales facultades, y los instrumentos normativos en que aquéllas se plasmen (como p.e. las Medidas de Urgencia), se hallan fuera del ámbito de competencia que el Convenio CIADI y el Tratado Bilateral otorgan al presente Tribunal Arbitral. Ahora bien: si las leyes de carácter general y su aplicación real por las Autoridades argentinas provocaran una violación de los derechos concedidos a un inversor extranjero por el Tratado Bilateral, en tal caso efectivamente surgiría una diferencia de naturaleza jurídica entre inversor y Estado anfitrión. Si el inversor opta por la jurisdicción del CIADI para resolver esta controversia jurídica (como ha ocurrido en este caso), el Tribunal Arbitral que se constituya tendrá competencia para dirimirla, y para determinar los daños y perjuicios causados al inversor, y que el Estado Soberano deberá resarcir. La determinación del Tribunal Arbitral no afectaría por supuesto a la eficacia general de la norma, cuestión que se halla fuera de su ámbito de competencia.

³³ En igual sentido: SCHREUER: "The ICSID Convention: A Commentary" (2001) p. 105.

³⁴ Art. 27: "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46."

75. La opinión del Tribunal Arbitral se ve confirmada por el propio texto del Tratado Bilateral. En efecto, el art. 3.a) del Canje de Notas, que se firmó simultáneamente con el Tratado Bilateral, prevé expresamente que “*el principio de trato justo y equitativo debe ser observado en la aplicación de la legislación nacional*”, lo que muestra que Francia y Argentina aceptaron que la aplicación de medidas legislativas de carácter general quedara sometida a los principios de protección del inversor extranjero convenidos en el Tratado Bilateral.
76. Por las razones expuestas, el Tribunal estima que la desavenencia objeto del presente procedimiento arbitral constituye una controversia jurídica, aun cuando el sustrato de ciertas pretensiones esté constituido por la aplicación de medidas de carácter general con efectos lesivos.

¿Basta la simple alegación de la presunta violación?

77. En su Memorial de Objeciones, la República Argentina insistió en que no era suficiente que la Demandante simplemente alegara la existencia de una violación, sino que el Tribunal Arbitral tendría, incluso en esta fase preliminar del proceso, facultades para indagar sobre el núcleo del planteo. Y el planteamiento de la Demandante contendría un vicio de raíz: el Tratado Bilateral únicamente protege los derechos del inversor en tanto que accionista (es decir, su derecho a no ser expropiado, a obtener dividendo o a ejercer el derecho de receso). Y en la Solicitud de Arbitraje, la Demandante no alega que sean éstos los derechos violados, sino únicamente declara que ha sufrido una pérdida de valor, pero sin acreditar en qué forma habría ocurrido esto.
78. Frente a esta alegación, la Demandante ha defendido que existe una jurisprudencia constante, en virtud de la cual un Tribunal debe considerar las alegaciones de la demandante como si estuvieran probadas, a efectos de determinar su propia competencia.
79. El Tribunal Arbitral coincide con la apreciación de la República Argentina, que el Tratado Bilateral – y por extensión cualquier Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (“APRI”) – no protege la fluctuación del valor de las acciones, ni otorga a los inversores una póliza de seguro. Sin embargo, discrepa de la República Argentina en que el *petitum* planteado por la Demandante equivalga a la pérdida de valor de su inversión. De acuerdo con el párrafo 70 de la Solicitud de Arbitraje, lo que SAURI está demandando es una indemnización igual al perjuicio sufrido, de forma que se reparen íntegramente los daños que los actos de la República Argentina transgresores de los arts. 2, 3, 4 y 5 del Tratado Bilateral hayan causado a su inversión – un concepto bien distinto de la pérdida de valor de la inversión.
80. ¿Puede el Tribunal Arbitral en este trámite procesal declarar su propia incompetencia argumentando que la Demandante no ha probado los hechos que alega como sustrato de su pretensión? El Tribunal hace notar que en el presente procedimiento no se ha abierto aun la fase de prueba, y exigir a la Demandante que, con anterioridad a la misma, ya demuestre la base fáctica de su alegato, violaría el

principio de oportunidad procesal. El Tribunal Arbitral debe asumir provisionalmente como formalmente ciertos los hechos alegados por la Demandante; y si éstos constituyen *prima facie* una controversia jurídica, aceptar que se cumple el requisito exigido por el Tratado Bilateral y el Convenio CIADI. Únicamente si el Tribunal Arbitral pudiera determinar sin indagación adicional que los hechos alegados por las partes no constituyen una controversia jurídica relacionada directamente con la inversión, podría declararse él mismo incompetente.

81. Aplicando estos criterios al caso concreto, el Tribunal Arbitral reitera que el núcleo de la controversia radica en determinar si las actuaciones de las Autoridades argentinas con respecto a OSM y la promulgación de las Medidas de Urgencia han supuesto una violación de los derechos de SAURI como inversor bajo el Tratado Bilateral, incluyendo *inter alia* los derechos a un trato justo y equitativo (art. 3) y a no ser expropiado excepto en ciertas condiciones (art. 5). Asumiendo *ad arguendum* que las alegaciones fácticas hechas por la Demandante son ciertas, resulta que encajan nítidamente dentro del concepto de “controversia jurídica”, pues lo que se discute es el alcance de unos derechos concedidos por un tratado internacional y las consecuencias jurídicas de una hipotética violación. Todo lo anterior no prejuzga, por supuesto, cuál será la decisión final del Tribunal, una vez desarrollado el procedimiento en todas sus fases.

(iv) Una controversia relativa a una inversión y que surja directamente de ella

82. La controversia de naturaleza jurídica tiene que cumplir un requisito adicional:
- El art. 8.1 del Tratado Bilateral exige que la controversia sea relativa a una inversión “*en el sentido del presente acuerdo*”,
 - y el art. 25(1) del Convenio CIADI añade que debe surgir “*directamente de una inversión*”.

El Convenio CIADI no contiene una definición de inversión. Existen, sin embargo, criterios objetivos que delimitan la amplitud máxima del concepto. Dentro de estos límites, corresponde al APRI precisar la definición. Así lo recalca el propio art. 8.1 del Tratado Bilateral, al exigir que la inversión lo sea “*en el sentido del presente acuerdo*”.

Revisión tarifaria

83. La República Argentina ha alegado que la controversia no cumpliría con este requisito, pues los reclamos están basados en el alegado fracaso de un proceso de revisión tarifaria, que a su vez se funda en consideraciones de política pública y equidad.
84. El Tribunal Arbitral constata nuevamente que la objeción de la Demandada no refleja fielmente el contenido de la demanda de SAURI. En realidad SAURI no está reclamando que el Tribunal Arbitral revise la política tarifaria aplicada por la Provincia de Mendoza; lo que alega es que los actos y omisiones de las Autoridades

Argentinas pueden haber provocado violaciones de sus derechos bajo el Tratado Bilateral y reclama una indemnización por tal motivo. En consecuencia, el Tribunal Arbitral rechaza en este punto la objeción planteada por la República Argentina.

Inversión indirecta

85. La Demandada también ha argumentado que el Tribunal carece de competencia, por ser SAURI un inversor indirecto en OSM y ser esta última sociedad aquella cuyos derechos se han visto afectados. La República Argentina reconoce la calidad de inversor a SAURI, en aplicación del art. 1.1.b) del Tratado Bilateral que define a accionistas minoritarios o indirectos como inversores. En opinión de la Demandada, esta definición no legitimaría a un inversor indirecto para ejercer un reclamo indirecto, cuya titularidad recaiga en forma exclusiva en cabeza de un tercero. Los reclamos indirectos solo pueden ser planteados en los tratados internacionales que expresamente lo contemplen y el Tratado Bilateral no sería uno de ellos.
86. SAURI, por su parte, alega que la objeción de la República Argentina confunde los derechos que la Demandante está ejercitando en este arbitraje. No se trata de pretensiones contractuales, que nazcan del Contrato de Concesión, sino de derechos derivados del Tratado Bilateral. Y el art. 1.1.b) del Tratado Bilateral incluye expresamente las participaciones minoritarias o indirectas entre los diferentes tipos de inversión que se pueden beneficiar de su protección.
87. El Tribunal Arbitral estima que en el presente caso la literalidad del Tratado Bilateral ayuda significativamente a zanjar este punto de la controversia. La protección de los derechos de los inversores que ostentan participaciones indirectas es un problema clásico del Derecho internacional, en especial a raíz de la Sentencia en el caso de la Barcelona Traction del año 1970³⁵. Cuando Francia y Argentina discutieron y convinieron el contenido del Tratado Bilateral, indudablemente tuvieron en mente la cuestión acerca de si las participaciones minoritarias o indirectas deberían gozar de protección. Y para zanjar definitivamente la duda, el art. 1.1.b) del Tratado Bilateral contiene una previsión, que está ausente en muchos otros APRIS: las participaciones pueden ser "*aún minoritarias o indirectas en las sociedades constituidas en el territorio de una de las Partes Contratantes*".

Argumentación adicional de la Demandada

88. La República Argentina ha intentado salvar la literalidad del Tratado Bilateral, argumentando que el art. 1.1.b) permitiría a SAURI ser considerado inversor extranjero, pero no le otorgaría legitimación para ejercer reclamos indirectos. En especial, SAURI carecería de legitimación para ejercitar acciones por agravios que se refiriesen a OSM, pues las Autoridades argentinas no habrían adoptado ninguna medida que hubiera impactado sobre las acciones propiedad de SAURI. Si SAURI quisiera reclamar por los presuntos incumplimientos de la República Argentina

³⁵ Barcelona Traction, Light and Power Company Limited, decisión del TIJ de 5 de febrero de 1970.

contra OSM, también le sería de aplicación la cláusula de sumisión a los Tribunales argentinos contenida en el Contrato de Concesión.

89. El Tribunal Arbitral no comparte las argumentaciones de la Demandada. En primer lugar, SAURI no ha suscrito el Contrato de Concesión y por lo tanto ni puede ejercitar derechos que emanen de él, ni le puede afectar su cláusula de jurisdicción o fuero. El único que puede exigir el cumplimiento de los derechos contractuales y a quien le vincula la sumisión a los Tribunales argentinos, es a OSM. Ahora bien, el Tribunal Arbitral resalta una vez más que SAURI en este arbitraje no reclama pretensiones contractuales, sino una indemnización por la alegada violación de sus derechos internacionales reconocidos en los arts. 2, 3, 4 y 5 del Tratado Bilateral.
90. Existe un argumento adicional: si, de acuerdo con el art. 1.1.b) del Tratado Bilateral, a SAURI se le reconoce la condición de inversor (como hace incluso la República Argentina), se impone la consecuencia lógica que el inversor tendrá legitimación activa para proteger sus derechos, en base al art. 8. De acuerdo con el art. 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados “*un tratado debe interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos teniendo en cuenta su objeto y fin*”. Interpretar el Tratado Bilateral en la forma que propone la República Argentina sería contrario no solo a su literalidad, sino también a la finalidad perseguida por las Partes Contratantes: extender de forma inequívoca la protección sustancial y procesal que el Tratado Bilateral otorga a todo tipo de accionistas incluyendo los indirectos³⁶.

El destino de la indemnización

91. En su última intervención en la audiencia, la República Argentina planteó el problema de cuál sería el destino de una hipotética indemnización, si este Tribunal atendiera la pretensión de SAURI. Según la argumentación de la Demandada, esta indemnización iría a parar al patrimonio del accionista y no de OSM, quedando desprotegidos los derechos de terceros, por ejemplo de los acreedores de la sociedad.
92. El argumento no puede prosperar, porque confunde dos tipos de acciones:
- las que pueda interponer OSM para exigir el cumplimiento del Contrato de Concesión, en las que las *causae petendi* serán las tipificadas en el derecho contractual argentino y una eventual indemnización se integrará en su patrimonio;
 - y la interpuesta por SAURI para reclamar ser indemnizada por los perjuicios que como inversor indirecto haya sufrido a causa de un eventual incumplimiento por la República Argentina de los compromisos asumidos en el Tratado Bilateral.

En este segundo supuesto, la indemnización se tendrá que integrar en el patrimonio del inversor, pues éste será el que ha sufrido el perjuicio.

³⁶ De acuerdo con el preámbulo, el Tratado Bilateral busca “*crear condiciones favorables para las inversiones francesas en Argentina y las inversiones argentinas en Francia.*”

93. El Tribunal Arbitral es consciente que la determinación del perjuicio sufrido por un inversor indirecto plantea una problemática propia, y que el desarrollo de las relaciones entre OSM y las Autoridades Argentinas puede tener efecto sobre la cuantificación del perjuicio causado al inversor indirecto. Pero esta problemática forma parte del fondo, deberá ser abordada en una fase ulterior del procedimiento y su existencia no empece la legitimación activa de SAURI, ni la competencia del Tribunal Arbitral para entrar en el fondo del asunto.

2. DECISIÓN DEL TRIBUNAL

94. En su Solicitud de Arbitraje la Demandante alega que la República Argentina no ha respetado las obligaciones que asumió en los arts. 2, 3, 4 y 5 del Tratado Bilateral, y concreta la violación en dos ámbitos diferentes: actos y omisiones de las Autoridades argentinas en la fase de cumplimiento del Contrato de Concesión y Medidas de Urgencia adoptadas por la República Argentina y la Provincia de Mendoza a raíz de la crisis cambiaria de comienzos del 2002. La pretensión del Demandante se concreta en que se le indemnicen los perjuicios que los actos de la Demandada han causado en su inversión.

95. El Tribunal arbitral decide que tiene competencia para decidir tales pretensiones

- pues la Demandante es una persona jurídica constituida en el territorio de Francia, de nacionalidad francesa, que detenta una inversión en la República Argentina (art. 25(1) y (2)b) del Convenio CIADI), y la Demandada es la República Argentina, firmante del Tratado Bilateral con Francia (art. 1.2.b) del Tratado Bilateral) y Estado Contratante del Convenio CIADI (art. 25(1) del Convenio CIADI);
- la pretensión planteada por SAURI constituye una controversia jurídica, que está relacionada directamente con su inversión;

y, en consecuencia, se cumplen los requisitos de legitimación, arbitrabilidad de la controversia y competencia del Tribunal arbitral, exigidos en los arts. 1 y 8 del Tratado Bilateral y en el art. 25 del Convenio CIADI.

3. REFERENCIA A OTRAS DECISIONES CIADI

96. El Tribunal ha llegado a la decisión recogida en el apartado precedente mediante un análisis autónomo, aplicando las fuentes previstas en el art. 8.4 del Tratado Bilateral³⁷, del cual deriva su competencia.

En sus alegatos las partes han basado sus pretensiones en una serie de laudos y decisiones dictados en otros arbitrajes, que solucionaron situaciones similares a las que forman el sustrato fáctico o jurídico de este procedimiento. El Tribunal estima que es conveniente comparar sus propias conclusiones con las alcanzadas en otros

³⁷ “El órgano arbitral decidirá en base a las disposiciones del presente acuerdo, al derecho de la Parte Contratante que sea parte en la controversia –incluidas las normas relativas a conflictos de leyes- y a los términos de eventuales acuerdos particulares concluidos con relación a la inversión como así también a los principios del derecho Internacional en la materia.”

procedimientos análogos, pues es indudable que una coherencia en las decisiones incrementará la previsibilidad del arbitraje de inversión como método de resolución de conflictos en inversiones internacionales y con ello la seguridad jurídica que ofrece a los operadores económicos internacionales. El Tribunal arbitral, sin embargo, quiere dejar constancia que las decisiones de Tribunales CIADI no constituyen precedentes vinculantes y que cada caso debe examinarse a la luz de sus propias circunstancias y de las concretas previsiones del APRI que resulte de aplicación³⁸.

Sumisión a Tribunales argentinos

97. El argumento de que la sociedad argentina en la que se materializó la inversión había pactado la sumisión a los tribunales locales, se planteó igualmente en el caso *Camuzzi International*³⁹. En ese caso, Argentina citó como fundamento para su argumentación la decisión en *SGS c. Filipinas* – al igual que ha hecho en este arbitraje.
98. El Tribunal arbitral del caso *Camuzzi* rechazó la excepción planteada por Argentina, con el siguiente razonamiento:

“Los argumentos y la decisión sostenida en el caso SGS c. Filipinas resultan inaplicables ya que en dicho caso el Tribunal determinó que se trataba de un reclamo contractual en el que, además y a diferencia del presente caso, la demandante era parte del contrato en discusión. Camuzzi no es parte de los contratos de concesión que contienen cláusulas de sumisión a los tribunales locales.”

99. Esta argumentación coincide con la realizada por el presente Tribunal arbitral en el párrafo 70 *supra*.

Arbitrabilidad de medidas generales

100. La discusión acerca de si las normas y medidas de carácter general, como las Medidas de Urgencia, pueden ser objeto de un arbitraje CIADI, ha sido planteada en varios procedimientos.
101. *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina*⁴⁰ es un caso en el cual el demandante alegó que se habían violado sus derechos bajo el APRI entre Argentina y los EEUU. La República Argentina objetó la jurisdicción, alegando que una parte de las pretensiones estaba relacionada con las Medidas de Urgencia, que constituían medidas de carácter económico general y quedaban fuera de la jurisdicción del CIADI. El Tribunal arbitral rechazó la objeción, llegando a la siguiente conclusión en el párrafo 33 de su decisión sobre competencia:

³⁸ En igual sentido se han expresado las decisiones en los casos *Enron c. República Argentina* (ARB/01/03), decisión sobre jurisdicción relativa a la Demanda Adicional, y *AES Corporation c. República Argentina* (ARB/02/17), decisión sobre jurisdicción.

³⁹ *Camuzzi International S.A. c. República Argentina* (ARB/03/07), decisión sobre jurisdicción.

⁴⁰ *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina* (ARB/01/08), decisión sobre jurisdicción.

“On the basis of the above considerations the Tribunal concludes on this point that it does not have jurisdiction over measures of general economic policy adopted by the Republic of Argentina and cannot pass judgment on whether they are right or wrong. The Tribunal also concludes, however, that it has jurisdiction to examine whether specific measures affecting the Claimant's investment or measures of general economic policy having a direct bearing on such investment have been adopted in violation of legally binding commitments made to the investor in treaties, legislation or contracts.”

102. La conclusión alcanzada en el caso CMS se reiteró, en términos casi idénticos, en Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina⁴¹, en LG&E Energy Corp. c. República Argentina⁴² y en AES Corporation c. República Argentina⁴³.
103. Camuzzi International S.A. c. República Argentina⁴⁴ es un caso similar al de CMS, pero basado en el APRI entre la República Argentina y la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa y referido al sector eléctrico. La República Argentina nuevamente alegó que las medidas en las que se fundamentaba la pretensión del demandante eran medidas de carácter general. El Tribunal Arbitral llegó a la misma conclusión que la alcanzada en el caso CMS, según expresó en el párrafo 34 (vi):

“El Tratado no exige que la o las medidas del gobierno argentino impugnadas estén dirigidas única, individual y concretamente a la inversión específica realizada por la Demandante. Según el Artículo 12(1) del Tratado, se requiere sólo que exista una “controversia relativa a las inversiones ... respecto de las materias regidas por el [Tratado]”. Y el Convenio, en su artículo 25(1) exige únicamente “diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión”. En consecuencia la cuestión a considerar es la de determinar si Argentina, en relación con este caso, violó las garantías referidas en el tratado y si esa violación produjo o no daños o pérdidas directas en relación con inversiones hechas bajo el régimen del Tratado”.

104. Todos los casos transcritos llegan por lo tanto a la misma conclusión sentada por este Tribunal en el párrafo 74 *supra*.

Reclamos indirectos

105. Como ha señalado el Tribunal Arbitral en el caso Gas Natural SDG c. República Argentina⁴⁵, la objeción de que un inversor carece de legitimación activa, por el

⁴¹ Enron Corp. y Poderosa Assets, L.P. c. República Argentina (ARB/01/03), decisión sobre jurisdicción.

⁴² LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International, Inc. c. República Argentina (ARB/02/01), decisión sobre jurisdicción.

⁴³ AES Corporation c. República Argentina (ARB/02/17), decisión sobre jurisdicción.

⁴⁴ Camuzzi International S.A. c. República Argentina (ARB/03/07), decisión sobre jurisdicción.

⁴⁵ Gas Natural SDG, S.A. c. República Argentina (ARB/03/10), decisión sobre jurisdicción.

hecho de ser un inversor indirecto en la sociedad concesionaria, ha sido planteada numerosas veces por los Estados Soberanos, y siempre ha resultado rechazada. En el caso CMS el Tribunal Arbitral sentó, en el párrafo 68, el siguiente principio:

“Because, as noted above, the rights of the Claimant can be asserted independently from the rights of TGN and those relating to the License, and because the Claimant has a separate cause of action under the Treaty in connection with the protected investment, the Tribunal concludes that the present dispute arises directly from the investment made and that therefore there is no bar to the exercise of jurisdiction on this count.”

106. El mismo principio, con cita expresa del caso CMS, fue afirmado en el párrafo 60 de la decisión en el caso LG&E.⁴⁶
107. Otro caso parecido es el de Azurix Corp. c. República Argentina⁴⁷, en el cual una matriz americana era propietaria indirecta de la mayoría del capital de la sociedad argentina que había recibido la concesión administrativa. El Tribunal Arbitral le reconoció a Azurix Corp. legitimación activa para reclamar contra Argentina, en base al APRI entre la República Argentina y los EEUU.
108. Siemens A.G.⁴⁸ es un caso en el cual la sociedad alemana era propietaria de una filial en Argentina y solicitaba la aplicación del APRI entre Alemania y la República Argentina. En este caso, el APRI no contenía una referencia explícita a participaciones accionarias indirectas o minoritarias; a pesar de ello, el Tribunal Arbitral, rechazó la objeción planteada por la demandada, con el siguiente argumento (párrafo 137):

“One of the categories consists of “shares, rights of participation in companies and other types of participation in companies”. The plain meaning of this provision is that shares held by a German shareholder are protected under the Treaty. The Treaty does not require that there be no interposed companies between the investment and the ultimate owner of the company. Therefore, a literal reading of the Treaty does not support the allegation that the definition of investment excludes indirect investments.”

109. El caso Enron se asemeja al que sirve de sustrato fáctico al presente arbitraje, pues Enron era, al igual que SAURI, un accionista minoritario en la sociedad argentina. En el párrafo 39 de la decisión⁴⁹ el Tribunal sentó el siguiente principio:

“It is sufficient for the purpose of the present case to emphasize that there is nothing contrary to international law or the ICSID Convention in upholding the concept that shareholders may claim independently

⁴⁶ LG&E Energy Corp y otros c. República Argentina (ARB/02/01), decisión sobre jurisdicción.

⁴⁷ Azurix Corp. c. República Argentina (ARB/01/12), decisión sobre jurisdicción.

⁴⁸ Siemens A.G. c. República Argentina (ARB/02/08), decisión sobre jurisdicción.

⁴⁹ Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina (ARB/01/03), decisión sobre jurisdicción.

from the corporation concerned, even if those shareholders are not in the majority or in control of the company.”

110. En todos los casos transcritos, la solución alcanzada por los Tribunales CIADI es análoga a la sentada por este Tribunal en el párrafo 87 *supra*.

“Treaty claims” frente a “Contract claims”

111. Una serie de decisiones recientes han abordado la problemática de diferenciar entre “*treaty claims*” y “*contract claims*”, aplicando diversos APRIs, unos con “cláusula espejo” (“*umbrella clause*”) y otros sin ella (Lauder⁵⁰, Genin⁵¹, Aguas del Aconquija⁵², CMS⁵³, Azurix⁵⁴, Wena⁵⁵). Las partes se han referido especialmente a los casos SGS c. Pakistán⁵⁶, SGS c. Filipinas⁵⁷ y Joy Mining c. Egipto⁵⁸. Sin embargo, todos estos casos presentan una situación fáctica que difiere en un aspecto crucial del planteado en este arbitraje: el demandante en todos estos supuestos había suscrito un contrato con el Estado o con un ente público, lo que generaba la duda acerca de si las pretensiones constituían una pretensión convencional de derecho internacional, en la que se alega la violación de los compromisos asumidos en el Tratado, o en un reclamo de naturaleza contractual, en el que la alegación se circunscribe a una violación de normas de derecho privado.
112. En el presente arbitraje, la Demandante no ha suscrito ningún contrato con una entidad pública argentina, y por lo tanto la posibilidad de plantear un “*contract claim*” queda cortada de raíz.

¿Basta la simple alegación de la presunta violación?

113. El *status quaestionis* en esta materia ha sido muy acertadamente resumido en el laudo del asunto Joy Mining (párrafo 29):

“Before this examination, however, the Tribunal wishes to address an issue that has commonly arisen in many recent arbitrations. It is often argued, and this is the case also in this dispute, that the Tribunal needs only to be satisfied that if the facts or the contentions alleged by the Claimant are ultimately proven true, they would be capable of constituting a violation of the Treaty.”

⁵⁰ Lauder c. República Checa, laudo final CNUDMI de 3 de septiembre de 2001.

⁵¹ Alex Genin y otros c. República de Estonia (ARB/99/02), laudo.

⁵² Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. República Argentina (ARB/97/03), laudo.

⁵³ CMS Gas Transmission Company c. República Argentina (ARB/01/08), decisión sobre jurisdicción.

⁵⁴ Azurix Corp. c. República Argentina (ARB/01/12), decisión sobre jurisdicción.

⁵⁵ Wena Hotels Ltd. c. República Árabe de Egipto (ARB/98/04), decisión sobre anulación.

⁵⁶ SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República Islámica de Pakistán (ARB/01/13), decisión sobre jurisdicción.

⁵⁷ SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República de Filipinas (ARB/02/06), decisión sobre jurisdicción.

⁵⁸ Joy Mining Machinery Limited c República Árabe de Egipto (ARB/03/11), laudo sobre jurisdicción.

"The Tribunal notes that the prima facie test has also been applied in a number of ICSID cases, including Maffezini, CMS, Azurix, SGS v. Pakistan and Salini v. Morocco. As a prima facie approach to jurisdictional decisions this is no doubt a useful rule. However, it is a rule that must always yield to the specific circumstances of each case. If, as in the present case, the parties have such divergent views about the meaning of the dispute in the light of the Contract and the Treaty, it would not be appropriate for the Tribunal to rely only on the assumption that the contentions presented by the Claimant are correct. The Tribunal necessarily has to examine the contentions in a broader perspective, including the views expressed by the Respondent, so as to reach a jurisdictional determination. This is the procedure the Tribunal will adopt."

114. La posición del Tribunal arbitral coincide ampliamente con la afirmada en Joy Mining: el Tribunal arbitral debe asumir como formalmente ciertos los hechos alegados por la Demandante, salvo que pueda determinar sin ulterior indagación que los hechos alegados por las partes no reflejan una disputa arbitrable, bien por no ser la controversia de naturaleza jurídica o por no estar relacionada directamente con la inversión. En el caso Joy Mining, la pretensión planteada por el demandante era la devolución de una garantía bancaria entregada a una entidad pública egipcia en el seno de una relación contractual con un ente público egipcio. El Tribunal arbitral llegó a la conclusión de que dicha garantía no constituía una inversión y que la pretensión debería calificarse como un "*contract claim*" y no un "*treaty claim*". La situación fáctica en el presente arbitraje es totalmente diferente: la Demandante alega una violación del Tratado Bilateral, y el Tribunal arbitral *prima facie*, sin acometer un análisis pormenorizado del fondo de los hechos, no está en posición de decidir que tales hechos no pueden ser sustrato jurídico suficiente para una pretensión convencional.

V. DECISIÓN

1. Considerando los Fundamentos Jurídicos recogidos en el capítulo precedente, el Tribunal arbitral decide por unanimidad que la controversia planteada por la Demandante está incluida dentro de la jurisdicción del Centro y de la competencia del Tribunal. El Tribunal, en consecuencia, adoptará la Orden procesal apropiada para la continuación de las actuaciones.
2. Ambas partes han pedido la condena en costas de la contraparte; el Tribunal arbitral decide que esta cuestión quede pospuesta para ser debatida y decidida conjuntamente con el fondo de la controversia.

La presente decisión se emite en sendas versiones, francesa y española, teniendo ambas igual valor.

Lugar del arbitraje: Washington D.C., EEUU

Así lo decidimos

(firmado)
Bernard Hanotiau
Árbitro

(firmado)
Christian Tomuschat
Árbitro

(firmado)
Juan Fernández-Armesto
Presidente