

CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS
RELATIVAS A INVERSIONES
CIUDAD DE WASHINGTON

DECISIÓN SOBRE LAS EXCEPCIONES PRELIMINARES

Caso del CIADI No. ARB/03/13

**Pan American Energy LLC, y
BP Argentina Exploration Company
Demandantes**

c.

**La República Argentina
Demandado**

y

Caso del CIADI No. ARB/04/8

**BP America Production Company,
Pan American Sur S.R.L.,
Pan American Fuegoina, S.R.L. y
Pan American Continental, S.R.L.
Demandante**

c.

**La República Argentina
Demandado**

Ante el Tribunal Arbitral integrado por:

Prof. Lucius Caflisch (Presidente)
Prof. Brigitte Stern (Árbitro)
Prof. Albert Jan van den Berg (Árbitro)

Secretaria del Tribunal:
Gabriela Álvarez-Ávila

Ciudad de Washington, 27 de julio de 2006

Índice

I.	HISTORIA PROCESAL	4
II.	HECHOS	7
1.	Antecedentes: La Crisis Económica y Financiera Argentina	7
2.	La Posición de los Demandantes	8
III.	COMPETENCIA DEL TRIBUNAL	12
1.	Textos Pertinentes	12
2.	Ámbito del Examen	14
(a)	Iniciación del Procedimiento	14
(b)	Consultas y Negociaciones Previas	14
(c)	Importancia de la Jurisprudencia Desarrollada por el CIADI y otros Tribunales	15
(d)	¿Qué Cuestiones se Consideran de Naturaleza Jurisdiccional?	15
3.	Primera Excepción Preliminar: la Controversia No Surge Directamente de una Inversión	18
(a)	Las Posiciones de las Partes	18
(b)	Las Consideraciones del Tribunal	22
4.	Segunda Excepción Preliminar: la Presente No es una Diferencia de Naturaleza Jurídica	23
(a)	Introducción	23
(b)	¿Se Refiere la Diferencia a Derechos Legales?	24
(i)	Las Posiciones de las Partes	24
(ii)	Las Consideraciones del Tribunal	27
(c)	¿Pueden los Derechos Basados en Contratos Considerarse Derechos Legales?	28
(i)	La Posición de las Partes	28
(ii)	Las Consideraciones del Tribunal	30
(d)	¿Modifica las Conclusiones del Tribunal la Existencia de una Cláusula Paraguas (“ <i>Umbrella Clause</i> ”)?	31
(i)	La Posición de las Partes	31
(ii)	Las Consideraciones del Tribunal	32
5.	Tercera Excepción Preliminar: la Reclamación Debe ser Limitada en lo que Respecta a las Medidas Tributarias	46
(a)	Las Posiciones de las Partes	46
(b)	Las Consideraciones del Tribunal	50
6.	Cuarta Excepción Preliminar: Según la Doctrina de la Preclusión, los Demandantes no Pueden Negarse a Aceptar las Cortes de Argentina como el Foro Exclusivo	53
(a)	La Posición de las Partes	53
(b)	Las Consideraciones del Tribunal	58
7.	Quinta Excepción Preliminar: la Reclamación es Hipotética	59
(a)	Las Posiciones de las Partes	59
(b)	Las Consideraciones del Tribunal	63
8.	Sexta Excepción Preliminar: los Demandantes Carecen de <i>Jus Standi</i>	64
(a)	Las Posiciones de las Partes	64
(b)	Las Consideraciones del Tribunal	74

9. Solicitud de Pruebas Adicionales Formulada por el Demandado	78
DECISIÓN	80

I. HISTORIA PROCESAL

1. El 23 de mayo de 2003, Pan American Energy LLC y BP Argentina Exploration Company, ambas sociedades constituidas en el Estado de Delaware de los Estados Unidos de América (en adelante denominadas “Primeros Demandantes”), presentaron una Solicitud de Arbitraje de fecha 22 de mayo de 2003 contra la República Argentina (en adelante denominada “el Gobierno”, “Argentina” o “el Demandado”) ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante denominado “CIADI” o “Centro”). Los Primeros Demandantes alegan que Argentina ha violado, con sus propias acciones y omisiones y las de algunos de sus organismos, varias de sus obligaciones en virtud del Tratado entre la República Argentina y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones del 14 de noviembre de 1991 (en adelante denominado el “TBI”)¹, así como también el derecho internacional y la legislación argentina.

2. El Secretario General Interino del Centro registró la Solicitud de Arbitraje de los Primeros Demandantes el 6 de junio de 2003. Las partes convinieron en que el Tribunal estaría constituido por tres árbitros, uno designado por cada una de las partes y el tercero, que sería el Presidente del Tribunal, designado por el Presidente del Consejo Administrativo del Centro. En consecuencia, los Primeros Demandantes designaron al profesor Albert Jan van den Berg (de los Países Bajos) como árbitro, y el Demandado designó a la profesora Brigitte Stern (francesa) como árbitro. El Presidente del Consejo Administrativo del Centro, con el acuerdo de las partes, designó al profesor Lucius Caflisch (suizo) como Presidente del Tribunal de Arbitraje. El 6 de febrero de 2004 se consideró constituido al Tribunal e iniciado el procedimiento. En la misma fecha, en observancia de lo dispuesto en la Regla 25 del Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI, se notificó a las partes que la Sra. Gabriela Álvarez-Ávila, Consejera Jurídica Superior del CIADI, actuaría como Secretaria del Tribunal Arbitral.

3. El 17 de diciembre de 2003, BP America Production Company, sociedad constituida de acuerdo con las leyes del Estado de Delaware, y Pan American Sur SRL, Pan American Fuego SRL y Pan American Continental SRL, sociedades constituidas de acuerdo con las

¹ Los tratados bilaterales de inversión en general se denominarán “TBI”.

leyes de Argentina (en adelante denominadas “Segundos Demandantes”), también presentaron una Solicitud de Arbitraje contra Argentina. Los Segundos Demandantes pidieron que su Solicitud se considerara conjuntamente con la Solicitud de Arbitraje de fecha 22 de mayo de 2003 presentada por los Primeros Demandantes, alegando que ambos casos eran idénticos en lo sustancial y se referían a inversiones en el sector de los hidrocarburos. También alegaron que las acciones y omisiones del Demandado, y las de algunos de sus organismos, violaron el TBI, el derecho internacional y la legislación argentina. El Secretario General Interino registró la Solicitud de Arbitraje de los Segundos Demandantes el 27 de febrero de 2004.

4. Mediante cartas de fecha 17 y 18 de marzo de 2004, el Demandado y los Primeros y los Segundos Demandantes (en adelante denominados en forma colectiva “los Demandantes”) convinieron que el Tribunal debería estar constituido por los mismos miembros que integraron el Tribunal en el caso del CIADI No. ARB/03/13 y que ambos casos, es decir, los casos del CIADI No. ARB/03/13 y No. ARB/04/8 deberían consolidarse. En consecuencia, el Tribunal fue integrado por el profesor Albert Jan van den Berg, la profesora Brigitte Stern y el profesor Lucius Caflisch en calidad de Presidente del Tribunal. El 25 de marzo de 2004, se dio por constituido el Tribunal y por iniciado el procedimiento. En la misma fecha, de acuerdo con lo dispuesto en la Regla 25 del Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI, se notificó a las partes que la Sra. Gabriela Álvarez-Ávila, Consejera Jurídica Superior del CIADI, actuaría como Secretaria del Tribunal de Arbitraje.

5. El Sr. R. Doak Bishop, de King & Spalding, el Sr. José A. Martínez de Hoz (Hijo) de Pérez Alati, Grondona Benites, Arntsen & Martínez de Hoz (Hijo) y el Sr. Richard J. Spies representan a los Demandantes. El Dr. Osvaldo César Guglielmino, Procurador del Tesoro de la Nación Argentina, representa al Demandado.

6. La primera sesión de ambos casos se celebró el 21 de abril de 2004 en Ginebra (la “Primera sesión”). Los Demandantes estuvieron representados en esa sesión por los Sres. R. Doak Bishop, Gary Paulson, José A. Martínez de Hoz (Hijo), Javier Vinokurov y Martín Stanway Mayers. El Sr. Jorge Barraguirre y la Sra. María Vallejos Meana, de la Procuración del Tesoro de la Nación, Buenos Aires, y actuando por instrucciones del entonces Procurador del Tesoro de la Nación, Dr. Horacio Daniel Rosatti, representaron al Demandado.

7. En la primera sesión, las partes estuvieron de acuerdo en que el Tribunal se había constituido debidamente y que no tenían ninguna objeción respecto de ninguno de sus

miembros. También se observó que el procedimiento se realizaría conforme a las Reglas de Arbitraje del CIADI en vigencia desde el 1 de enero de 2003 (en adelante denominadas “las Reglas de Arbitraje”). Las partes acordaron además que ambos casos se considerarían como un solo procedimiento y que el Tribunal emitiría una sola decisión sobre la jurisdicción para ambos procedimientos. Con respecto a los alegatos de las partes, en cuanto a su número, secuencia y oportunidad, el Tribunal anunció, después de consultar con las partes, que los Demandantes presentarían su Memorial dentro de los 90 días de la fecha de la Primera sesión, que el Demandado presentaría su Memorial de Contestación dentro de los 90 días de la fecha de recibido el Memorial; la Réplica de los Demandantes se presentaría dentro de los 45 días de recibido el Memorial de Contestación, y la Dúplica del Demandado, dentro de los 45 días de recibida la Réplica. Se convino además en que el Demandado tenía derecho a plantear cualquier objeción que tuviere a la jurisdicción dentro de un máximo de 45 días contados a partir de la recepción del Memorial presentado por los Demandantes. Si el Demandado planteara dichas objeciones, los Demandantes tendrían derecho a presentar un Memorial de Contestación sobre la jurisdicción dentro de los 45 días de recibido el Memorial sobre la jurisdicción presentado por el Demandado. El Tribunal decidiría en una etapa posterior, después de consultar con las partes, si haría falta una segunda ronda de alegatos sobre la jurisdicción.

8. Los Demandantes presentaron su Memorial sobre el Fondo el 21 de julio de 2004. El Demandado presentó su Memorial sobre Jurisdicción el 21 de septiembre de 2004 y los Demandantes, su Memorial de Contestación sobre Jurisdicción el 11 de noviembre de 2004. Después de haber analizado las opiniones de las partes, el Tribunal decidió el 2 de febrero de 2005 que no hacía falta una segunda ronda de alegatos sobre jurisdicción y fijó la fecha de la audiencia sobre jurisdicción para el 18 de marzo de 2005.

9. La audiencia sobre jurisdicción tuvo lugar en la ciudad de Washington D.C. el 18 de marzo de 2005. Los Demandantes estuvieron representados por los Sres. R. Doak Bishop, José Alfredo Martínez de Hoz (Hijo), Martin Stanway Mayers, Craig S. Miles, la Sra. Valeria Macchia y el Sr. Javier Vinokurov. El Sr. Jorge Barraguirre y la Sra. Gisela Makowski, de la Procuración del Tesoro de la Nación, representaron al Demandado.

10. A solicitud del Demandado, el Sr. Richard Spies prestó testimonio en la audiencia. Los Demandantes presentaron brevemente al testigo; a ello le siguió el examen del testigo por el Demandado y el nuevo examen por los Demandantes. El Tribunal también hizo, algunas

preguntas al testigo. Se hicieron transcripciones de la audiencia en inglés y español, las que se distribuyeron al Tribunal y a las partes el 18 de mayo de 2005 (la “Transcripción”).

II. HECHOS

1. Antecedentes: La Crisis Económica y Financiera Argentina

11. El presente caso tiene lugar durante la crisis económica y financiera argentina de fines del decenio de 1990. El Tribunal de Arbitraje del caso *Gas Natural*² la describió apropiadamente de la siguiente manera:

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.

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.

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

² *Gas Natural SDG, S.A. c. República Argentina*, Decisión del Tribunal sobre Ppreguntas Preliminares sobre Jurisdicción del 17 de junio de 2005, Caso CIADI No. ARB/03/10, §§ 11-15: <http://ita.law.uvic.ca/documents/GasNatural-Decisionsobrepreguntaspreliminaressobrejurisdiccion.pdf>.

medidas a las que se refiere el presente arbitraje fueron adoptadas durante su administración.

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.

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.

2. La Posición de los Demandantes

12. Pan American Energy LLC (“PAE”) es una sociedad constituida de acuerdo con las leyes del Estado de Delaware (Estados Unidos de América), con una sucursal constituida en la República Argentina (“sucursal de PAE”).

13. BP Argentina Exploration Company (“BP Argentina”) también es una sociedad constituida de acuerdo con las leyes del Estado de Delaware.

14. BP America Production Company (“BP America”) también es una entidad constituida de acuerdo con las leyes del Estado de Delaware, y tiene la propiedad y el control de BP Argentina.

15. BP America y BP Argentina se denominan en adelante en forma colectiva “BP”.

16. BP America, en forma indirecta, y BP Argentina, en forma directa, son propietarias de la mayoría de las participaciones en el capital de PAE.

17. PAE es propietaria de todas las participaciones en el capital de: Pan American Continental SRL (“PAE Continental”), Pan American Sur SRL (“PAE Sur”) y Pan American Fueguina SRL (“PAE Fueguina”). Cada una de estas entidades es una sociedad de responsabilidad limitada constituida de acuerdo con la legislación argentina. Las tres sociedades, junto con la sucursal de PAE, se denominarán las “Sociedades Argentinas”.

18. Los Demandantes son propietarios de cerca del 20% de las acciones de Central Dock Sud SA (“Dock Sud”) y del 16% de Gas Nea SA. PAE también se dedica a la generación de energía eléctrica al haber adquirido una participación no controlante en Dock Sud, que había construido y operado una planta de energía térmica en Buenos Aires.

19. Las reclamaciones de los Demandantes se derivan de sus inversiones en Argentina. Las Sociedades Argentinas eran el segundo productor más grande de gas y petróleo de Argentina, y su producción se vendía en el país y en el exterior. Las Sociedades Argentinas son titulares de varias concesiones para la producción de hidrocarburos (es decir, de petróleo y gas), permisos de exploración y contratos de producción de esos recursos en Argentina (las “Concesiones y Contratos sobre Hidrocarburos”), enumerados en el Anexo B del Memorial de los Demandantes sobre el Fondo, así como de permisos de exportación de gas natural, enumerados en el Anexo C del Memorial. Las Sociedades Argentinas desarrollan operaciones en las provincias argentinas de Tierra del Fuego (tanto en tierra como en el mar), Santa Cruz, Chubut, Neuquén y Salta, así como también en el mar de Argentina en el Atlántico Sur.

20. Los Demandantes alegan que el Demandado, mediante acciones y omisiones del Gobierno y sus organismos, violó el TBI, el derecho internacional general y la legislación argentina.

21. De las normas establecidas en el TBI, se alega que se han infringido las siguientes: i) tratamiento justo y equitativo de las inversiones; ii) plena protección y seguridad de éstas; iii) tratamiento no menos favorable que el dispuesto por el derecho internacional; iv) abstención de intervenciones arbitrarias y discriminatorias en la administración, funcionamiento, mantenimiento, uso, goce, adquisición, expansión o enajenación de sus inversiones; v) cumplimiento de todas las obligaciones asumidas frente a los inversionistas, incluidas las relativas a cuestiones tributarias; vi) libertad de transferencia de monedas al tipo de cambio vigente; vii) prohibición de nacionalización o expropiación, de manera directa o indirecta, salvo mediando determinadas condiciones (utilidad pública; ausencia de discriminación; pago de una indemnización pronta, suficiente y efectiva, y debido proceso).

22. Las normas del TBI corresponden a las resultantes del derecho internacional general. Además, los Demandantes alegan que Argentina, al no respetar las normas del TBI, violó otros principios del mencionado derecho, como el de *pacta sunt servanda*.

23. Por último, los Demandantes sostienen que Argentina, con su conducta, violó su propia legislación, como la relativa a: la inviolabilidad del derecho de propiedad salvo mediando determinadas condiciones (Artículo 17 de la Constitución); el derecho de todas las personas a trabajar, comerciar, usar y disponer de su propiedad (Artículo 14 de la Constitución); la garantía de que los derechos reconocidos en la Constitución no podrán ser alterados por las leyes que reglamentan su ejercicio (Artículo 28 de la Constitución); los tratados que forman parte de la legislación argentina y tienen jerarquía superior a las leyes nacionales (Artículos 31 y 75 (22) de la Constitución). Análogamente, los Demandantes alegan que Argentina ha violado el marco reglamentario del gas y el petróleo y el marco reglamentario de la electricidad, integrados por varias leyes, decretos, reglamentos y modelos de licencias que se aprobaron a principios del decenio de 1990.

24. El marco Regulatorio del Gas y el Petróleo dispone, de acuerdo con los Demandantes: las condiciones de las exportaciones de los productores; la exención de honorarios, aranceles, derechos o retenciones vigentes o futuros, así como también la prohibición de aplicarles a ellos, sus negocios y activos, impuestos discriminatorios; el derecho de disponer libremente de su producción; regalías máximas sobre el producto de las ventas, y la protección contra la aplicación de impuestos discriminatorios. Estas garantías se incorporaron, directamente o por referencia, en las concesiones para la producción, los permisos de exploración y contratos de producción. Asimismo, el precio del petróleo crudo y del gas natural fue desregulado en 1991 y 1994, respectivamente, asegurando de esta manera la libertad para elegir los términos de las transacciones convenidas por los productores. Los derechos contractuales adquiridos por las empresas de exploración y producción gozaban de la misma protección que la Constitución otorga a los derechos de propiedad. Las tarifas aplicables a la distribución de gas natural se calcularían en dólares y se expresarían en pesos, al tipo de cambio vigente a la fecha de la facturación, serían ajustables periódicamente a fin de asegurar una rentabilidad razonable y estarían sujetas a revisión cada cinco años. El objetivo de todas estas medidas era alentar la competencia, abrir el acceso a los oleoductos y redes de distribución, e inducir a los inversionistas extranjeros a participar en la actividad del gas y el petróleo.

25. El Marco Regulatorio de la Electricidad estaba constituido por varias leyes, decretos y reglamentos encaminados a poner en práctica la privatización de parte del sector estatal de la electricidad, particularmente con miras a reducir la deuda pública, aumentar la eficiencia de los servicios e incrementar los ingresos fiscales. A fin de lograr estos objetivos, dicho Marco comprendía en particular reglamentaciones y normas conforme a las cuales los productores

participarían en el Mercado Eléctrico Mayorista (MEM), incluidas las siguientes: segregación de distintos tipos de actividades (generación, transporte y distribución); promoción de la competencia en la producción de electricidad, y fomento de las inversiones a fin de garantizar el suministro a largo plazo, y la promoción de la competitividad y la eficiencia en los costos.

26. Los derechos y garantías establecidos en el Marco Regulatorio del Gas y el Petróleo y en el Marco Regulatorio de la Electricidad eran, de acuerdo con los Demandantes, parte de las condiciones de la inversión y fueron aceptados como tales por las Sociedades Argentinas y los Demandantes. Según estos últimos, los mismos revistieron una importancia fundamental en sus decisiones de inversión.

27. En esta etapa del procedimiento no es preciso entrar a considerar los detalles de las medidas adoptadas por el Gobierno en el sector de los hidrocarburos y la electricidad. Según los Demandantes, las medidas comprendieron varias leyes, decretos, resoluciones y comunicaciones enumeradas en el párrafo 32 de la Solicitud de Arbitraje y afectan: la exención de las exportaciones de hidrocarburos del pago de derechos a la exportación, con la finalidad expresa de compensar al sector bancario por la “pesificación” asimétrica, es decir, la conversión compulsiva de las obligaciones en dólares en obligaciones denominadas en pesos a la tasa de un peso por dólar; la limitación de la tasa de regalías al 12%; el derecho de exportar libremente hidrocarburos y de transferir fondos al exterior; el derecho a efectuar ventas y compras en dólares, que fue anulado por la “pesificación”; la libertad de contratar, coartada por la eliminación de los mecanismos de ajuste; la posibilidad de depreciar, a los fines tributarios, las inversiones financiadas en dólares al nivel previo a la “pesificación”, y, de manera más general, la posibilidad de mitigar las pérdidas ocasionadas por ese proceso a través de medidas tributarias.

28. Los Demandantes alegan que las medidas adoptadas por el Gobierno, que se describieron antes, han violado el TBI, el derecho internacional general y la legislación argentina, como se señaló antes (véase *supra*, § 20).

29. Con respecto al TBI, el Gobierno supuestamente violó las disposiciones de su Artículo II 2) a), que exige a Argentina otorgar a las inversiones efectuadas por nacionales de los Estados Unidos trato justo y equitativo, protección y seguridad plenas y un trato no menos favorable que el exigido por el derecho internacional, la misma regla aplicable a los nacionales de Argentina en los Estados Unidos.

30. Según los Demandantes, estas medidas también eran contrarias a las disposiciones del Artículo II 2) b) por cuanto eran arbitrarias o discriminatorias y menoscabaron las inversiones de los Demandantes.

31. En el Artículo II 2) c) del TBI se dispone que cada Parte Contratante deberá cumplir “con todas las obligaciones que haya asumido con respecto a las inversiones (denominada “*umbrella clause*” o cláusula paraguas), y el Artículo XII contiene algunas garantías en materia tributaria. Los Demandantes sostienen que ambas disposiciones han sido violadas, así como también el Artículo IV del TBI, y que las medidas adoptadas por Argentina son equivalentes a una expropiación de las inversiones de los Demandantes en Argentina y de su participación accionaria en las Sociedades Argentinas sin que mediara una indemnización pronta, suficiente y efectiva. Lo mismo resulta aplicable a las medidas de intervención en los derechos contractuales que, de acuerdo con la Constitución Argentina, equivalen a una confiscación de los derechos de propiedad. Por último, esas medidas supuestamente infringieron el Artículo V del TBI, por el que se garantizaba la libertad de todas las transferencias relacionadas con la inversión dentro y fuera del territorio de un Estado Parte, incluidas las utilidades, indemnizaciones, pagos efectuados por arreglos de diferencias relativas a inversiones, etcétera.

32. Las medidas adoptadas contra los derechos adquiridos jurídicos y contractuales de los Demandantes también constituyen, de acuerdo con estos últimos, violaciones de los derechos de propiedad protegidos por los Artículos 14 y 17 de la Constitución Argentina. Habida cuenta de que el TBI fue aprobado de conformidad con lo dispuesto en dicha Constitución, y que por ende pasó a formar parte de la legislación nacional del Demandado aunque con jerarquía superior a esta última, las medidas en cuestión también infringen supuestamente los Artículos 31 y 75 (22) de la Constitución.

III. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

1. Textos Pertinentes

33. El Centro sólo tiene jurisdicción cuando existe consentimiento mutuo. Hoy en día es generalmente aceptado que puede considerarse que una referencia general al arbitraje del CIADI en un tratado bilateral de inversión constituye el consentimiento por escrito de un Estado de acuerdo con el significado del Artículo 25 del Convenio sobre Arreglo de

Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados de fecha 18 de marzo de 1965 (en adelante denominado el “Convenio de Washington” o el “Convenio del CIADI”) para aceptar la jurisdicción del Centro, y que la presentación de una solicitud por el inversionista sea considerada como constitutiva del consentimiento de éste.

34. El TBI entró en vigor entre ambos Estados el 20 de octubre de 1994.

35. En el Artículo VII 4) del TBI se dispone que:

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...

36. Conforme al párrafo 3 del mismo Artículo, el nacional o sociedad de que se trate, es decir, los Demandantes, puede cumplir con dicho requisito optando por dar su consentimiento por escrito al sometimiento a arbitraje vinculante de la diferencia: “i) al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones...”.

37. Argentina ha prestado su consentimiento al convertirse en Parte en el TBI (Artículo VII 4)). En virtud del Artículo VII 3) a) i), el 20 de mayo de 2003 PAE y BP Argentina enviaron una carta al Gobierno, y el 21 de mayo de 2003, al Secretario General del CIADI, en la que prestaban su consentimiento a la jurisdicción del CIADI en la presente disputa. El 27 de noviembre de 2003, BP America, PAE Sur, PAE Fueguina y PAE Continental enviaron una carta al Gobierno, y el 4 de diciembre de 2003, al Secretario General del CIADI, en la que prestaban también su consentimiento a la jurisdicción del CIADI en la presente disputa.

38. En el Artículo VII 2) del TBI se dispone que:

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

39. En el presente caso, los Demandantes iniciaron las consultas y negociaciones, y el 16 de agosto de 2002 notificaron al Gobierno formalmente de la disputa y le informaron que solicitarían el arbitraje internacional en virtud del TBI y procurando el arreglo de la diferencia mediante consultas y negociaciones. A esta comunicación siguieron varias cartas enviadas al Presidente de la República Argentina y al Presidente del Banco de la Nación Argentina. Los Demandantes solicitaron en vano reiteradamente a las autoridades argentinas que adoptaran medidas para preservar las inversiones de los Demandantes. El período de seis meses de consultas y negociaciones terminó el 16 de febrero de 2003, más de tres meses antes de que se iniciara el procedimiento de arbitraje del CIADI (Solicitud de Arbitraje, §§ 59-60 y 62-64).

2. Ámbito del Examen

(a) Iniciación del Procedimiento

40. Como se mencionó, el TBI entró en vigor el 20 de octubre de 1994 (véase *supra*, § 34) y, en consecuencia, Argentina prestó su consentimiento al arbitraje del CIADI en esa misma fecha. Los Demandantes prestaron su consentimiento mediante las cartas mencionadas en § 37 *supra*. El Secretario General del CIADI registró las Solicitudes de Arbitraje de fechas 22 de mayo de 2003 y 4 de diciembre de 2003, respectivamente, el 6 de junio de 2003 y el 27 de febrero de 2004. Por lo tanto, el procedimiento se inició el 6 de febrero de 2004 y el 25 de marzo de 2004 respectivamente, de conformidad con lo dispuesto en la Regla 6 (2) de las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje.

(b) Consultas y Negociaciones Previas

41. De conformidad con lo dispuesto en el Artículo VII 2) del TBI, las partes en una controversia en materia de inversión “procurarán primero solucionarla mediante consultas y negociaciones”. En esa disposición se estipula seguidamente lo siguiente: “Si la controversia no pudiera ser solucionada en forma amigable, la sociedad o el nacional involucrados podrán elegir someter la controversia para su solución”, *inter alia*, al arbitraje CIADI. Este texto podría plantear un problema de interpretación: ¿es obligatorio antes de someter un caso a arbitraje, haber celebrado consultas y negociaciones sin éxito? El uso del verbo en condicional (“should”, en inglés; “procurarán”, en español) en la primera oración del Artículo VII 2) indica que no lo es, una opinión a la que se adhieren los Demandantes (Solicitud de Arbitraje, § 87). Sin embargo, en la segunda oración parece considerarse a las consultas y negociaciones como una condición para someter casos, una opinión que sostiene el

Demandado. Empero, la pregunta no tiene por qué ser contestada en el presente caso, puesto que los Demandantes han intentado debidamente celebrar consultas y negociaciones, como lo demuestran los hechos relatados antes (véase *supra*, § 39).

(c) Importancia de la Jurisprudencia Desarrollada por el CIADI y otros Tribunales

42. Los tribunales arbitrales del CIADI se establecen *ad hoc*, para cada caso, en el marco del Convenio de Washington, y a este Tribunal no le consta la existencia de ninguna disposición, ya sea en dicho Convenio o en el pertinente TBI, por la que se establezca la obligación de *stare decisis*. Sin embargo, es razonable suponer que los tribunales arbitrales internacionales, incluso los constituidos dentro del CIADI, en general tendrán en cuenta los precedentes establecidos por otros tribunales internacionales. El presente Tribunal seguirá ese mismo enfoque, sobre todo teniendo en cuenta que tanto los Demandantes como el Demandado, en los alegatos escritos y orales, se han basado en esos precedentes.

(d) ¿Qué Cuestiones se Consideran de Naturaleza Jurisdiccional?

43. Las partes no están de acuerdo en las cuestiones que deben considerarse jurisdiccionales en esta etapa del presente procedimiento. El Demandado ha hecho un planteamiento extenso acerca de lo que corresponde a la esfera jurisdiccional. En cambio, los Demandantes han presentado planteamientos restrictivos, aduciendo con frecuencia que tal o cual objeción a la jurisdicción, formulada por Argentina, en verdad se vinculaba con el fondo del asunto.

44. En el caso de las *Plataformas de Petróleo*, la Corte Internacional de Justicia (en adelante denominada “CIJ”) definió su labor a nivel jurisdiccional, al señalar que:

debe determinar si las violaciones... alegadas encuadran o no dentro de las disposiciones del Tratado [de Amistad] [de 1955] y si, en consecuencia, la controversia cae dentro de la jurisdicción *ratione materiae* de la Corte (§ 16)³.

45. En otras palabras, se trata de determinar si las cuestiones que deben considerarse encuadran dentro de los parámetros de la jurisdicción, según se la define en el tratado

³ (*Irán c. los Estados Unidos*), Jurisdicción, Fallo del 12 de diciembre de 1996, *ICJ Reports* 1996, pp. 809-810.

habilitante, y no de analizar si las alegaciones de los Demandantes deben prosperar sobre la base del fondo del asunto.

46. Ya en el caso *Amco c. Indonesia*⁴, el Tribunal Arbitral del CIADI sostuvo que

[el] Tribunal en esta etapa no debe procurar analizar minuciosamente la reclamación en sí, sino que el Tribunal debe contentarse con que, *prima facie*, la reclamación, como lo afirmó el Demandante al iniciar el arbitraje, se encuadre dentro del mandato jurisdiccional del arbitraje del CIADI y, por lo tanto, de este Tribunal (p. 405).

47. En este caso también, lo fundamental de la decisión del Tribunal es que, en esencia, de lo que se trata no es determinar si la reclamación está debidamente fundada en el fondo del asunto, sino determinar si, como está planteada, encuadra en el marco jurisdiccional previsto en la pertinente cláusula arbitral.

48. La cuestión examinada aquí también se ha planteado en un caso reciente que tuvo por parte al Demandado. En el caso *Siemens AG c. Argentina*⁵, el Tribunal señaló lo siguiente:

A estas alturas del procedimiento, el Tribunal no está obligado a considerar si las reclamaciones en virtud del Tratado [celebrado entre Alemania y la República Argentina sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones el 9 de abril de 1991] hechas por Siemens son correctas. Esto es una cuestión que debe ser tratada con el fondo de la controversia. El Tribunal sólo necesita estar convencido de que, si se prueba que las alegaciones de los Demandantes son correctas, tiene jurisdicción para considerarlas. (§180, el énfasis es nuestro).

49. Se plantea el interrogante de si el Tribunal debería ahondar en esta pregunta en esta etapa del procedimiento. En el caso *Enron I*⁶, el Tribunal observó lo siguiente:

El hecho de que las Demandantes hayan argumentado y demostrado que, *prima facie*, se han visto afectadas adversamente por las medidas tributarias sobre las que han presentado reclamación es suficiente para que, respecto de dicha cuestión, el Tribunal se declare competente para decidir el fondo

⁴ Decisión sobre Jurisdicción de fecha 25 de septiembre de 1983, caso CIADI No. ARB 81/1, *ICSID Reports*, Vol. 1, p. 390.

⁵ Decisión sobre Jurisdicción de fecha 3 de agosto de 2004, caso CIADI No. ARB/02/8, *ILM*, Vol. 44, 2005, p. 137.

⁶ *Enron y Ponderosa Assets c. la República Argentina*, Decisión sobre Jurisdicción de fecha 14 de enero de 2004, Caso CIADI No. ARB/01/3, <http://ita.law.uvic.ca/documents/Enron-Jurisdiction.pdf>.

de la cuestión según lo dispuesto en el Tratado Bilateral sobre Inversiones.
(§ 99).

50. El presente Tribunal no mantiene el requisito de que un demandante tiene la carga de la prueba de que tiene *prima facie* una reclamación contra el demandado en el sentido de que se exija dicho requisito para, por ejemplo, obtener una medida provisional. Por otra parte, y de esa manera entiende este Tribunal el párrafo antes citado del caso *Enron I*, un demandante debería demostrar que *prima facie* sus reclamaciones encuadran en las disposiciones pertinentes del TBI a los fines de justificar la jurisdicción del Centro y la competencia del Tribunal (pero no a los fines de acreditar que las reclamaciones están bien fundadas). Al respecto, las calificaciones no bastan. Ello se debe a que si todo fuera a depender de caracterizaciones efectuadas tan sólo por el demandante, la pregunta acerca de la jurisdicción y la competencia se reduciría a la nada y los tribunales estarían desprovistos de la *compétence de la compétence* de que gozan en virtud del Artículo 41 (1) del Convenio del CIADI.

51. En consecuencia, las reclamaciones formuladas en el presente caso deben ser tomadas como tales por el Tribunal en esta etapa del procedimiento, cuya única tarea en la presente etapa del procedimiento consiste en determinar si, tal como se han formulado, éstas encuadran en los parámetros jurisdiccionales establecidos en el pertinente instrumento o los pertinentes instrumentos convencionales. Ello es así por cuanto en esta etapa, los tribunales se ocupan de la naturaleza y el alcance de las reclamaciones y no de la cuestión si éstas habrán de prosperar. Si fuera de otro modo, las cuestiones de jurisdicción deberían abordarse al mismo tiempo que el análisis de las cuestiones de fondo del caso, o incluso posteriormente. En consecuencia, la cuestión aquí es si las reclamaciones de los Demandantes, en caso de estar bien fundadas —cuestión que se examinará en la etapa siguiente—, pueden indicar violaciones del TBI y, por lo tanto, encuadran en la jurisdicción del Centro y la competencia de este Tribunal en virtud de las disposiciones pertinentes del TBI y del Artículo 25 del Convenio del CIADI. Esta es la perspectiva con que deben considerarse las objeciones planteadas por la República Argentina.

52. En teoría, la investigación del Tribunal en la presente etapa del procedimiento también abarcaría la cuestión de si no son frívolos o abusivos. Como Argentina no ha presentado ninguna excepción, no es necesario que el Tribunal aborde este tipo de investigación.

53. Argentina ha planteado seis excepciones preliminares: i) a diferencia de lo exigido en el Artículo 25 (1) del Convenio del CIADI, la controversia no “surge directamente de una

inversión”; ii) no se trata de una diferencia “de naturaleza jurídica” como se establece en la misma disposición; iii) la reclamación debe ser limitada en lo que respecta a las medidas tributarias, iv) los Demandantes no pueden acudir a órganos distintos de los tribunales de Argentina; v) las reclamaciones se refieren a daños conjeturales y no reales, y vi) los Demandantes carecen de derecho de acción (*jus standi*).

54. Como cuestión de terminología, en la Regla 41 (1) de las Reglas de Arbitraje del CIADI se estipula lo siguiente: “Toda excepción que la diferencia o una demanda subordinada no cae dentro de la jurisdicción del Centro o que, por otras razones, no es de la *competencia* del Tribunal...” (el énfasis es nuestro; véase también el Artículo 41 (2) del Convenio de Washington)⁷. En la presente Decisión, los términos “jurisdicción” y “competencia” se utilizarán en forma indistinta, teniendo en cuenta las excepciones preliminares planteadas por el Demandado y debatidas entre las partes. Por las mismas razones, no hace falta hacer la posible —y, de algún modo, controvertida— distinción entre jurisdicción y admisibilidad. Cualquiera sea la caracterización, las partes han presentado su caso sobre la base de las seis excepciones planteadas por el Demandado.

3. Primera Excepción Preliminar: la Controversia No Surge Directamente de una Inversión

(a) Las Posiciones de las Partes

55. De acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 25 (1) del Convenio del CIADI, “[l]a jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión...”. El Demandado sostiene que las reclamaciones de los

⁷ En el § 22 del 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 (de fecha 18 de marzo de 1965), Doc. ICSID/2, se establece: “El término “jurisdicción del Centro” se usa en el convenio como una expresión adecuada para indicar los límites dentro de los cuales se aplicarán las disposiciones del convenio y se facilitarán los servicios del Centro para procedimientos de conciliación y arbitraje. La jurisdicción del Centro es tratada en el Capítulo II del Convenio (Artículos 25 al 27)”. En el § 38 del Informe se afirma: “El Artículo 41 reitera el reconocido principio de que los tribunales internacionales son los llamados a resolver sobre su propia competencia... En relación a esto, se debe hacer notar que la facultad del Secretario General para rechazar el registro de una solicitud de conciliación o de arbitraje... se define en forma tan limitada que no interfiera con la prerrogativa de las Comisiones y los Tribunales de determinar su propia competencia y, por otra parte, dicho registro de la solicitud por el Secretario General no impide, desde luego, que la Comisión o el Tribunal decida que la diferencia cae fuera de la jurisdicción del Centro”.

Demandantes no se ajustan a las disposiciones del Artículo 25 (1), puesto que no surgen “directamente” de una inversión.

56. Para respaldar su excepción, Argentina invoca los *travaux préparatoires* del Artículo 25 (1), inicialmente concebidos para las “diferencias surgidas de, o relacionadas con, inversiones” (el texto precedente corresponde a la versión en español del traductor del texto original en inglés) (el énfasis es nuestro), fórmula muy amplia, ulteriormente reducida al texto actual, propuesto por la República Centroafricana y que fue comentado, primero por la delegación de Portugal, conforme a la que los cambios introducidos restringían la jurisdicción del CIADI a las reclamaciones por daños sufridos como consecuencia de algunos actos del Estado *dirigidos especialmente* al inversionista, y, segundo, por la delegación de España, que explicó que la finalidad del nuevo texto era “evitar el triunfo de los excesos, tanto de las posiciones que excluirían indebidamente la jurisdicción del Centro como de las posiciones que la extenderían excesivamente” (el texto precedente corresponde a la versión en español del traductor del texto original en inglés). “Directamente”, de acuerdo con Argentina, puede equipararse con “*específicamente*” (Memorial sobre Jurisdicción, §§ 21-22; véase también la Transcripción, p. 8).

57. Según Argentina, no basta, aun en la etapa jurisdiccional, que el inversionista se haya visto afectado adversamente por medidas adoptadas por el Estado receptor. El inversionista también debe demostrar que las medidas adversas estaban dirigidas a él y que no eran tan sólo medidas generales destinadas a todos: según el Demandado, si los tribunales del CIADI consideraran las medidas universales, “[s]ería juzgar una política pública y no un conflicto legal” (Memorial sobre Jurisdicción, § 22). Empero, el Demandado admite que, excepcionalmente, las medidas generales pueden justificar la jurisdicción del CIADI, cuando “esas... medidas se adoptan en violación de compromisos específicamente asumidos ante el inversionista en los tratados, la legislación o los contratos”, como declaró el Tribunal de Arbitraje en su Decisión sobre Jurisdicción, del 17 de julio de 2003, en el caso *CMS Gas Transmission Co. c. Argentina*⁸. “Lo que queda cubierto por la jurisdicción del Centro”, prosigue el Tribunal, “no son las medidas generales en sí, sino la manera como ellas pueden violar esos compromisos específicos” (§ 27). Por lo tanto, una “línea interpretativa clara y razonable” al respecto consistiría, de acuerdo con el Demandado, en que los Demandantes

⁸ Caso del CIADI No. ARB/01/8, *ILM*, Vol. 42, 2003, p. 788.

tienen la carga de probar los compromisos específicos que se hayan formulado, que se hayan negociado con él y “prometidos en forma particular, específica y exclusiva” a su favor, supuestamente violadas por las medidas adoptadas por Argentina: devaluación del peso, establecimiento de una nueva paridad cambiaria, conversión temporal de obligaciones y fijación de tarifas en pesos, imposición de una nueva política fiscal.

58. Para ilustrar este aspecto, Argentina invoca el caso *Methanex c. los Estados Unidos*⁹, en que se analizó una norma del TLCAN similar a la del Artículo 25 (1) del Convenio del CIADI, a saber, el Artículo 1101 del TLCAN, referente a la protección contra “medidas que adopte o mantenga una Parte relativas a: a) los inversionistas de otra Parte; b) las inversiones de inversionistas de otra Parte realizadas en territorio de la Parte”. Como ninguna de las medidas adoptadas por el demandado, Estados Unidos, estaba dirigida expresamente a Methanex, la cuestión consistía en saber si esas medidas eran “relativas a” esa sociedad y, en especial, si bastaba con que *fuera susceptible de afectar* al demandante. Sobre este último punto, el Tribunal, en su Laudo Parcial de fecha 7 de agosto de 2002, llegó a la conclusión de que la posibilidad de recurrir al arbitraje previsto en el TLCAN está supeditado a la existencia de un umbral significativo, no siendo suficiente que el inversionista haya sufrido cualquier impacto económico. En otras palabras, y citando el Memorial sobre Jurisdicción (§ 34), “[I]a simple afectación no significa afectación jurídica”. Los Demandantes debieron haber probado una “conexión directa, próxima e inmediata entre la medida y su supuesta inversión (*ibíd.*).

59. Los Demandantes responden que su reclamación no se refiere a medidas “generales”, sino a violaciones de compromisos específicos contraídos por Argentina *vis-à-vis* los Demandantes y después violados por Argentina. Estos actos no pueden, según los Demandantes, ampararse en la caracterización de medidas “generales” impulsadas por la situación financiera de Argentina. El argumento de las “medidas generales” ya había sido planteado por Argentina, y rechazado por el Tribunal, en el caso *CMS* antes mencionado y citado (véase *supra*, § 57). Los Demandantes sostienen que, a diferencia de las inferencias hechas por el Demandado, no ha habido en el caso *CMS*, ni en ningún otro caso, “compromisos específicos” negociados directamente con el Estado; ni existía el requisito de demostrar la existencia de dichos compromisos, salvo que resultaran de disposiciones del tratado aplicables a los Estados involucrados. Los Demandantes pasan luego a remitirse a pasajes del caso *CMS* y sostienen

⁹ Arbitraje de la CNUDMI (TLCAN), Primer Laudo Parcial, de fecha 7 de agosto de 2002, <http://www.state.gov/documents/organization/12613.pdf>.

que las medidas adoptadas violaron compromisos jurídicamente obligatorios contraídos con ellos en su calidad de inversionistas en virtud del TBI, los marcos reglamentarios, las concesiones y contratos sobre hidrocarburos, los permisos de exportación, la Constitución Argentina y la legislación argentina. Se trató de medidas generales directamente relacionadas con las inversiones de los Demandantes y contrarias al TBI; en cuanto al sector del petróleo y el gas, también se registraron varias medidas dirigidas específicamente a ese sector.

60. Según los Demandantes, Argentina interpreta erróneamente la Decisión del caso *Methanex*, al sostener que esa Decisión confirma la proposición de que “una medida general debe ir dirigida contra compromisos específicos asumidos ante el inversionista” y que los Demandantes deben establecer “una conexión directa, próxima e inmediata entre la medida y su supuesta inversión” (Memorial sobre Jurisdicción, § 34). Los Demandantes señalan: i) que la Decisión del caso *Methanex* no corresponde a asuntos cubiertos por el TBI celebrado entre Argentina y los Estados Unidos, y ii) que el caso *Methanex* en realidad respalda los argumentos de los Demandantes.

61. Según los Demandantes, en el caso *Methanex*, las medidas adoptadas por el Estado de California estaban destinadas al ingrediente de la gasolina producido a partir del metanol, y California había dictado un decreto ejecutivo contra el uso de ese ingrediente. Methanex, el demandante, no fabricaba el ingrediente en cuestión, pero producía, transportaba y comercializaba metanol, elemento a partir del cual se fabricaba el mencionado ingrediente. Por lo tanto, el decreto ejecutivo de California no estaba dirigido inmediatamente al metanol y no tuvo sino un impacto indirecto en la inversión de Methanex en metanol. En cambio, en el presente caso, las medidas del Demandado estaban directamente dirigidas a la industria del petróleo y el gas de Argentina. El Gobierno tuvo específicamente en mira a esa industria, en tanto que en el caso *Methanex*, el decreto ejecutivo impugnado ni siquiera mencionaba al “metanol”.

62. Además, los Demandantes sostienen que en el caso *Methanex*, Estados Unidos opuso excepciones a la competencia del Tribunal conforme al Artículo 1101 del TLCAN, alegando que las medidas adoptadas por el Estado de California no eran “relativas a” inversiones de Methanex. En ese caso, el Tribunal consideró que existía una “relación” entre una medida y una inversión si entre ambas había una “conexión jurídicamente significativa” (el texto precedente entre comillas corresponde a la versión en español del traductor del texto original en inglés). El demandante (canadiense) trató de probar esa conexión alegando colusión entre grupos de presión de la industria del metanol (estadounidenses) y el Gobernador de

California. El Tribunal concluyó que las pruebas presentadas por el demandante no eran suficientes, pero no se declaró incompetente, sino que intimó al demandante a presentar pruebas adicionales. En el presente caso, según los Demandantes, es evidente que existe una relación entre las inversiones y las medidas objeto de la reclamación. Las medidas eran abiertas, estaban dirigidas específicamente al sector del petróleo y el gas y, a diferencia de lo ocurrido en *Methanex*, las pruebas del caso ponen claramente de manifiesto una “conexión jurídicamente significativa” entre las medidas adoptadas por Argentina, el TBI y las inversiones de los Demandantes en Argentina.

(b) Las Consideraciones del Tribunal

63. A juicio de este Tribunal, las medidas generales de política económica adoptadas por el Estado receptor no están comprendidas en la esfera del Artículo 25 (1) del Convenio del CIADI. En ese sentido, y aun admitiendo que el contexto jurídico del presente caso difiere del de *Methanex*, es evidente que las medidas generales no suelen suscitar diferencias “que surja[n] directamente de una inversión” en el sentido del Artículo 25 (1) mencionado.

64. Sin embargo, bien puede suceder que, en el contexto de los compromisos asumidos por el Estado receptor, las medidas “generales” tengan un efecto “específico” si al parecer violan compromisos específicos, como lo señaló Argentina, o si tienen un impacto específico en la inversión, como lo recalcan los Demandantes. La expresión “que surjan directamente de una inversión” (Artículo 25 (1)) no puede ser interpretado como “dirigida a”.

65. En el caso *CMS* (véase *supra*, § 57, citado por ambas partes), el Tribunal señaló correctamente que:

[N]o tiene jurisdicción sobre medidas generales de política económica adoptadas por la República Argentina y que no puede emitir juicio sobre si acaso ellas son acertadas o equivocadas. Sin embargo, el Tribunal también concluye que tiene jurisdicción para examinar si medidas específicas que afectan la inversión del Demandante, o medidas generales de política económica que tienen una relación directa con esa inversión, han sido adoptadas en contravención a los compromisos jurídicamente obligatorios adquiridos con el inversionista mediante los tratados, la legislación o los contratos. (§ 33).

66. Una relación “directa” entre la medida y la inversión puede ser establecida, según dicho Tribunal, “si acaso esas medidas generales se adoptan en violación de compromisos

específicamente adquiridos con el inversionista en los tratados, la legislación o los contratos” (§ 27).

67. A juicio del Tribunal, no basta que el Demandado afirme que las reclamaciones se refieren a medidas generales para excluir la jurisdicción del Centro: lo fundamental es la existencia de compromisos específicos que podrían violarse con estas medidas generales.

68. En la presente etapa del procedimiento, que se refiere a las cuestiones jurisdiccionales, el examen de las cuestiones antes discutidas sólo pueden tener carácter preliminar. Esencialmente, bastará que los Demandantes sostengan que algunos compromisos específicos relacionados con sus inversiones resultaron violados como consecuencia de medidas específicas o generales.

69. En consecuencia, el criterio a utilizarse es si los Demandantes han presentado, *prima facie*, un buen caso en cuanto a la existencia de una “diferencia que surja directamente de una inversión”. En el presente caso, el Tribunal considera que lo han hecho. Es, en verdad, propio de la naturaleza del mecanismo de las excepciones preliminares que, cuando estas últimas están relacionadas de alguna manera con la sustancia, como sucede aquí, la cuestión sólo puede ser objeto de un examen preliminar.

70. En consecuencia, el Tribunal llega a la conclusión de que la presente diferencia ha surgido directamente de una inversión en el sentido del Artículo 25 (1) del Convenio del CIADI y, por lo tanto, rechaza la Primera Excepción Preliminar planteada por Argentina.

4. Segunda Excepción Preliminar: la Presente No es una Diferencia de Naturaleza Jurídica

(a) Introducción

71. Esta excepción tiene por objeto establecer que la presente diferencia no es de naturaleza “jurídica”, según lo requiere el Artículo 25 (1) del Convenio del CIADI. Además del argumento básico de que la diferencia no se refiere a la determinación de derechos y obligaciones legales, el Demandado sostiene que las reclamaciones no están relacionadas con derechos sino con “flujos comerciales” y que los derechos reclamados, por ser de naturaleza contractual (véase también la Transcripción, p. 15), no son de carácter internacional y no reúnen las condiciones de derechos protegidos por el Artículo I 1) a) del TBI; ni son objeto de un acuerdo de inversión en virtud del Artículo VII 1) del Tratado. En cambio, la reclamación

se refiere al supuesto incumplimiento de obligaciones contractuales en virtud de la legislación argentina. Además, la cláusula paraguas (“*umbrella clause*”) del TBI (Artículo II 2) c) no puede interpretarse razonablemente con el significado de que los incumplimientos contractuales se elevan automáticamente del nivel nacional al internacional por efecto de esa cláusula. Por último, el Demandado esgrime precedentes arbitrales que obstan al acceso jurisdiccional a los tribunales del CIADI con reclamaciones estrictamente contractuales.

72. De hecho, esta Segunda Excepción Preliminar se presenta en distintos aspectos. De acuerdo con el Demandado, la diferencia no es de naturaleza jurídica conforme a lo dispuesto en el Convenio de Washington, por varias razones: la primera es que la diferencia no se refiere a la determinación de derechos y obligaciones legales, porque está sencillamente relacionada con flujos comerciales; la segunda es que la diferencia no es de naturaleza jurídica sino estrictamente contractual, puesto que sólo hace valer derechos y obligaciones basados en acuerdos y contratos, y la tercera razón para negar la naturaleza jurídica de las reclamaciones presentadas por los Demandantes es que las reclamaciones contractuales existentes no se han transformado en reclamaciones basadas en el tratado en virtud de la denominada cláusula paraguas (“*umbrella clause*”). El Tribunal pasará ahora a procurar analizar estas distintas afirmaciones.

(b) ¿Se Refiere la Diferencia a Derechos Legales?

(ii) *Las Posiciones de las Partes*

73. De acuerdo con el Demandado, según el Artículo 25 (1) del Convenio de Washington, la controversia debe referirse a derechos y obligaciones, es decir, títulos legales, y no ser sencillamente una controversia “alrededor de ciertas consecuencias indeseables”. Ello, de acuerdo con Argentina (Memorial sobre Jurisdicción, §§ 36-37), tiene por objeto excluir de la jurisdicción del Centro las “diferencias estrictamente comerciales o políticas”. En el marco de los *travaux préparatoires* del Convenio, el Presidente (sic) del BIRF explicó que la expresión “diferencias de naturaleza jurídica” tenía por objeto abarcar los casos que entrañan diferencias de opinión con respecto a un derecho legal. Esto excluiría los casos en que, por ejemplo, una empresa quisiera oponerse a un sistema de control de precios, lo que entraña cuestiones de equidad y no de derechos legales. Además, más adelante, el Presidente (sic) agregó que “diferencias de naturaleza jurídica” eran las que “se refieren a un derecho u obligación legal, o a un hecho relacionado con la determinación de dicho derecho u obligación”.

74. El Demandado llega a la conclusión de que la naturaleza jurídica de una diferencia no puede depender de la caracterización efectuada por los Demandantes, sino que, en las palabras de la CIJ, “debe determinarse objetivamente” (Opinión consultiva de fecha 30 de marzo de 1950 sobre la Interpretación de los Tratados de Paz (*Interpretation of Peace Treaties*)¹⁰. (Memorial sobre Jurisdicción, § 42; cabe observar, de paso, que en el *dictum* de la Corte se utiliza el término “diferencia internacional” en lugar de la expresión diferencia de naturaleza “jurídica”). En consecuencia, el Demandado alega que, a falta de una diferencia de naturaleza jurídica, este Tribunal carece de competencia en el marco internacional establecido por el Artículo 25 (1) del Convenio de 1965, y que cabe al Tribunal determinar lo que es una diferencia de naturaleza jurídica.

75. A este argumento la República Argentina agrega otra consideración conexas. Según las disposiciones contractuales mencionadas, las controversias (o, más bien, las “diferencias de naturaleza jurídica”) “se relacionan con derechos, y no con flujos comerciales”. Con todo, los Demandantes centran la controversia en los flujos comerciales, es decir, en la libertad de desarrollar sus actividades de producción y comercio, en lugar de hacerlo en los activos de su propiedad o bajo su control. Sin embargo, en virtud del Artículo I 1) a) del TBI, por inversiones protegidas se entienden los derechos *in personam* e *in rem*, según se desprende claramente de los apartados i), iv) y v) de esa disposición: los derechos de propiedad tangible e intangible, los derechos de propiedad intelectual, y todos los derechos, licencias y permisos concedidos conforme a la ley. La cuestión “[no es] lo que le sucede a las cosas, sino lo que le sucedieron a los derechos del inversor sobre esas cosas” (Memorial sobre Jurisdicción, §§ 45-47).

76. Con respecto a esta primera parte de la Segunda Excepción Preliminar, los Demandantes recuerdan que una diferencia de naturaleza jurídica es “un desacuerdo sobre una cuestión de derecho o de hecho, un conflicto de opiniones jurídicas o intereses entre las partes” (CIJ, caso de *Timor-Leste*)¹¹. Además, el Demandante agrega que la diferencia es “legal” si “se persiguen remedios legales tales como la reparación del daño y si se invocan derechos legales

¹⁰ ICJ Reports 1950, pp. 65, en pp. 74.

¹¹ (*Portugal c. Australia*), jurisdicción, fallo del 30 de junio de 1995, ICJ Reports 1995, pp. 89, en § 22.

basados en, por ejemplo, tratados o legislación”¹². (Memorial de Contestación sobre Jurisdicción, § 23)

77. Según los Demandantes, eso es lo que sucede en este caso, y la cuestión es si las medidas adoptadas por Argentina constituyeron una violación de las obligaciones de ésta en virtud del TBI, incluida la cuestión de si esas medidas representaron en verdad la expropiación de derechos e ingresos específicos legales y contractuales, el tratamiento injusto e inequitativo de la inversión de los Demandantes, un menoscabo injusto y discriminatorio de la inversión, el incumplimiento de la obligación de dar plena seguridad y protección a la inversión, y la violación del TBI y otras normas de derecho internacional. El caso también se refiere al monto de las reparaciones debidas y, por lo tanto, es a todas luces una diferencia de carácter legal (Memorial de Contestación sobre Jurisdicción, § 24). Al respecto, los Demandantes invocan seis precedentes, en todos los cuales fue parte Argentina, entre ellos *Azurix Corp.*¹³, y *LG&E*¹⁴. Como sucedió en el caso de estos precedentes, los Demandantes han demostrado suficientemente, en su Memorial, que se vieron afectados adversamente por medidas adoptadas por el Demandado contra sus “legítimos derechos legales y contractuales”, lo que ocasionó un daño a las inversiones de los Demandantes en Argentina. Por lo tanto, hay una controversia acerca de la existencia del alcance de los derechos u obligaciones legales y sobre la medida de la reparación debida, lo que significa que existe una diferencia de naturaleza “jurídica” de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 25 (1) del Convenio del CIADI.

78. Con respecto al argumento de Argentina relativo a los “flujos comerciales” (véase *supra*, § 71), la contestación de los Demandantes es que se ha demostrado que se realizaron inversiones genuinas en virtud del TBI, que consisten en participaciones en las Sociedades Argentinas, aportes de capital, derechos legales y contractuales en virtud del Marco Regulatorio del Gas y el Petróleo, concesiones y contratos, contratos privados de suministro de hidrocarburos, permisos de exportación, etcétera. Las sociedades demandantes en los Estados Unidos alegan que hicieron contribuciones considerables de capital para permitir a las

¹² (Ch. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, p. 105). (Memorial de Contestación sobre Jurisdicción, § 23; véase también *Fedax c. Venezuela*, Decisión sobre Jurisdicción de fecha 11 de junio de 1997, caso CIADI No. ARB/96/3, *ILM*, Vol. 37, 1998, p. 1378).

¹³ Decisión sobre Jurisdicción de fecha 8 de diciembre de 2003, Caso del CIADI No. ARB/03/30, *ILM*, Vol. 43, 2004, p. 262, en § 58).

¹⁴ Decisión del Tribunal de Arbitraje sobre Excepciones a la Jurisdicción de fecha 30 de abril de 2004, Caso del CIADI No. ARB/02/1, <http://worldbank.com/icsid/cases/lge-decision-sp.pdf>.

Sociedades Argentinas explotar las zonas de concesión en Argentina y exportar los productos de las mismas. Todos estos rubros constituyen “inversiones” dentro del significado del TBI y el Convenio de Washington; por lo tanto, el presente caso es una “diferencia relativa a inversiones” en el sentido del Artículo 25 (1) del Convenio de Washington.

(ii) *Las Consideraciones del Tribunal*

79. El Tribunal concuerda con el Demandado en que es al Tribunal y no a las partes a quien le cabe determinar si existe una diferencia de naturaleza jurídica. Ahora pasará a abordar el primer argumento en que se basa la Segunda Excepción Preliminar contra la jurisdicción del CIADI, en el sentido de que la presente diferencia no es en verdad de “naturaleza jurídica”, como lo requiere el Artículo 25 (1) del Convenio de Washington, porque no se refiere a la determinación de derechos y obligaciones, y se trata sencillamente de una diferencia comercial.

80. El Tribunal recuerda que el concepto de “diferencia” por lo general ha sido definido con precisión por la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) en el caso *Mavrommatis*, en el que la Corte afirmó que “[una] diferencia es un desacuerdo sobre una cuestión de derecho o de hecho, un conflicto de opiniones jurídicas o intereses entre dos personas” (p. 11)¹⁵. Esta definición fue confirmada más recientemente por la CIJ en el caso de *Timor-Leste* (§ 22)¹⁶. Abarca todas las “diferencias”, de naturaleza jurídica o política, nacionales e internacionales. Las diferencias “de naturaleza jurídica” por lo general se han definido como “controversias en las que las partes no están de acuerdo acerca de un derecho”; véanse, por ejemplo, las disposiciones del Artículo 1 de los Convenios de Arbitraje celebrados entre Alemania, por una parte, y Bélgica, Francia, Polonia y Checoslovaquia, por la otra, en Locarno (*Locarno Arbitration Conventions*). Lo que importa en este caso es si las pretensiones de los Demandantes (y los argumentos del Demandado) se han formulado sobre la base de la ley vigente. Esto es, en las palabras de la CIJ (véase *supra*, § 74), una cuestión que “debe determinarse objetivamente”.

81. Si bien el Demandado en el presente caso ha sostenido que a los Demandantes les preocupaban los “flujos comerciales” y que sus reclamaciones eran de naturaleza económica y

¹⁵ (*Grecia c. Gran Bretaña*), Fallo del 30 de agosto de 1924, CPJI, Series A, No. 2.

¹⁶ Véase *supra*, § 76 y nota 11 de pie de página.

política, y no jurídica, a este Tribunal le parece evidente que los Demandantes han encuadrado sus pretensiones en términos legales y sobre la base de la legislación, y que han sido contestadas por el Demandado en términos jurídicos. Según lo expuesto antes, lo que importa en esta etapa, para determinar si la diferencia es de “naturaleza jurídica” según lo dispuesto en el Artículo 25 (1) del Convenio de 1965, es que las Partes, para justificar sus reclamaciones, se basen en el derecho. Otra cuestión, que se decidirá en la etapa del análisis del fondo del asunto, es si la sustancia de esas reclamaciones está bien fundada. Este Tribunal ha llegado a la conclusión de que la presente disputa es claramente una diferencia de naturaleza jurídica.

82. En conclusión, a juicio del Tribunal no cabe duda alguna de que la presente diferencia entraña la determinación de derechos y obligaciones legales de los Demandantes así como también de la República Argentina, y que no se trata de una diferencia sencillamente política ni comercial.

(c) ¿Pueden los Derechos Basados en Contratos Considerarse Derechos Legales?

83. La segunda cuestión se refiere al segundo argumento del Demandado, en el sentido de que la presente diferencia está excluida de la jurisdicción del Centro porque entraña sólo derechos contractuales.

(i) *La Posición de las Partes*

84. Siempre según Argentina, la oposición de tesis e intereses jurídicos, para encuadrarse en la definición establecida en el Artículo 25 (1) del Convenio de Washington, debería además corresponder a las “disposiciones que crean obligaciones internacionales del Estado que recibe la inversión” (Memorial sobre Jurisdicción, § 39). No es ese el caso aquí, por cuanto los derechos reclamados surgen de disposiciones de concesiones, permisos de exploración, contratos y permisos de exportación. Las disputas de este tipo no constituyen, para el Demandado, “diferencias de naturaleza jurídica” según lo dispuesto en el Artículo 25 (1) del Convenio del CIADI y deben plantearse ante los tribunales nacionales a cuya jurisdicción las “partes pertinentes” han “consentido libremente” (*ibíd.*, § 40). El hecho de que los Demandantes afirmen que Argentina ha violado obligaciones establecidas en el TBI no basta para convertir a sus reclamaciones contractuales en “diferencias de naturaleza jurídica” según lo dispuesto en el Artículo 25 (1) del Convenio de 1965.

85. Según el Demandado, la diferencia planteada por los Demandantes se refiere a supuestos incumplimientos por parte de Argentina de obligaciones asumidas en contratos y concesiones, y no, como lo sostienen los Demandantes, a incumplimientos en virtud del TBI. Por lo tanto, la jurisdicción pertinente es la correspondiente a los contratos y concesiones. Por ese motivo, el consentimiento del Demandado a la jurisdicción del CIADI, en virtud de lo dispuesto en el Artículo VII del TBI, carece de relevancia.

86. En consecuencia, el Tribunal carece de jurisdicción, puesto que la diferencia no corresponde a un incumplimiento del TBI sino a supuestos incumplimientos de obligaciones contractuales en virtud de la legislación argentina (*ibíd.*, § 64).

87. Para estar protegidas por el TBI, las relaciones contractuales deben plasmarse en un acuerdo de inversión, afirma el Demandado, lo que no sucede en este caso, puesto que todas las reclamaciones aquí planteadas son de naturaleza contractual y sujetos a las leyes generales. El Estado receptor no ha asumido obligaciones *vis-à-vis* una inversión específica, de modo que, según la Decisión sobre Jurisdicción de fecha 29 de enero de 2004 en el caso *SGS c. Filipinas*¹⁷, no existe un acuerdo de inversión en el sentido del Artículo VII 1) del TBI (p. 46).

88. Con respecto a la cuestión de si los derechos contractuales pueden calificarse como “inversiones”, los Demandantes se refieren tanto a los casos *CMS* y *Azurix* (véanse *supra*, §§ 57 y 77), en los que se llegó a la conclusión, pese a las excepciones planteadas por Argentina, que la propiedad directa o indirecta de las acciones, participaciones o concesiones otorgaba al inversionista de los Estados Unidos el derecho de reclamar en virtud de las disposiciones del TBI, en forma proporcional a su participación, por la destrucción del valor de la sociedad local. El primer caso se refería a medidas adoptadas por el Estado receptor con respecto a la inversión realizada por CMS en una licencia para el transporte de gas natural. En *Azurix*, la cuestión consistía en la inversión indirecta de esa sociedad en la concesión de suministro de agua potable y desagües cloacales mantenida a través de una subsidiaria local. En ambos casos se sostuvo que la participación de los Estados Unidos reunía los requisitos de una inversión en virtud del TBI. El pasaje de la Decisión en el caso *Azurix* citado por los Demandantes parece ser especialmente digno de atención: “un contrato de concesión como el celebrado entre ABA [la subsidiaria de *Azurix* en Argentina] con la Provincia, califica como

¹⁷ Caso CIADI No. ARB/02/6, p. 46, www.worldbank.org/icsid/cases/SGSvPhil-final.pdf.

una inversión para los fines del APPRI, dado que el APPRI asigna a este término un significado amplio que abarca “todo derecho conferido por ley o por contrato” (§ 62).

89. Asimismo, los Demandantes no invocan sencillamente un incumplimiento de contrato, sino el incumplimiento del TBI. Como lo revela el pasaje antes citado, el derecho en cuestión está, además, protegido por el TBI. Siempre en la Decisión del caso *Azurix*, el Tribunal no estuvo de acuerdo con el argumento planteado por Argentina en el sentido de que la reclamación de la sociedad era de naturaleza estrictamente contractual:

La diferencia sobre la inversión que la Demandante ha presentado a este Tribunal invoca las obligaciones de la Demandada para con la Demandante conforme a lo dispuesto en el APPRI y es una pretensión distinta de la reclamación con arreglo a los documentos contractuales. Aunque la diferencia, tal como la presenta la Demandante, pueda requerir que se interpreten o analicen hechos relacionados con la ejecución del Contrato de Concesión, el Tribunal considera que, en la medida en que esas cuestiones sean relevantes, el incumplimiento de las obligaciones de la Demandada de conformidad con el APPRI, no pueden *per se*, transformar la diferencia en virtud de lo dispuesto en el APPRI en una diferencia contractual (§ 76).

90. Esto significa, de acuerdo con los Demandantes, que en el caso *Azurix*, al igual que en el presente caso, existe, además de una reclamación contractual, una causa de demanda en virtud del TBI, puesto que las medidas adoptadas en el Estado receptor entrañan la expropiación de los derechos de los Demandantes protegidos por ese Tratado.

(ii) *Las Consideraciones del Tribunal*

91. En opinión de este Tribunal, no es suficiente afirmar que una diferencia es contractual para descalificarla como de naturaleza jurídica. Es bien sabido que los tribunales del CIADI a lo largo del tiempo han estado ocupándose de diferencias contractuales así como también no contractuales. La cuestión aquí es, más bien, el alcance de la jurisdicción de este Tribunal sobre la base del TBI y no de una cláusula arbitral de un contrato. El Tribunal desea dejar en claro que, a primera vista, sólo tiene jurisdicción sobre una reclamación basada en el tratado y que no puede conocer de reclamaciones estrictamente contractuales que no entrañen una violación del TBI.

92. Al respecto, es preciso decidir si esta declaración relativa al segundo aspecto de la Segunda Objeción Preliminar deberá corregirse teniendo en cuenta la existencia de una cláusula paraguas (“*umbrella clause*”) en el Artículo II 2) c) del TBI.

93. En el Artículo II 2) c) del TBI se dispone que “[C]ada Parte cumplirá los compromisos que hubiera contraído con respecto a las inversiones”. En el caso *SGS c. Pakistán*¹⁸, el Demandante había alegado que esa cláusula “elevaba” los incumplimientos contractuales del nivel municipal al del TBI, y que los encuadraba en el ámbito del Tratado. Esta interpretación fue rechazada por el Tribunal, como lo es por el Demandado en el presente caso, puesto que “entrañaría la incorporación de muchos contratos públicos así como de otra normativa jurídica municipal en el ámbito de los TBI” (el texto precedente corresponde a la versión en español del traductor del texto original en inglés). También tornaría inútiles las demás cláusulas de protección de los TBI y descartaría toda cláusula relativa a la selección de foro y solución de diferencias que pudiera haberse acordado (Memorial sobre Jurisdicción, §§ 67-68).

(d) ¿Modifica las Conclusiones del Tribunal la Existencia de una Cláusula Paraguas (“*Umbrella Clause*”)?

94. En consecuencia, la siguiente cuestión a considerarse es la cláusula paraguas (“*umbrella clause*”) contenida en el Artículo II 2) c) del TBI.

(i) *La Posición de las Partes*

95. De acuerdo con los Demandantes, el efecto de la cláusula paraguas (“*umbrella clause*”) es colocar a los contratos y otros compromisos existentes entre el inversionista y el Estado receptor bajo la protección del Tratado; según el Demandado, esa cláusula no puede tener ese efecto. En el caso *SGS c. Pakistán* (véase *supra*, § (93)), se sostuvo que la cláusula de estabilización (“*umbrella clause*”) del TBI celebrado entre Suiza y Pakistán no podía servir para convertir las meras reclamaciones contractuales en reclamaciones protegidas por el TBI. Sin embargo, de acuerdo con los Demandantes, el presente caso es distinto, ya que entraña: la expropiación de derechos legales y contractuales; la omisión de tratar las inversiones de manera justa y equitativa y de cumplir con las obligaciones asumidas frente a las inversiones de los Demandantes; medidas arbitrarias y discriminatorias adoptadas por el Demandado y que redundan en perjuicio de la administración y goce de las inversiones, y la omisión de brindar protección y seguridad plenas a esas inversiones. Los Demandantes se basan además en la posición de la cláusula paraguas (“*umbrella clause*”) dentro del Tratado, que, a

¹⁸ Decisión sobre la Jurisdicción del 27 de agosto de 2003, caso CIADI No. ARB/01/13, *ILM*, Vol. 42, 2003, p. 1290, §§ 163 y 165.

diferencia de lo sucedido en el caso suizo-pakistaní, se ubica entre las “obligaciones generales de primer orden”. De acuerdo con los Demandantes, esto prueba que era la intención de las Partes Contratantes convertir las reclamaciones basadas en meras relaciones contractuales existentes entre los inversionistas y el Estado receptor en reclamaciones en virtud del Tratado. En opinión de los Demandantes, este criterio parecería verse confirmado por los *travaux préparatoires*. En consecuencia, la jurisprudencia mencionada no puede aplicarse al presente caso. Asimismo, la interpretación dada a la cláusula paraguas (“*umbrella clause*”) en el caso *SGS c. Pakistán* ha sido muy criticada en *SGS c. Filipinas* (véase *supra*, § 87) (Memorial de Contestación sobre Jurisdicción, §§ 79-91).

(ii) *Las Consideraciones del Tribunal*

96. Teniendo en cuenta que el caso del Demandante abarca algunas reclamaciones que se refieren al incumplimiento de relaciones contractuales supuestamente existentes entre el inversionista extranjero y el Demandado —cuya existencia se determinará con ocasión del análisis del fondo del asunto—, la cuestión que debe resolver el Tribunal es determinar si el Artículo II 2) c) del TBI, celebrado entre los Estados Unidos y la República Argentina, es una cláusula paraguas (“*umbrella clause*”) cuyos efectos serían, de acuerdo con los Demandantes, transformar todos los compromisos contractuales en obligaciones del derecho internacional y, en consecuencia, convertir los incumplimientos de la menor de dichas obligaciones por parte del Demandado en incumplimientos del TBI.

97. Este Tribunal quiere establecer claramente desde un principio las normas de interpretación de un TBI, que es un tratado internacional celebrado entre dos Estados que tiene por fin proteger las inversiones efectuadas por los nacionales de cualquiera de dichos Estados en el territorio del otro, puesto que esta cuestión ha sido con frecuencia resuelta de manera diferente. Por un lado, algunos argumentan que el tratado debe interpretarse en favor de la soberanía del Estado; por el otro, se ha sostenido que la interpretación debe ser a favor de la protección del inversionista. Ejemplo del primer enfoque es la posición adoptada por los Estados Unidos en el caso *Methanex*. Como lo sostuvo el Tribunal del CIADI en su Laudo Parcial sobre Jurisdicción (véase *supra*, § 58): “Los Estados Unidos sostienen que correspondería aplicar la doctrina de la interpretación restrictiva a las diferencias entre un inversionista y un Estado. En otras palabras, cuando haya alguna ambigüedad en las cláusulas relativas a la jurisdicción sobre diferencias entre los Estados y los particulares, dicha ambigüedad siempre deberá resolverse a favor de mantener la soberanía del Estado” (el texto

precedente entre comillas corresponde a la versión en español del traductor del texto original en inglés) (§ 103). El Tribunal no aceptó este enfoque. En cambio, los inversionistas suelen afirmar que, como el fin de un TBI es protegerlos, sus tratados para la promoción y la protección de las inversiones, en su contexto y de acuerdo con su objetivo y fin, deben interpretarse a favor de los inversionistas. Por ejemplo, en el caso que acaba de citarse, el Tribunal subrayó que “[para] Methanex, la expresión “con respecto a” debería interpretarse en el marco de un capítulo del tratado relativo a la protección de los inversionistas, y, por lo tanto, corresponde aplicar una interpretación amplia” (el texto precedente entre comillas corresponde a la versión en español del traductor del texto original en inglés) (§ 137), y en este caso una interpretación amplia es una interpretación a favor del inversionista, ya que ofrecía oportunidades más amplias para presentar una reclamación internacional. El Tribunal también rechazó esa interpretación amplia, que no imponía limitación alguna al derecho de los inversionistas de entablar acciones contra el Estado. Afirmó que dicha interpretación desequilibrada no puede prevalecer y adoptó, en cambio, un enfoque equilibrado. En las propias palabras del Tribunal, “las disposiciones del Capítulo 11 [del TLC] deberían interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que se atribuya a los términos contenidos en ellas (según el Artículo 31 (1)) de la Convención de Viena), sin asignar al texto ninguna ventaja doctrinaria parcial en perjuicio procesal de un inversionista que procura una reparación por medio de arbitraje” (el texto precedente entre comillas corresponde a la versión en español del traductor del texto original en inglés) (§ 105).

98. Los tribunales arbitrales algunas veces han aceptado la posición adoptada por Methanex y, en general, por los inversionistas, como el Tribunal del CIADI en el caso *SGS c. Filipinas* (véase *supra*, § 87), en el que se afirmó:

“El TBI es un tratado para la promoción y protección recíproca de las inversiones. De acuerdo con su preámbulo, tiene por fin “crear y mantener condiciones propicias para las inversiones que realicen inversionistas de un Estado Contratante en el territorio del otro”. Es legítimo resolver las incertidumbres en su interpretación a favor de la protección de las inversiones amparadas” (el texto precedente entre comillas corresponde a la versión en español del traductor del texto original en inglés) (§ 116).

Otros tribunales han rechazado este enfoque en calidad de enfoque general. Cabe mencionar aquí al Tribunal del caso *Noble Ventures Inc. c. Rumania*¹⁹, que declaró que “no es permisible, como sucede con tanta frecuencia respecto de los TBI, interpretar las cláusulas exclusivamente a favor de los inversionistas” (el texto precedente entre comillas corresponde a la versión en español del traductor del texto original en inglés) (§ 52; el énfasis figura en el laudo), aunque se valió de este tipo de interpretación en un caso específico.

99. Este Tribunal considera que hace falta una interpretación equilibrada, que tenga en cuenta tanto la soberanía del Estado como su responsabilidad de crear un marco adaptable y en evolución para el desarrollo de las actividades económicas, así como también la necesidad de proteger la inversión extranjera y su flujo constante. Teniendo esto en cuenta, el Tribunal abordará la cuestión controvertida de la denominada “cláusula paraguas” (“*umbrella clause*”), como lo afirmó hace poco Emmanuel Gaillard, “[esta] cuestión ha dividido a los especialistas y comentaristas jurídicos y sigue sin haberse resuelto en la jurisprudencia arbitral internacional”²⁰ (el texto precedente entre comillas corresponde a la versión en español del traductor del texto original en inglés). La cuestión consiste en determinar si, mediante una cláusula paraguas, a veces también denominada “cláusula sobre el cumplimiento de los compromisos”, contenida en un TBI, las reclamaciones contractuales de un inversionista que hubiera celebrado un contrato ya sea con el Estado o con una entidad autónoma “se transforman” automáticamente e *ipso jure* en reclamaciones basadas en el tratado que cuentan con el beneficio del mecanismo de solución de diferencias previsto en el TBI. Existe un debate en curso sobre la cuestión, ya que distintos tribunales del CIADI han adoptado diferentes posiciones. Las cláusulas paraguas (“*umbrella clauses*”) no siempre se redactan de la misma manera, y en algunas decisiones se ha insistido en las distintas redacciones para explicar los diferentes análisis. Este Tribunal no está convencido de que las cláusulas analizadas hasta el momento deberían, en realidad, interpretarse de manera diferente. Las cláusulas más amplias tienen la misma redacción que la pertinente cláusula del Artículo II 2) c) del TBI celebrado entre los Estados Unidos y la República Argentina, en la que se dispone: “Cada Parte cumplirá los compromisos que hubiera contraído con respecto a las inversiones”.

¹⁹ Laudo de fecha 12 de octubre de 2005, caso CIADI No. ARB/01/11, <http://www.investmentclaims.com/decisions/Noble-Ventures-Final-Award.pdf>.

²⁰ *New York Law Journal*, jueves 6 de octubre de 2005.

100. El primer Tribunal en encarar la interpretación de dicha cláusula acerca de la disponibilidad del arbitraje internacional sobre la base del TBI en los casos de reclamaciones estrictamente contractuales fue el Tribunal, del caso *SGS c. Pakistán*; en las propias palabras del Tribunal, “[al] parecer, éste es el primer tribunal arbitral internacional que ha tenido que examinar el efecto legal de una cláusula como la contenida en el Artículo 11 del TBI. No se ha invocado el laudo de ningún tribunal del CIADI ni de otros tribunales sobre el particular, de modo que, según parece, nos encontramos frente a un caso novedoso” (§ 164) (el texto precedente entre comillas corresponde a la versión en español del traductor del texto original en inglés). De hecho, la cláusula paraguas (“*umbrella clause*”) del TBI celebrado entre Suiza y Pakistán era el Artículo 11, en el que se expresaba: “Toda Parte Contratante garantizará en todo momento el cumplimiento de los compromisos que haya celebrado con respecto a las inversiones realizadas por los inversionistas de la otra Parte Contratante”. El Tribunal no consideró, como bien se sabe, que esta cláusula “eleva” todas las reclamaciones contractuales provenientes de un contrato con el Estado a la jerarquía de las reclamaciones por incumplimiento de un tratado; en otras palabras, que transforma a toda reclamación contractual en una reclamación basada en un tratado. Los argumentos esgrimidos por el Tribunal de *SGS c. Pakistán* son, en opinión de este Tribunal, más que concluyentes y pueden resumirse de la manera indicada a continuación.

101. En primer lugar, el Artículo 11 se refiere a compromisos en general y no sólo a compromisos contractuales. Por lo tanto, si se considera que dicho artículo eleva las reclamaciones contractuales a la jerarquía de las reclamaciones basadas en los tratados, la consecuencia ineludible de ello es que todas las reclamaciones basadas en cualquier compromiso contenido en todo acto legislativo, administrativo u acto unilateral de otra naturaleza del Estado o de cualquiera de sus entidades o subdivisiones deberán considerarse como reclamaciones basadas en los tratados:

“Los ‘compromisos’ cuyo cumplimiento toda Parte Contratante ‘garantizará en todo momento’ no se limitan a los compromisos *contractuales*. Los compromisos mencionados pueden estar incorporados en, por ejemplo, las medidas legislativas, administrativas o unilaterales de otra naturaleza de una Parte Contratante. La expresión ‘garantizará en todo momento el cumplimiento’ de algún compromiso legal, administrativo o contractual sencillamente, a nuestro entender, no siempre indica la creación y aceptación de una nueva obligación internacional por parte de la Parte Contratante, cuando evidentemente antes ella no existía. Asimismo, los ‘compromisos’ objeto del Artículo pueden, sin forzar excesivamente el texto, ser compromisos del mismo Estado en calidad de persona

jurídica, o de una oficina, entidad o subdivisión (unidades de gobierno local) o representante legal de cualquiera de ellos cuyos actos son, conforme a la legislación relativa a la responsabilidad del Estado, atribuibles al mismo Estado. Por lo tanto, textualmente, el ámbito del Artículo 11 del TBI, aunque consiste íntegramente en una sola oración, *al parecer es susceptible de extenderse de manera casi indefinida*". (Decisión, § 166; el énfasis es de este Tribunal). (El texto precedente entre comillas corresponde a la versión en español del traductor del texto original en inglés).

102. En segundo lugar, y en consecuencia, si toda violación de cualquier compromiso del Estado es una violación del Tratado, todos los niveles sustanciales de protección del Tratado se tornan inútiles:

“En segundo lugar, la interpretación que da el Demandante al Artículo 11 tiene el efecto de tornar sustancialmente superfluos a los Artículos 3 a 7 del TBI. No habría necesidad real de demostrar una violación de esos niveles sustanciales del Tratado si un simple incumplimiento de contrato, o de una norma o reglamento municipal fuera por sí mismo suficiente para constituir una violación del Tratado por parte de una Parte Contratante, y para comprometer la responsabilidad internacional de la Parte de que se trate”. (Decisión, § 168). (El texto precedente entre comillas corresponde a la versión en español del traductor del texto original en inglés).

103. Por último, algo que introduce un matiz en las conclusiones a que arribó el Tribunal en el caso *SGS c. Pakistán* es que el Tribunal no excluye la posibilidad de que los Estados decidan considerar, en un TBI, que la menor violación de un contrato celebrado entre un Estado y un inversionista extranjero representa una violación del Tratado, aunque ello debe establecerse de manera clara e inequívoca:

“El Tribunal no está diciendo que los Estados no puedan convenir entre ellos en un TBI que, en adelante, todos los incumplimientos de todos los contratos celebrados por un Estado con inversionistas del otro Estado se convierten sin más en incumplimientos del TBI y que deben tratarse como tales. En lo que el Tribunal hace hincapié es que en este caso no hay pruebas claras y contundentes de que esa haya sido la intención tanto de Suiza como de Pakistán al aprobar el Artículo 11 del TBI” (el texto precedente entre comillas corresponde a la versión en español del traductor del texto original en inglés) (Decisión, § 173).

Este razonamiento general es bastante convincente, teniendo en cuenta que las palabras “contrato” u “obligaciones contractuales” ni siquiera aparecen en la denominada “cláusula paraguas” (“*umbrella clause*”).

104. Como también es bien sabido, este análisis fue muy criticado por otro Tribunal del CIADI, en un caso similar, *SGS c. Filipinas*, en su Decisión sobre Jurisdicción, en 2004 (véase *supra*, § 87), en el cual también tuvo que abordar el tema de una denominada “cláusula paraguas” (“*umbrella clause*”) incorporada en el Artículo X(2) del TBI: “Cada una de las Partes Contratantes deberá cumplir con todas las obligaciones que haya asumido respecto de las inversiones específicas realizadas en su territorio por inversionistas de la otra Parte Contratante” (el texto precedente entre comillas corresponde a la versión en español del traductor del texto original en inglés). En este caso, también parece útil que este Tribunal resuma los principales pasos del razonamiento seguido. Primero, el Tribunal en el caso *SGS c. Filipinas* en verdad consideró que esta disposición general transformaba todas las obligaciones contractuales del Estado en una obligación del tratado:

“Utiliza el término imperativo ‘deberá’ al igual que los Artículos sustanciales III-VI. La expresión ‘todas las obligaciones’ puede aplicarse a las obligaciones emergentes de la legislación nacional, por ejemplo las que surgen de un contrato... Si se interpreta el texto real del Artículo X(2), parecería decir, y con toda claridad, que cada una de las Partes Contratantes deberá cumplir con *todas las obligaciones legales* que haya asumido, o que asumirá en el futuro, con respecto a inversiones específicas comprendidas en el TBI”. (El texto precedente entre comillas corresponde a la versión en español del traductor del texto original en inglés). (Decisión, § 115; el énfasis es de este Tribunal)”.

Segundo, después de haber subrayado la diferencia en el lenguaje de ambas cláusulas paraguas (“*umbrella clauses*”) en los casos *SGS c. Pakistán* y *SGS c. Filipinas*, el Tribunal criticó el razonamiento de su predecesor e hizo hincapié en que, si no eleva las reclamaciones contractuales a la categoría de reclamaciones basadas en un tratado, la cláusula paraguas carece de verdadero alcance amplio.

105. Este Tribunal quisiera recalcar, por el contrario, que la interpretación dada en el caso *SGS c. Filipinas* no sólo priva a una sola disposición de consecuencias de gran alcance sino que torna completamente inútil todo el Tratado: de hecho, si fuera a seguirse esta interpretación —la violación de *todas las obligaciones legales* de un Estado, y no sólo de todas las obligaciones contractuales respecto de la inversión, constituye una violación del TBI, cualesquiera fueran el origen de las obligaciones y la gravedad del incumplimiento—, sería suficiente incluir una de las denominadas “cláusulas paraguas” (“*umbrella clauses*”) y un mecanismo para la solución de diferencias, y no haría falta ningún otro artículo en un TBI donde se fijaran normas para la protección de las inversiones extranjeras. Si toda violación de

cualquier obligación legal de un Estado se convierte *ipso facto* en una violación del tratado, no es preciso que esa violación constituya una violación del alto nivel asignado en el tratado al “tratamiento justo y equitativo” o a la “protección y seguridad plenas”. Además de hacer esta observación general tan importante, el Tribunal también quiere señalar el hecho de que en el caso *SGS c. Filipinas* el Tribunal llegó a conclusiones bastante contradictorias; por ejemplo, afirmó que, si bien la cláusula paraguas (“*umbrella clause*”) transforma las reclamaciones contractuales en reclamaciones basadas en el tratado, primero “no convierte a la cuestión de la *medida* o el *contenido* de dichas obligaciones en una cuestión de derecho internacional” (Decisión, § 128, el énfasis estaba en el original), lo que significa que las “reclamaciones contractuales y reclamaciones basadas en el tratado” deberían evaluarse de acuerdo con la legislación nacional aplicable al contrato y no de acuerdo con las normas del tratado, y, segundo, que la cláusula paraguas no “anula los acuerdos específicos y exclusivos de solución de diferencias contenidos en el mismo contrato de inversión” (Decisión, § 134), lo que explica que el Tribunal haya suspendido su procedimiento hasta tanto “las reclamaciones contractuales y reclamaciones basadas en el tratado fueran decididas por los tribunales nacionales de acuerdo con las disposiciones sobre solución de diferencias estipuladas en el contrato”, y ha afirmado que “el Tribunal no debería ejercer su jurisdicción sobre una reclamación contractual cuando las partes ya han acordado la manera en que se resolverán las reclamaciones de esa naturaleza, y lo han hecho con exclusividad” (Decisión, § 155). En otras palabras, el Tribunal afirma que una reclamación basada en el tratado no debería analizarse de acuerdo con las normas del tratado, lo que parece bastante extraño, y que tiene jurisdicción sobre las reclamaciones contractuales y reclamaciones basadas en el tratado pero, al mismo tiempo, en realidad no tiene tal jurisdicción, en tanto no se hayan decidido las reclamaciones contractuales. Esta controversia se ha mantenido vigente desde la época de estas dos decisiones contradictorias.

106. Algunos han adoptado la posición del caso *SGS c. Filipinas* pero no han extraído de él las mismas conclusiones. Así pues, en *Eureko B.V. c. Polonia* (Laudo Parcial del 19 de agosto de 2005), el Tribunal, , aceptó la idea de que, como consecuencia de la cláusula paraguas (“*umbrella clause*”) del TBI —Artículo 3(5) del TBI donde se disponía que “[cada una de las] Partes Contratantes deberá cumplir con todas las obligaciones que pueda haber asumido respecto de los inversionistas de la otra Parte Contratante”—, la menor de las obligaciones del Estado con respecto a las inversiones está protegida por el TBI y puede dar lugar a una obligación del CIADI. Empero, esta Decisión registró el decidido disenso del árbitro Rajski,

quien hizo hincapié en que las consecuencias sistémicas de una interpretación amplia de la denominada “cláusula paraguas” (“*umbrella clause*”) podrían entrañar lo siguiente:

“Cabe señalar que, al abrir ampliamente la puerta para que las partes extranjeras en contratos comerciales celebrados con una empresa de propiedad estatal puedan cambiar la jurisdicción normal de los tribunales comerciales internacionales o los tribunales nacionales sobre las controversias contractuales por la jurisdicción de los tribunales contemplados en el TBI, la mayoría de este Tribunal ha creado un precedente posiblemente peligroso capaz de tener efectos negativos en el futuro aumento de la participación de capital extranjero en la privatización de empresas propiedad del Estado”. (El texto precedente entre comillas corresponde a la versión en español del traductor del texto original en inglés). (Opinión disidente, § 11).

En el caso *Noble Ventures Inc. c. Rumania* (véase *supra*, § 98), el Tribunal siguió la misma línea de pensamiento y estableció de manera bastante general que “[una] cláusula paraguas (“*umbrella clause*”) normalmente se considera que transforma a las obligaciones legales municipales en obligaciones directamente justiciables conforme al derecho internacional” (§ 53). El Tribunal, si bien consideró la cláusula paraguas como una excepción a la “norma bien arraigada de derecho internacional general, de que en circunstancias normales *per se* un incumplimiento de un contrato por el Estado no da lugar a la responsabilidad internacional directa por parte del Estado”, por cierto no interpretó dicha excepción restrictivamente, como deben interpretarse las excepciones, aunque mencionó la necesidad teórica de adoptar dicha interpretación: “como sucede con cualquier otra excepción a las normas generales de derecho establecidas, la identificación de una disposición como cláusula paraguas (“*umbrella clause*”) en consecuencia sólo puede proceder de una interpretación estricta, sino en verdad restrictiva, de sus términos” (Decisión, § 55). En las palabras del Tribunal en el caso *Noble Ventures Inc. c. Rumania*, el incumplimiento de un contrato que la cláusula paraguas (“*umbrella clause*”) asimila a un incumplimiento del TBI de esa manera se “internacionaliza” (Decisión, § 54). Una vez más, el problema que encara dicho razonamiento, de acuerdo con este Tribunal, es que, por inferencia necesaria, *todos los compromisos legales municipales siempre* deben también “internacionalizarse”, ya que la denominada “cláusula paraguas” (“*umbrella clause*”) no hace diferencia entre las obligaciones; se refiere a *todas* las obligaciones y no específicamente a las *contractuales*, por lo cual la división entre orden jurídico nacional e internacional se torna totalmente borrosa. Uno de los argumentos presentados por el Tribunal del CIADI en el caso *Noble Ventures* fue que la teoría de la “elevación” se impuso por el objeto y fin del TBI y que “[una] interpretación en contrario privaría al inversionista de un recurso legal garantizado a nivel internacional respecto de los contratos de inversión que haya

celebrado con el Estado receptor” (Decisión, § 52). Este Tribunal considera que ésta no es una buena razón y puede explicar por qué. El inversionista extranjero tiene un contrato comercial con una entidad autónoma del Estado o tiene un acuerdo de inversión con el Estado, en el que se han incluido “*clauses exorbitantes du droit commun*”. En ambos casos, es más que probable que el inversionista extranjero haya logrado incluir un mecanismo de solución de diferencias en el contrato; por lo general, en un contrato estrictamente comercial, este mecanismo será el arbitraje comercial o los tribunales nacionales, en tanto que en el acuerdo de inversión generalmente será un mecanismo de arbitraje internacional como el del CIADI. En otras palabras, en los denominados “contratos públicos”, normalmente hay “un recurso legal asegurado a nivel internacional”, mientras que en los contratos estrictamente comerciales que se rigen por la legislación nacional, no hay razón alguna para disponer de un mecanismo de esa naturaleza, como lo afirmó el juez Schwebel, cuando manifestó que “es algo generalmente aceptado que, en la medida en que permita recurrir a sus tribunales, un Estado sólo es responsable directamente, en el plano internacional, por actos que entrañen incumplimiento de contrato, cuando el incumplimiento no es simple incumplimiento... sino que entraña un elemento evidentemente arbitrario o ilícito...”²¹.

107. Algunos han adoptado la posición tomada en el caso *SGS c. Pakistán*, ya sea insistiendo en algunas particularidades del caso o presentando un enfoque general. En *Salini c. Jordania*²², decidido en 2004 (*Salini Costruttori S.p.A. & Italstrade S.p.A. c. el Reino Hachemita de Jordania*, Decisión sobre la Jurisdicción del 15 de noviembre de 2004), el Tribunal, se pronunció en contra de la “elevación” de las reclamaciones contractuales a la jerarquía de reclamaciones basadas en el tratado e insistió en la generalidad del lenguaje utilizado en la denominada cláusula paraguas (“*umbrella clause*”) del Artículo 2 4)²³, en el que se establecía que “[todas] las Partes Contratantes deberán establecer y mantener en su territorio un marco jurídico capaz de garantizar a los inversionistas la continuidad del tratamiento jurídico, incluido el cumplimiento, de buena fe, de todo los compromisos asumidos con respecto a cada inversionista en particular”. En el caso *Joy Machinery Limited*

²¹ *International Arbitration: Three Salient Problems*, Cambridge, Cambridge University Press, 1987, 9. 111.

²² *Salini Costruttori S.p.A. & Italstrade S.p.A. c. el Reino Hachemita de Jordania*, Decisión sobre la Jurisdicción del 29 Noviembre de 2004, caso CIADI No. ARB/02/13, <http://www.worldbank.org/icsid/cases/salini-decision.pdf>.

²³ “El Tribunal observa que el Artículo 2 4) del TBI celebrado entre Italia y Jordania está redactado en términos que son notablemente diferentes de las disposiciones aplicadas en las decisiones y laudos

*c. la República Árabe de Egipto*²⁴, el Tribunal, señaló que la discusión de la cláusula paraguas no era necesaria a fin de resolver el caso, con el objeto de “hacer algunas aclaraciones”, adoptó, en el caso específico, una posición firme contra la transformación de todas las reclamaciones contractuales en reclamaciones basadas en el Tratado:

“En este sentido, no podría sostenerse que una cláusula paraguas (“*umbrella clause*”) insertada en el Tratado, y no en forma muy destacada, pudiera tener el efecto de transformar todas las controversias contractuales en diferencias relativas a inversiones en virtud del Tratado, a menos que, naturalmente, existiera una clara violación de los derechos y obligaciones del Tratado o una violación de los derechos contractuales de tal magnitud que hiciera lugar a la protección del Tratado” (el texto precedente entre comillas corresponde a la versión en español del traductor del texto original en inglés) (§ 81).

108. En opinión de este Tribunal, es preciso distinguir el papel del Estado como comerciante del papel del Estado como soberano. Esto no es algo nuevo: en el caso mencionado *Joy Machinery Limited c. la República Árabe de Egipto*, el Tribunal del CIADI manifestó: “Puede efectuarse una distinción básica general entre los aspectos comerciales de la diferencia y otros aspectos que entrañan la existencia de algunas formas de intervención estatal en la operación del contrato de que se trata” (Decisión, § 72). El Comité *ad hoc* sobre la anulación presidido por el Sr. Yves Fortier en el caso *Vivendi II*²⁵, adoptó el mismo enfoque, donde se manifestó claramente la distinción entre reclamaciones contractuales y reclamaciones basadas en el tratado:

“son cuestiones distintas la de si ha habido incumplimiento del TBI y la de si ha habido incumplimiento de contrato. Cada una de estas reclamaciones será determinada en referencias a su propio derecho aplicable - en el caso del TBI, por el derecho internacional; en el caso del Contrato de Concesión, por el derecho propio del contrato, en otras palabras, el derecho de Tucumán. Por ejemplo, en el caso de una reclamación basada en un tratado, se aplican las reglas internacionales acerca de la atribución, con el resultado de que el Estado Argentino es internacionalmente responsable por los actos de sus autoridades provinciales. Por otra parte, el Estado Argentino no es responsable por

arbitrales citados por las Partes” (el texto precedente entre comillas corresponde a la versión en español del traductor del texto original en inglés) (Decisión sobre Jurisdicción, § 126)

²⁴ Decisión sobre Jurisdicción, de fecha 6 de agosto de 2004, Caso del CIADI No. ARB/02/11, <http://www.worldbank.org/icsid/cases/joy-mining-award.pdf>.

²⁵ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Compagnie Générale des Eaux (Vivendi Universal) c. República Argentina*, Decisión sobre anulación del 3 de julio de 2002, *ILM*, Vol. 41, 2002, p. 1135.

el cumplimiento de los contratos concluidos por Tucumán, que posee personalidad jurídica separada bajo su propio derecho y es responsable por el cumplimiento de sus propios contratos” (§ 96).

La opinión de que es esencialmente el Estado en su calidad de soberano el que debe proteger a los inversionistas extranjeros poniendo a su disposición el arbitraje internacional se ve confirmada, según el Tribunal, por el lenguaje utilizado en el nuevo modelo de TBI de 2004 de los Estados Unidos, en el que claramente sólo se elevan a la jerarquía de reclamaciones basadas en un tratado las reclamaciones contractuales que surgen de un acuerdo de inversión *stricto sensu*, es decir, de un acuerdo en que el Estado aparece como soberano, y no de todos los contratos firmados con el Estado o una de sus entidades, según se desprende de lo dispuesto en su Artículo 24 1) a).

109. En vista de la necesidad de distinguir al Estado en su calidad de comerciante, sobre todo cuando actúa a través de sus dependencias, del Estado en su calidad de soberano, el Tribunal considera que la cláusula paraguas (“*umbrella clause*”) del TBI celebrado entre la República Argentina y los Estados Unidos, en la que se dispone que “[cada] Parte cumplirá los compromisos que hubiera contraído con respecto a las inversiones”, no eleva ninguna reclamación contractual a una reclamación con base en el tratado – lo cual no quiere decir que algunas reclamaciones contractuales basadas en compromisos hechos por el Estado en calidad de soberano den lugar a reclamaciones basadas en el tratado- , lo cual resulta del Artículo VII, que claramente incluye entre las controversias en materia de inversión en virtud del Tratado a todas las diferencias resultantes de una violación de un compromiso asumido por el Estado en su calidad de Estado soberano, ya sea mediante un acuerdo, una autorización o el TBI:

“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”.

Según esta interpretación, la cláusula paraguas (“*umbrella clause*”) del TBI contenida en el Artículo II, leída junto con las disposiciones del Artículo VII, no extenderá la protección del Tratado a los incumplimientos de un contrato comercial ordinario celebrado entre el Estado o una entidad estatal, aunque sí abarcará protecciones adicionales de la inversión acordadas

contractualmente entre el Estado en calidad de soberano —como una cláusula de estabilización— incluidas en un acuerdo de inversión.

110. En conclusión, en opinión de este Tribunal, siguiendo los importantes precedentes decididos por tribunales previos, una cláusula paraguas (“*umbrella clause*”) no puede transformar cualquier reclamación contractual en una reclamación basada en un tratado, ya que esto entrañaría necesariamente que todos los compromisos del Estado respecto de las inversiones, aun los de menor importancia, se transformarían en reclamaciones basadas en un tratado. Estas consecuencias de gran alcance derivadas de una interpretación amplia de las denominadas “cláusulas paraguas” (“*umbrella clauses*”), que anula prácticamente la distinción entre el orden jurídico nacional y el orden jurídico internacional, han sido bien entendidas y claramente explicadas por el primer Tribunal en abordar la cuestión de la denominada “cláusula paraguas” (“*umbrella clause*”) en el caso *SGS c. Pakistán* (véase *supra*, § 93), que insistió en los problemas teóricos encarados. Sería, en verdad, extraño que la aceptación de un TBI entrañara que la responsabilidad internacional del Estado va más allá de la obligación de respetar los niveles de protección de las inversiones extranjeras incorporados en el Tratado y convirtiera al Estado en responsable de las violaciones de cualquier compromiso del derecho nacional o internacional “con respecto a las inversiones”. Un reconocido especialista del CIADI, Christoph Schreuer, ha descrito de manera impresionante lo que podrían ser las consecuencias prácticas de una interpretación amplia de las cláusulas paraguas (“*umbrella clauses*”):

“Podrían surgir... problemas si los inversionistas empezaran a valerse de las cláusulas paraguas (“*umbrella clauses*”) en el caso de controversias triviales. No puede ser la función de una cláusula paraguas convertir a todo desacuerdo de poca importancia respecto de un detalle del cumplimiento de un contrato en una cuestión para la cual se pueda disponer del arbitraje internacional [*aunque, en opinión del Tribunal, ello es posible cuando se aplica una interpretación amplia de la cláusula paraguas*]. Por ejemplo, una pequeña demora en un pago adeudado al inversionista y los intereses devengados en razón de la demora difícilmente justificarían el arbitraje en virtud de un TBI [*aunque, en opinión del Tribunal, nada impediría dicho arbitraje si se aceptara una interpretación amplia de la cláusula paraguas*]. De la misma manera, una diferencia con respecto a un arrendamiento mantenida con el Estado receptor que sea periférica a la inversión no bastará como base para iniciar un procedimiento arbitral [*aunque, en opinión de este Tribunal, la iniciación de dicho procedimiento es posible si se aplica una interpretación amplia de la cláusula paraguas*]. Cabe esperar que los inversionistas invoquen las cláusulas estabilidad con moderación”. (El texto precedente entre comillas

corresponde a la versión en español del traductor del texto original en inglés)”²⁶.

Este Tribunal tiene la firme convicción de que los inversionistas no usarán la debida moderación —¿y por qué deberían hacerlo?— si los tribunales del CIADI les brindan recursos inesperados. La responsabilidad de mostrar la debida moderación recae más bien en los tribunales del CIADI.

111. ¿Cómo se aplica esto al presente caso? Ambas partes han discutido la denominada “cláusula paraguas” (“*umbrella clause*”) incluida en el Artículo II 2) c) del TBI celebrado entre los Estados Unidos y la República Argentina, en la que, como se mencionó, se dispone: “Cada Parte cumplirá los compromisos que hubiera contraído con respecto a las inversiones”. Las posiciones de las Partes son contradictorias en lo que se refiere a la interpretación de la denominada “cláusula paraguas”. Por un lado, “esta Representación sostiene que la mejor interpretación de los reclamos contractuales bajo (sic) TBI con cláusulas paraguas [“*umbrella clauses*”] la constituye la que hizo el Tribunal en el caso *SGS c. Pakistán*, quien sostuvo varias razones por las cuales los reclamos contractuales no pueden llegar a los tribunales arbitrales internacionales”. (Memorial sobre Jurisdicción, § 67). Por otra parte, los Demandantes consideran que “[e]sta disposición sitúa a los contratos entre el Estado receptor y el inversor, así como otros compromisos asumidos por el Estado receptor, bajo la protección del TBI entre Estados Unidos y Argentina. Sitúa dentro de los estándares sustantivos del TBI entre Estados Unidos y Argentina la observancia de los contratos o de otras obligaciones en las que hubiera asumido el Estado receptor con respecto a inversiones específicas. Se desprende que un incumplimiento de dicho contrato es una violación al Artículo II 2) c) del TBI entre Estados Unidos y Argentina”. (Memorial de Contestación sobre Jurisdicción, § 81).

112. En opinión del Tribunal, esta cláusula paraguas (“*umbrella clause*”) no extiende su jurisdicción a cualquier reclamación contractual que los Demandantes pudieran presentar como emergente sólo del incumplimiento de un contrato entre el inversionista y el Estado argentino o una entidad autónoma de la Argentina. Asimismo, a juicio del Tribunal, es especialmente claro que la cláusula paraguas (“*umbrella clause*”) no extiende su jurisdicción a toda reclamación contractual cuando dicha reclamación no se basa en una violación de los

²⁶ “Travelling the BIT Route. Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road”, *Journal of World Investment & Trade*, Vol. 5, 2004, p. 255).

niveles de protección del TBI: el trato nacional, la cláusula de la nación más favorecida, el trato justo y equitativo, la protección y seguridad plenas, la protección contra medidas arbitrarias y discriminatorias, o la protección contra la expropiación o la nacionalización en forma directa o indirecta a menos que se respeten las normas establecidas. Sin embargo, no cabe duda de que si el Estado interviene en los derechos contractuales con un acto unilateral, ya sea que estos derechos contractuales surjan de un contrato celebrado por un inversionista extranjero con una parte del sector privado, una entidad autónoma estatal o el Estado mismo, de manera tal que la medida adoptada por el Estado pueda interpretarse como una violación de los niveles de protección incorporados en un TBI, el Tribunal de Arbitraje con base en el tratado tiene jurisdicción sobre todas las reclamaciones de los inversionistas extranjeros, incluidos las reclamaciones que surgen de la violación de sus derechos contractuales. Asimismo, en el Artículo II, leído junto con las disposiciones del Artículo VII 1), también se consideran como reclamaciones basadas en el tratado los incumplimientos de un acuerdo de inversión celebrado entre la República Argentina y un nacional una sociedad de los Estados Unidos.

113. En otras palabras, el Tribunal, haciendo suya la interpretación dada primero a la denominada “cláusula paraguas” (“*umbrella clause*”) en la Decisión del caso *SGS c. Pakistán*, confirma lo ya afirmado (§ 91), a saber: que tiene jurisdicción sobre reclamaciones basadas en el tratado y que no puede conocer de reclamaciones estrictamente contractuales que no entrañen violaciones de los niveles de protección del TBI. Agrega que, habida cuenta de las disposiciones del Artículo VII del TBI celebrado entre los Estados Unidos en la República Argentina, una violación de un acuerdo de inversión celebrado por el Estado en calidad de soberano y un nacional o una sociedad de los Estados Unidos también se considera una violación del Tratado y puede así dar lugar a una reclamación basada en el Tratado.

114. En resumen, en la medida que los contratos en cuestión puedan ser caracterizados como “acuerdos de inversión”, la cláusula paraguas no agrega nada en términos de la competencia del Tribunal, dado que los mismos están expresamente comprendidos por el Artículo VII 1) a). Si por otra parte, los contratos en cuestión no pueden ser caracterizados como “acuerdos de inversión”, la cláusula paraguas no aplica a dichos contratos entre un inversionista y un Estado receptor, cuando éstos no puedan caracterizarse como un acuerdo de inversión.

115. La respuesta a la interrogante planteada en § 92, *supra*, es decir, si la existencia de la denominada “cláusula paraguas” (“*umbrella clause*”) modifica la conclusión preliminar del Tribunal en el sentido de que no tiene jurisdicción en materia de reclamaciones estrictamente contractuales, y que sólo puede entender de reclamaciones basadas en el tratado, merece una respuesta evidentemente negativa. Es más, el Tribunal sólo tiene jurisdicción sobre los reclamaciones basadas en el tratado, reclamaciones estas últimas que incluyen, según la letra del Artículo VII 1), las reclamaciones basadas en la violación de un acuerdo de inversión celebrado por el inversionista extranjero con el Estado, en calidad de soberano.

116. El encuadramiento de las numerosas reclamaciones del Demandante en dos categorías —reclamaciones estrictamente contractuales, que son ajenos a la competencia del Tribunal, y reclamaciones contractuales que representan reclamaciones basadas en el tratado y que están dentro de su jurisdicción— naturalmente será decidido con ocasión de abordar el fondo del asunto, pero era necesario que el Tribunal evaluara el alcance teórico de su competencia en la etapa jurisdiccional.

5. Tercera Excepción Preliminar: la Reclamación Debe ser Limitada en lo que Respecta a las Medidas Tributarias

(a) Las Posiciones de las Partes

117. El Artículo XII del TBI establece:

1) En lo relativo a sus normas tributarias, cada Parte deberá esforzarse por actuar con justicia y equidad en el trato a las inversiones de los nacionales y las sociedades de la otra Parte.

2) No obstante, las disposiciones del presente Tratado, especialmente sus Artículos VII y VIII, se aplicarán a las cuestiones tributarias solamente con respecto a lo siguiente:

a) la expropiación, de conformidad con el Artículo IV;

b) las transferencias, de conformidad con el Artículo V; o

c) la observancia y el cumplimiento imperativo de los términos de un acuerdo o autorización en materia de inversiones, tal como se menciona en los apartados a) o b) del párrafo 1 del Artículo VII, en la medida en que no estén sujetas a las disposiciones sobre solución de controversias de un Convenio para evitar la doble imposición tributaria concertado entre ambas Partes, o que se hayan suscitado de conformidad con dichas disposiciones y no se hayan resuelto dentro de un plazo razonable.

118. En lo que respecta al Demandado, esta disposición limita en dos aspectos el alcance de la protección concedida por el TBI en materia tributaria. Primero, conforme al párrafo 1, el criterio de justicia y equidad en el trato a las inversiones, establecido por el Artículo II 2) a) del TBI, se restringe en virtud de la utilización de la fórmula “cada Parte deberá esforzarse por actuar”. Esa obligación “modificada” o “mitigada” de conceder un trato justo y equitativo en la esfera tributaria excluye la posibilidad de recurrir en materia tributaria al sistema de solución de diferencias previsto en el Tratado, a menos que la medida tributaria impugnada: i) configure una expropiación; ii) corresponda a transferencias relacionadas con una inversión conforme al Artículo V, o iii) se refiera a la observancia y al cumplimiento imperativo de acuerdos o autorizaciones en materia de inversiones conforme al Artículo VII 1) a) o b).

119. A continuación, Argentina señala que los Demandantes han admitido que sus reclamaciones, específicamente en lo atinente a los derechos de exportar hidrocarburos, guardan relación con asuntos tributarios y, por lo tanto, rebasan los límites establecidos por el Artículo XII del TBI. Por un lado, los tribunales creados en virtud del Artículo VII del TBI no pueden examinar reclamaciones relativas a cuestiones tributarias a menos que la reclamación se refiera al incumplimiento de la prohibición de la expropiación “por la cual no se otorgue indemnización alguna” (Memorial sobre Jurisdicción, § 83). Las afirmaciones de los Demandantes no reúnen las condiciones exigidas, en el párrafo 1 del Artículo II, debido a que la norma del “trato justo y equitativo” establecida en esa disposición en materia impositiva no constituye una obligación legal.

120. En consecuencia, las únicas reclamaciones que puede considerar este Tribunal conforme al Artículo XII son las basadas en la expropiación y las relativas a la violación de acuerdos o autorizaciones de inversión (Memorial sobre Jurisdicción, §§ 77-85). Ninguno de los contratos o permisos involucrados reúnen las condiciones de una “inversión” en virtud de las disposiciones del Artículo VII 1) a) del TBI (véase la Transcripción, p. 120).

121. En su Memorial de Contestación sobre la Jurisdicción (§§ 92-110), los Demandantes rechazan los argumentos mencionados. Comienzan por señalar que los Demandados no perciben que las reclamaciones referentes a retenciones a la exportación en realidad se refieren a una expropiación, de derechos legales y contractuales y de ingresos específicos, realizada por el Gobierno; al cumplimiento, por parte de ese Gobierno, de acuerdos de inversión (como concesiones y contratos), y, en general, al trato injusto y falto de equidad de que ha sido objeto la inversión de los Demandantes (*ibíd.*, § 94).

122. Los Demandantes señalan luego que la decisión de Argentina de imponer retenciones a la exportación, por sí mismas o en conjunción con otras medidas, puede ser “equivalent[e] a la expropiación” (Artículo IV 1) del TBI). Sin embargo, las reclamaciones efectuadas rebasan por mucho las cuestiones relativas a la materia tributaria (*ibíd.*, § 95).

123. Aun en el último contexto limitado, existe el compromiso de esforzarse por dar un “trato justo y equitativo” según se establece en el Artículo XII 1) que, según los Demandantes es más que una referencia intrascendente como lo que sostiene Argentina. Esta aseveración se ve reforzada por una referencia al caso *Occidental Exploration and Production Co. c. Ecuador*²⁷, en que el Tribunal señaló, en relación con el Artículo X 1) del TBI entre Ecuador y los Estados Unidos —similar al Artículo XII 1) del TBI pertinente para el presente caso—, que esa disposición

no está desprovista de significación jurídica. Impone al Estado receptor una obligación que no difiere de la obligación de trato justo y equitativo contenida en el Artículo II [que es la misma que la que aparece en el Artículo II del TBI de que se trata], aunque cabe admitir que los términos del Artículo X son menos imperiosos (§ 70).

124. Según los Demandantes la obligación consagrada en el Artículo XII es susceptible de aplicación coercitiva y que el Demandado no la cumplió, pues faltó al cumplimiento de diversos compromisos, como el compromiso expreso de abstenerse de aplicar retenciones a la exportación, aplicando a los Demandantes un trato discriminatorio al destinar específicamente esas retenciones a compensar al sector bancario por las pérdidas sufridas en virtud de otras medidas gubernamentales, y al dirigir estas últimas a la naturaleza específica de las actividades realizadas por los Demandantes, en oposición al Marco Regulatorio del Gas y el Petróleo y a los contratos de concesión de hidrocarburos.

125. Más aún, según los Demandantes, el requisito “atenuado” del Artículo XII 1) no los priva de su derecho de incoar una demanda, aun respecto de las cuestiones impositivas, que surge del Artículo XII 2), junto con las disposiciones del Artículo IV, porque lo que está en juego es una inversión realizada conforme a esa disposición y porque, contrariamente a lo previsto en el Artículo II, al que hace referencia el Artículo IV, la inversión no ha sido objeto de un trato justo y equitativo, lo que convierte a la interferencia en una expropiación ilícita,

²⁷ Arbitraje de la CNUDMI, Laudo Final del 1 de julio de 2004, caso LCIA No. UN 3467, http://ita.law.uvic.ca/documents/Oxy-EcuadorFinalAward_001.pdf.

con lo cual este aspecto del caso —las retenciones a la exportación— queda comprendido en la esfera del Artículo XII 2). En los términos usados por el Tribunal en *Occidental Exploration and Production Co.* (véase *supra*, § 122), Laudo Final (§§ 75-77), la formulación de una reclamación sobre expropiación respecto de un asunto tributario “hace aplicables las normas sobre trato del Artículo II, incluidas las referentes a trato justo y equitativo” (el texto precedente entre comillas corresponde a la versión en español del traductor del texto original en inglés) (Memorial de Contestación sobre la Jurisdicción, §§ 96-100).

126. Según los Demandantes, la imposición de retenciones a la exportación contravino los compromisos asumidos por Argentina en virtud del TBI y equivale a una expropiación. En todos los casos en que se alega la expropiación de derechos específicos, como en el presente caso, ello debe bastar para que un Tribunal del CIADI se declare competente. Lo que interesa es si los Demandantes han demostrado, *prima facie*, la existencia de una reclamación basada en una expropiación. Si ha habido en verdad una expropiación de derechos legales y contractuales y de ingresos específicos es una cuestión relativa al fondo del asunto y debería decidirse en esa etapa de examen. Como lo afirmó el Tribunal de *Enron I* (véase *supra*, § 49):

Las Demandantes han cumplido con el requisito de tener un interés actual para iniciar acciones en el marco del Tratado, particularmente en vista de que se ha alegado que las determinaciones impositivas han sido causa de una violación de disposiciones específicas y de los niveles de trato establecidos en el mismo Tratado. Dichas alegaciones sólo pueden considerarse como parte del fondo de la cuestión, pero *prima facie* son suficientes para justificar que las Demandantes ejerzan el derecho de entablar acciones

127. En consecuencia, la tesis del Demandado de que, en virtud de las disposiciones del Artículo XII del TBI, la competencia de este Tribunal debería limitarse en lo que atañe a los aspectos tributarios de las reclamaciones no debería prosperar, ya que se alega que, conforme al Artículo XII 2) a), las medidas impugnadas constituyen expropiaciones previstas en el Artículo IV y, por lo tanto, están comprendidas en la esfera de competencia de este Tribunal (*ibíd.*, §§ 101-103).

128. Según los Demandantes, las concesiones y contratos sobre hidrocarburos cumplen los requisitos necesarios para ser considerados un acuerdo de inversión conforme al Artículo XII 2) c) del TBI. En *Occidental Exploration and Production Co.* (véase *supra*, § 122) se planteó una cuestión tributaria vinculada con el cumplimiento de un acuerdo de inversión. Si bien el

demandante en ese caso no había caracterizado la diferencia como una relativa a su contrato con el Estado demandado, el Tribunal señaló que

[d]ebido a la relación que guarda la diferencia con la observancia y el cumplimiento coercitivo del contrato sobre inversiones al que se refiere este caso, es competente para considerar la diferencia en relación con el fondo del asunto en la medida en que pueda referirse a una cuestión tributaria comprendida en lo dispuesto por el Artículo X [en el presente caso, el Artículo XII], sin perjuicio de que también puede afirmarse la competencia por otras razones en lo que respecta al Artículo X (Laudo final, § 77).

129. En consecuencia, el Tribunal consideró que existía un acuerdo en materia de inversiones a los efectos del Artículo X del TBI entre los Estados Unidos y Ecuador, que es igual al Artículo XII del TBI de que aquí se trata. En el presente caso, también, cada una de las concesiones y contratos sobre hidrocarburos puede caracterizarse como un “acuerdo de inversión” conforme al Artículo XII 2) (y, por referencia, al Artículo VII 1) a)). Aunque en el TBI involucrado en el presente caso no se define la noción de “acuerdo de inversión”, se concluye desde 1994, en TBI y en acuerdos de libre comercio celebrados por los Estados Unidos, que esa noción se define del modo siguiente:

un acuerdo escrito entre las autoridades nacionales de una parte y una inversión cubierta de un nacional o una sociedad de la otra parte: i) que concede derechos en relación con recursos naturales u otros activos controlados por las autoridades nacionales, y ii) en que se basan la inversión, el nacional o la sociedad para establecer o adquirir una inversión cubierta.

130. Los Demandantes concluyen que la definición que sus concesiones y contratos sobre hidrocarburos encuadran en la definición precedente: constituyen acuerdos por escrito celebrados por las Sociedades Argentinas con el Gobierno; otorgan a las Sociedades derechos referentes a recursos naturales pertenecientes al Estado receptor, y establecen obligaciones referentes a inversiones por parte de las Sociedades hacia el Gobierno. Por lo tanto, reúnen los requisitos propios de “acuerdos de inversión” previstos en el Artículo XII 2) c) del TBI.

(b) Las Consideraciones del Tribunal

131. Confrontado con esas opiniones contrapuestas, este Tribunal se siente obligado a señalar una vez más que lo que interesa, en la presente etapa jurisdiccional del procedimiento, es saber si las reclamaciones formuladas, si se probara su fundamento, estarían comprendidas dentro de los parámetros jurisdiccionales de los tratados pertinentes (véanse *supra*, §§ 43-54).

132. En el Artículo XII 1) del TBI se dispone que: “En lo relativo a sus normas tributarias, cada Parte deberá esforzarse por actuar con justicia y equidad en el trato a las inversiones de los nacionales y las sociedades de la otra Parte”. La cuestión es si la disposición tiene fuerza de ley, de “ley cuasi obligatoria” (“*softer law*”) o no tiene fuerza de ley alguna. La última de esas hipótesis deberá descartarse, pese al uso del condicional (“should”, en inglés; “deberá”, en español): si las partes del TBI hubieran tenido la intención de privar de toda significación al Artículo XII 1), debieron haberlo dicho y lo habrían dicho. Ante su silencio, debe considerarse que la disposición posee algún sentido jurídico, en atención a la regla *Ut magis valeat quam pereat* (“*effet utile*”).

133. La eficacia jurídica del concepto contenido en el Artículo XII 1) no es igual a la atribuida a la regla, de texto similar, contenida en el Artículo II 2) a) del TBI (“Se otorgará siempre un trato justo y equitativo a las inversiones...”). De qué modo y en qué medida ello no sucede es algo que los Demandantes no explican ni posiblemente puedan explicar. La situación embarazosa en que se encontró el Tribunal de la CNUDMI en el caso *Occidental Exploration and Production Co.* (véase *supra*, § [122]) ante una situación similar surge claramente del pasaje antes mencionado: por un lado, se afirma que la obligación impuesta al Estado receptor “no difiere de la obligación de un trato justo y equitativo contenida en el Artículo II”; por otro lado, “cabe admitir que los términos del Artículo X [en el presente caso: el Artículo XII 1)] son menos imperiosos”.

134. No obstante, los Demandantes consideran que la cláusula de “trato justo y equitativo” contenida en el Artículo XII 1) es susceptible de cumplimiento obligatorio, aunque no se sabe exactamente sobre qué base y en qué medida. No obstante, la cuestión puede seguir abierta, ya que a juicio de este Tribunal el problema puede resolverse teniendo en cuenta las disposiciones del Artículo XII 2) del TBI.

135. Conforme al Artículo XII 2), las disposiciones del TBI —en especial las de sus Artículos VII y VIII (solución de controversias)— no se aplican en materia tributaria, a menos que: i) la cuestión esté vinculada con una expropiación o sea equivalente a una expropiación conforme al Artículo IV; ii) esté vinculada con la observancia de un acuerdo o autorización de inversión, o iii) corresponda a transferencias conforme al Artículo V. En consecuencia, la competencia del Tribunal con respecto a la cuestión impositiva se limita a esos casos.

136. Los Demandantes sostienen que las reclamaciones por ellos planteadas son reclamaciones por expropiación en virtud de lo dispuesto en el Artículo IV y que, por lo tanto,

las medidas adoptadas por el Demandado, incluidas las medidas tributarias (retenciones a la exportación), están comprendidas en la jurisdicción del CIADI y en la competencia del Tribunal, pese a lo dispuesto por el Artículo XII 2). El Tribunal opina que los Demandantes han demostrado *prima facie* que es posible que la imposición de retenciones a la exportación, que es una medida tributaria, pudiera representar la expropiación de derechos legales y contractuales específicos. Teniendo en cuenta la jurisprudencia citada (*Enron I, Occidental Exploration and Production Co.*; véanse *supra*, §§ 49 y 122), una reclamación por expropiación vinculada a una cuestión impositiva introduce, por vía del Artículo IV, las normas de trato del Artículo II, incluida la del trato justo y equitativo, siempre que haya una expropiación directa o indirecta, que entrañe medidas equivalentes a la expropiación.

137. En estas circunstancias, las reclamaciones, en cuanto guardan relación con asuntos tributarios, es decir con las retenciones a la exportación impuestas por el Demandado, están comprendidas en la “excepción a la excepción” prevista en el Artículo XII 2) a) y en la esfera de competencia de este Tribunal. No obstante, esto no significa que se haya probado el fundamento de este aspecto de las reclamaciones, cuestión que deberá determinarse en la etapa de examen del fondo del asunto en este procedimiento.

138. A los fines de la presente etapa del procedimiento, los Demandantes han demostrado *prima facie*, a satisfacción del Tribunal, que las concesiones y contratos sobre hidrocarburos podrían ser “acuerdos de inversión” en el sentido de las disposiciones de los Artículos VII 1) a) y XII 2) c) del TBI, y que sus reclamos también podrían llegar a encuadrarse en esos argumentos. Sin embargo, una vez más, esa cuestión debe decidirse con ocasión del análisis del fondo del asunto.

139. El Tribunal se considera competente para entender en asuntos tributarios en el presente caso, pero sólo en tanto que las medidas tributarias impugnadas estén vinculadas con: a) la expropiación, de conformidad con el Artículo IV; b) las transferencias, de conformidad con el Artículo V, o c) la observancia y el cumplimiento imperativo de los términos de un acuerdo o autorización de inversión, tal como se menciona en los apartados a) o b) del párrafo 1 del Artículo VII. Por ende la Tercera Excepción Preliminar de Argentina es rechazada.

6. Cuarta Excepción Preliminar: Según la Doctrina de la Preclusión, los Demandantes no Pueden Negarse a Aceptar las Cortes de Argentina como el Foro Exclusivo

(a) La Posición de las Partes

140. El Demandado aduce que PAE, a través de su sucursal de PAE en Argentina, instauró un procedimiento contra Forestal Santa Bárbara SRL (en adelante denominada Santa Bárbara), una sociedad del estado de Delaware, ante la Corte Suprema de Argentina. La reclamación, iniciada en respuesta a una reclamación planteada por Santa Bárbara contra PAE en el estado de Delaware, está vinculada con concesiones para la explotación de hidrocarburos, y para el transporte de hidrocarburos, otorgadas en Argentina. La cuestión se refería a la compensación por trabajos efectuados en la zona de la concesión de PAE, y se solicitó al tribunal de Delaware que emitiera resoluciones relativas a las actividades de PAE en esas zonas (Memorial sobre Jurisdicción, §§ 86-89).

141. Según el Demandado, la medida adoptada por PAE tenía por objeto evitar la interferencia del tribunal de Delaware y establecer que los conflictos relativos a las concesiones sobre hidrocarburos “deben someterse a los tribunales argentinos”. El Demandado pasó luego a citar largos extractos de las reclamaciones de PAE en los que el Demandante sometía la cuestión a la jurisdicción original de la Corte Suprema y aducía que la cuestión caía directa y exclusivamente dentro de la jurisdicción federal argentina y se regía por el TBI celebrado entre los Estados Unidos y Argentina, el Convenio de Washington y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, así como por la Constitución Nacional y las leyes y reglamentaciones federales.

142. De acuerdo con el Demandado, la acción entablada ante la Corte Suprema de Justicia se relacionaba con “una diferencia vinculada a las concesiones sobre hidrocarburos a las que... resultan aplicables, *inter alia*, el TBI y el Convenio del CIADI”; “[l]a estricta similitud con la diferencia que los Demandantes quieren entablar ante este Tribunal es innegable, y por lo tanto los principios relativos a la jurisdicción que deben aplicarse son idénticos” (el texto precedente corresponde a la versión en español del traductor del texto original en inglés) (*ibíd.*, § 94).

143. La Corte Suprema solicitó a la República Argentina que expresara sus opiniones acerca de la solicitud de PAE, lo que hizo al acordar con PAE que la cuestión caía dentro de la jurisdicción federal, y la razón de ello era que el alcance y las características de la relación

jurídica resultante de la concesión sobre hidrocarburos en cuestión se regía por reglas según las cuales los conflictos emergentes de ellas debían ser resueltos por los tribunales federales nacionales, incluidos el Código de Minería y la Ley No. 17.319. Con respecto a esta última, el Gobierno afirmó que “[l]as diferencias que surjan de relaciones originadas en la Ley No. 17.319 no constituyen un caso que dé lugar a la jurisdicción internacional” (el texto precedente corresponde a la versión en español del traductor del texto original en inglés). Como todas estas afirmaciones recibieron el consentimiento de PAE, e incluso fueron hechas a su pedido, PAE:

afirmó que la jurisdicción competente para entender en las diferencias emergentes de las concesiones sobre hidrocarburos es exclusivamente la jurisdicción argentina, y también solicitó y consintió en que la República Argentina confirmara esa afirmación (*ibíd.*, § 98).

144. Según el Demandado, los Demandantes en consecuencia optaron a favor del tribunal federal del Estado receptor. Esa opción ha creado una preclusión: los Demandantes hicieron una afirmación en la cual la otra parte —el Demandado— se basó después para actuar. Los Demandantes no pueden, de acuerdo con el derecho internacional general (así como con la legislación argentina), modificar ahora su posición en detrimento del Demandado. En consecuencia, los Demandantes no pueden presentar su caso ante este Tribunal (*ibíd.*, §§ 86 y 99).

145. Los Demandantes responden (Memorial de Contestación sobre Jurisdicción, §§ 111-139) que la acción entablada por PAE ante la Corte Suprema de Argentina (la reclamación local) no equivalía a la selección de foro para las presentes reclamaciones ni constituía una selección de foro a los fines del Artículo VII 2) y 3) del TBI. A fin de activar lo que se denomina —de manera poco elegante— la disposición de opción excluyente de vías (“*fork-in-the-road*”) del TBI, los dos procedimientos deben, según los Demandantes, referirse a la misma diferencia y causas de acción e involucrar a las mismas partes. Es verdad que, en el curso de la actividad de inversión, los inversionistas pueden llegar a verse envueltos en toda clase de diferencias relativas de alguna manera a la inversión, pero estas diferencias no siempre serán “diferencias relativas a inversiones” a los fines del Artículo VII ni harán aplicable la disposición sobre la selección de foro de ese Artículo (*ibíd.*, §§ 113-115).

146. Según los Demandantes, en el presente caso, la reclamación local presentada por PAE ante la Corte Suprema tenía por objeto obtener una declaración de ésta en el sentido de que la acción entablada por Santa Bárbara ante el Tribunal de los Estados Unidos fuera tratada

exclusivamente por los tribunales argentinos. Al respecto, el caso planteado ante la Corte Suprema no es una diferencia relativa a inversiones similar a la presente diferencia planteada ante este Tribunal (*ibíd.*, § 116).

147. Los Demandantes sostienen, además, que la sucursal de PAE tiene una concesión para la producción de hidrocarburos y una concesión para su transporte en el bloque Acambuco, en la provincia argentina de Salta, otorgada por Argentina de acuerdo con su Ley sobre hidrocarburos. PAE extrae hidrocarburos del bloque en el marco de una sociedad en participación, y también es el operador del bloque. Santa Bárbara es una parte privada que no está afiliada al Gobierno argentino y es propietaria de parte de las tierras en que tienen lugar las labores de extracción. De acuerdo con las concesiones y la Ley sobre hidrocarburos, la sucursal de PAE puede desarrollar algunas operaciones en las tierras de Santa Bárbara sobre la base de una servidumbre constituida por esta última a favor de la sucursal de PAE. Esa servidumbre se rige evidentemente por la legislación argentina. Cuando Santa Bárbara, junto con otras sociedades, acudió a los tribunales del estado de Delaware, lo hizo para obtener de la sucursal de PAE una compensación supuestamente debida en razón de algunas operaciones que había realizado. Lo que la sucursal de PAE pretendía obtener de la Corte Suprema de Argentina era una declaración en el sentido de que los tribunales de Argentina, y no los del estado de Delaware, eran competentes para entender en el asunto (*ibíd.*, §§ 117-118).

148. Según los Demandantes, las diferencias entre la reclamación local ante la Corte Suprema de Argentina y la reclamación entablada ante este Tribunal en virtud del TBI y el Convenio de Washington son considerables:

- La reclamación local se refería a partes privadas. El Gobierno participó en el procedimiento, pero no en calidad de parte, porque había otorgado la concesión. El presente caso, Argentina es parte directa y sujeto del derecho internacional supuestamente responsable, *vis-à-vis* nacionales de los Estados Unidos, por violaciones del TBI, el Convenio del CIADI y el derecho internacional general.
- La acción entablada por la sucursal de PAE en Argentina no tenía relación alguna con la “diferencia relativa a inversiones” en virtud del Artículo VII 1) y 3) a) del TBI; no existía ninguna supuesta violación del TBI o de un acuerdo de inversión. Su único objeto era obtener de la Corte Suprema de Argentina la declaración de que correspondía a los tribunales argentinos, y a nadie más,

solucionar la diferencia suscitada entre Santa Bárbara, la propietaria de las tierras, y la sucursal de PAE, el operador del yacimiento del petróleo y gas. En cambio, la reclamación internacional tiene por fin determinar si se ha producido una violación del TBI y, en su caso, proveer a una reparación adecuada.

- Las cuestiones que deberá decidir la Corte Suprema de Argentina están vinculadas con la propiedad privada de inmuebles y cuestiones jurisdiccionales que se rigen exclusivamente por el derecho interno. La sucursal de PAE se refirió, ante la Corte Suprema, al TBI y al Convenio del CIADI sólo para demostrar que si Santa Bárbara tenía una reclamación por trato injusto de su inversión, debería haber invocado esos dos instrumentos y no haber acudido al Tribunal del estado de Delaware.

149. Esto, según los Demandantes, significa que con la mención de los dos tratados de ninguna manera se procuraba proceder a la selección de foro en virtud del Artículo VII del TBI, y que no solicitaron a la Corte Suprema de Argentina que decidiera sobre una diferencia relativa a inversiones de acuerdo con el TBI. Es más, para dar lugar a la selección del foro en virtud del Artículo VII del TBI, debe haber identidad de partes y reclamaciones en la acción local y en la entablada ante el CIADI, como sostiene la jurisprudencia internacional (*ibíd.*, §§ 125-130). Los Demandantes se basan en los casos *Genin c. Estonia*²⁸, *CMS* (véase *supra*, § 57), *Azurix* (véase *supra*, § 77) y *Enron I* (véase *supra*, § 49).

150. Según los Demandantes, la conclusión extraída de lo expuesto antes es que no existe la estricta similitud de reclamaciones alegada por el Demandado: las partes, los hechos, las reclamaciones y las causas de acción son diferentes, motivo por el cual la reclamación local de la sucursal de PAE no puede considerarse como una elección de foro en virtud del Artículo VII del TBI (Memorial de Contestación sobre Jurisdicción, § 131).

151. Volviendo al argumento de la preclusión esgrimido por Argentina, los Demandantes no objetan la aplicabilidad de este principio en el derecho internacional. Con referencia al fallo sobre el fondo del asunto dictado por la CIJ el 15 de junio de 1962 en el caso *Temple of Preah*

²⁸ Laudo del 25 de junio de 2001, Caso CIADI No. ARB/99/2, ICSID Reports, Vol. 17, p. 395, disponible en: <http://ita.law.uvic.ca/documents/Genin-Award.pdf>.

*Vihear*²⁹, la CIJ sentó las condiciones para la preclusión: i) una declaración clara por una de las partes que ii) sea voluntaria, incondicional y autorizada, y iii) sirva de base de buena fe a la otra parte en detrimento de esa parte o en beneficio de la primera. En opinión de los Demandantes, en el presente caso no se cumple ninguna de esas condiciones (Memorial de Contestación sobre Jurisdicción, §§ 133-134).

152. En primer lugar, no se ha establecido que la sucursal de PAE hubiera efectuado ante la Corte Suprema de Argentina ninguna declaración equivalente a una elección en virtud del Artículo VII del TBI. La referencia casual al TBI y al Convenio del CIADI, en una diferencia privada acerca de daños y perjuicios ocasionados por operaciones en un yacimiento petrolífero de Argentina, sólo tenía por objeto demostrar que correspondía a los tribunales argentinos y no a los del Estado de Delaware decidir la diferencia específica relativa a una servidumbre planteada entre la sucursal de PAE y Santa Bárbara, y que si Santa Bárbara tenía una reclamación basada en el trato injusto, debería acudir a la jurisdicción del CIADI y no a un tribunal del Estado de Delaware. Evidentemente, la reclamación local no redundó en la presentación de la diferencia relativa al TBI ante los tribunales argentinos (*ibíd.*, § 136).

153. En segundo lugar, Argentina no ha demostrado cómo podría haberse basado en la supuesta exposición de los Demandantes y, por ende, modificado su posición en su perjuicio o en beneficio de la sucursal de PAE, cuanto menos porque, al no ser parte de la diferencia local, no podía opinar. La diferencia local, entre dos agentes privados, se refería a supuestos daños y perjuicios ocasionados por la operación de un yacimiento petrolífero, con exclusión del Demandado, respecto del cumplimiento de un contrato celebrado entre ellos, al pago de daños y perjuicios y a una cuestión ambiental, cuestiones todas ellas evidentemente ajenas a la diferencia relativa a inversiones planteada ante el presente Tribunal. La mención hecha al TBI y al Convenio del CIADI en un litigio específico entre dos partes privadas, que se rige exclusivamente por la legislación argentina, no podría haber generado “razonable y efectivamente”, de buena fe, en Argentina la convicción de que sus propios tribunales y no el presente Tribunal tendrían jurisdicción sobre una reclamación relativa a un tratado de inversión entre distintas partes y sobre la base de distintos hechos. Además, Argentina admitió, en una presentación formulada por este país en el marco de la reclamación local, que

²⁹ ICJ Reports 1962, p. 6.

las garantías del TBI no se aplicaban a la diferencia local suscitada entre el titular de la concesión y el propietario de las tierras (*ibíd.*, § 137-139).

(b) Las Consideraciones del Tribunal

154. La Cuarta Excepción Preliminar de Argentina parece basarse en dos premisas: que los Demandantes, al haber entablado, a través de una sociedad local, una diferencia privada ante los tribunales argentinos y, al haber mencionado al TBI y al CIADI, han optado, en el marco de su diferencia internacional relativa a inversiones, a favor de esos tribunales de conformidad con lo dispuesto en el Artículo VII del TBI, y que, independientemente de esa disposición, se ven impedidos, en razón de haber procedido como se mencionó, de acudir al procedimiento de solución de diferencias en virtud del TBI.

155. Por lo tanto, la primera cuestión a examinar es si la acción de la sucursal de PAE en su diferencia local contra Santa Bárbara, incluida la referencia hecha por dicha sucursal al TBI y el Convenio del CIADI, representa una elección de foro, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo VII de ese tratado, respecto de su diferencia relativa a inversiones contra Argentina. A juzgar por la jurisprudencia citada por los Demandantes —los casos *Genin*, *CMS* y *Enron I* (véanse *supra*, §§ 148, 57 y 49)—, los tribunales no suponen, indudablemente con razón, a la ligera que las partes demandantes han hecho la elección de foro a favor del sistema judicial del Estado receptor. Si sucediera lo contrario, sería de poca utilidad establecer procedimientos de arbitraje internacional para las diferencias relativas a inversiones. Para suponer que se ha efectuado dicha elección, en primer lugar es necesario que las partes de la diferencia entablada ante un tribunal nacional sean las mismas que las de la diferencia relativa a inversiones. La jurisprudencia existente —*CMS*, *Enron I* y *Azurix* (véanse *supra*, §§ 57, 49 y 77)— revela que ese no suele ser el caso.

156. La segunda condición es la identidad de las causas de acción. Como lo revelan las decisiones citadas en § 148, éste tampoco suele ser el caso.

157. En el presente caso no hay identidad de partes ni de causa de acción. En la reclamación local, el Gobierno de Argentina no es parte (aunque compareció en calidad de *amicus curiae*). La causa de acción también es diferente. La reclamación local no se basa en una supuesta violación del TBI, aunque el TBI fue mencionado incidentalmente.

158. Con respecto a la preclusión —el segundo aspecto del argumento del Demandado a favor de su Cuarta Excepción Preliminar— este Tribunal también puede ser breve.

159. La preclusión es un principio general aceptado de derecho que han aplicado muchos tribunales internacionales³⁰. La esencia del principio de preclusión es que una de las partes se haya basado, con perjuicio para ella, en declaraciones de otra parte, de modo que la inversión de la posición previamente adoptada por la segunda parte ocasionaría una grave injusticia a la primera³¹. Argentina no ha demostrado nada de ello en este caso.

160. Además, teniendo en cuenta las tres condiciones determinadas por la CIJ en el caso *Temple of Preah Vihear* (véase *supra*, § 150), la conclusión es que: i) difícilmente se pueda hablar de la existencia de una declaración clara de una parte (si, en verdad, “una parte” ha hecho declaración alguna); ii) al no haber existido dicha declaración, no habría posibilidad de caracterizarla como “voluntaria, incondicional y autorizada”, y que iii) no puede afirmarse que Argentina, que no fue parte en la diferencia local, se ha basado en la elección supuestamente efectuada por los Demandantes en virtud del Artículo VII del TBI y, ni mucho menos, que ha sufrido un perjuicio a raíz de la supuesta elección.

161. Teniendo en cuenta las consideraciones expuestas, este Tribunal rechaza la Cuarta Excepción Preliminar planteada por Argentina.

7. Quinta Excepción Preliminar: la Reclamación es Hipotética

(a) Las Posiciones de las Partes

162. El Demandado sostiene que un tribunal internacional puede ejercer jurisdicción sobre una diferencia si existe esta última, y así sucede cuando la diferencia se refiere a la compensación. Según el Demandado, si no hay daños, no existe una diferencia: debe proporcionarse prueba de un perjuicio verdadero y real, así como de la relación causal de este último con el supuesto incumplimiento (Memorial sobre Jurisdicción, §§ 102-104).

³⁰ Véase, por ejemplo, *Pope & Talbot, Inc. c. Canadá*, TLC–CNUDMI, Laudo Provisional del 26 de junio de 2000, en pp. 39-41, <http://www.investmentclaims.com/decisions/Pope-Canada-InterimAward-26June2000.pdf>.

³¹ Véase D.W. Bowett, “Estoppel before International Tribunals and Its Relation to Acquiescence”, *British Year Book of International Law*, Vol. 33, 1957, p. 176-202, en pp. 183-184.

163. Según el Demandado, el daño conjetural, hipotético o previsto no es suficiente para establecer la jurisdicción del Centro y la competencia del Tribunal. Una primera categoría de daño conjetural corresponde al daño resultante de las retenciones a la exportación, puesto que nadie puede decir con certeza cuál será, en su caso, su efecto en los Demandantes. Es más, el pronóstico de daños efectuado por LECG, los expertos en valuación de los Demandantes, y que revela que el daño alegado se basa en una mera especulación, no coincide con las afirmaciones de los Demandantes.

164. Según el Demandado, otro tipo de daños, aún más conjeturales, consiste en las “contingencias”, es decir, daños que no tienen base real, como las posibles reclamaciones de algunas provincias argentinas que no se han planteado ante un tribunal. Se encuadran en esta categoría las consecuencias de la “pesificación y la intervención del Gobierno en la fijación del precio del gas natural en bocamina”, de las “retenciones” y las “contingencias debidas a restricciones a la exportación de gas natural”.

165. Asimismo, según el Demandado, las restricciones a la explotación de petróleo y gas licuado de petróleo son identificadas claramente como rubros hipotéticos en el Memorial de los Demandantes (§ 135), donde se afirma que a pesar de las restricciones levantadas, la delegación de facultades a la Secretaría de Energía para imponer restricciones unilaterales aún era válida, causando de esa manera una constante incertidumbre entre las entidades exportadoras de petróleo, como las Sociedades Argentinas.

166. Por ende, no pueden reclamarse indemnización compensatoria si el perjuicio es incierto e hipotético. Los Demandantes deberían haber formulado en consecuencia una acción declaratoria (Memorial sobre Jurisdicción, §§ 105-110).

167. En el acta complementaria al Acuerdo para la Implementación del Esquema de Normalización de los Precios del Gas Natural en el Punto de Ingreso al Sistema de Transporte, dispuesto por el Decreto 181/2004 de Argentina, que es un apéndice a la Resolución 208/2004, PAE se comprometió a

no iniciar nuevas acciones y, de ser el caso, suspender con el alcance previsto en el presente las acciones y/o procedimientos que hubiera iniciado contra las Licenciatarias de Distribución de gas por redes respecto de los reclamos patrimoniales correspondientes a la pesificación de precios dispuesta por la Ley N° 25.561, el Decreto N° 214/2002 y la Ley N° 25.820, y en su caso a la no aplicación del sistema de ajuste previsto en la normativa

citada, y sus normas reglamentarias, a los contratos de compraventa de gas natural.

168. Para el Demandado esto revela que “los daños y perjuicios reclamados no eran tales”, que los daños y perjuicios previstos eran absurdos e inexistentes, y que la renuncia expresa antes mencionada efectuada por el inversionista no da a este último derecho alguno a transferir los daños y perjuicios al Gobierno (Memorial sobre Jurisdicción, §§ 111-112).

169. Aunque admiten que el presente Tribunal no tiene jurisdicción sobre reclamaciones estrictamente hipotéticas, los Demandantes aducen que la naturaleza de los daños y perjuicios es una cuestión que debe examinarse en la etapa del análisis del fondo del asunto (Transcripción, p. 53). También expresan que no están de acuerdo con la afirmación de que sus reclamaciones son “hipotéticas”, “conjeturales” o “especulativas”. La conducta del Demandado que critican los Demandantes ha violado los compromisos del primero y afectado gravemente las inversiones de los últimos. Es más, los Demandantes, en su Memorial, han hecho la distinción entre daños y perjuicios que ya se han producido y daños y perjuicios que seguramente habrán de producirse en el futuro inmediato, teniendo en cuenta las leyes y reglamentaciones vigentes, y los han diferenciado de las contingencias que tal vez se produzcan o no se produzcan. Mientras tanto, ya se han producido algunos de los daños y perjuicios que se consideran “futuros” en el Memorial de los Demandantes, puesto que las medidas que los ocasionaron siguen en vigencia (Memorial de Contestación sobre Jurisdicción, §§ 141-143).

170. Según los Demandantes, en contraposición a la afirmación del Demandado en el sentido de que nadie puede estar seguro si las retenciones a la exportación continuarán y, en su caso, por cuánto tiempo, ni cuál será su impacto final (Memorial sobre Jurisdicción, § 106), la existencia y el impacto de dichas retenciones puede determinarse fácilmente. Esta medida se basa en las leyes, los decretos y las reglamentaciones promulgadas por el Gobierno y que actualmente siguen vigentes. Ya ha afectado adversamente las inversiones de los Demandantes al privarlos de parte de sus ingresos. El monto de dicha privación es fácil de calcular teniendo en cuenta la tasa de las retenciones y las exportaciones realizadas. Con respecto a la duración de la medida, es imposible decir cuánto tiempo durará. En el Artículo 6 de la pertinente Ley (No. 25.561) se afirma que las retenciones a la exportación se extenderán por un período de cinco años, es decir, hasta febrero de 2007. Se sabe la tasa de las retenciones, que aumenta con el paso del tiempo (véase el gráfico de la nota 143 del párrafo §

146 del Memorial de Contestación sobre Jurisdicción), al igual que las exportaciones realizadas por los Demandantes hasta 2007 (*ibíd.*, §§ 144-146).

171. Además, y cómo se explica en su Memorial (§ 182), los Demandantes han sufrido pérdidas como consecuencia de la “pesificación” de los acuerdos de venta de hidrocarburos, que estaban denominados en dólares. Este no es hipotético; se ha producido.

172. Con respecto a la exportación de gas natural, en ese mismo Memorial (Sección VI.3) se muestra cómo las restricciones impuestas por el Demandado han afectado a los Demandantes. En el Informe de LECG se explican las consecuencias de esas restricciones, y se hace la distinción entre los daños que ya se han producido y las contingencias (Memorial de Contestación sobre Jurisdicción, § 148).

173. En términos generales, los Demandantes afirman que en todo momento han hecho la distinción entre daños y perjuicios devengados y contingencias, y que estas últimas se han calculado objetivamente teniendo en cuenta los parámetros utilizados por LECG. En ningún momento los Demandantes han presentado a las contingencias como daños y perjuicios devengados. Por ejemplo, con respecto a los pagos de regalías reclamados de las provincias argentinas, se trata de contingencias razonablemente basadas en la realidad y que se han tratado como tales. Si los Demandantes han incluido contingencias, claramente identificadas como tales, lo han hecho a fin de poder presentar reclamaciones adicionales si se concretaren dichas contingencias (Memorial de los Demandantes, § 457).

174. En el caso *Enron I* (véase *supra*, § 49), en el que Argentina había planteado la misma excepción, y aducido que la reclamación era “estrictamente hipotética”, el objeto de la reclamación era la imposición de los impuestos provinciales de sellos que aún no se habían recaudado y que estaban en estudio por la Corte Suprema de Argentina. Al respecto, el Tribunal del CIADI afirmó lo siguiente (§ 74):

[Teniendo] en cuenta que el hecho de que los impuestos se hayan determinado y se haya ordenado su pago crea una obligación en ese sentido para el inversionista, con independencia de si se recaudaron o no las sumas correspondientes. Ello significa que una demanda mediante la que se procure obtener protección al amparo del Tratado no es de carácter hipotético, sino que se relaciona con una diferencia concreta entre las partes. Si ha habido o no una violación de las disposiciones del Tratado y el alcance de dicha violación, son aspectos que deben tratarse como parte del fondo de la cuestión. También corresponden a esa fase, aún en mayor medida, la posibilidad de una expropiación y las condiciones de la misma. El Tribunal

no puede declinar su competencia para examinar estas distintas cuestiones de hecho y de derecho. Así pues, también se confirma la competencia del Tribunal en este punto.

175. El Demandado pasa luego a alegar que, en el acuerdo sobre el gas celebrado con Argentina, PAE se comprometió a no entablar ninguna nueva acción legal contra las compañías de distribución del gas y los productores de electricidad en relación con la “pesificación” del precio por la Ley No. 25.561, el Decreto No. 214/2002 y la Ley No. 25.820, y que, en consecuencia, las reclamaciones de los Demandantes son “absurdas” e “inexistentes”. Según los Demandantes, este argumento es erróneo. Primero, la única renuncia incluida en una carta adjunta al mencionado acuerdo se refería a las reclamaciones de los productores de gas natural contra las compañías de distribución de gas y empresas de electricidad por los daños y perjuicios que les había ocasionado la “pesificación”. No se extiende a las reclamaciones contra Argentina en virtud del TBI. Asimismo, el acuerdo no compensa a los Demandantes por la expropiación de sus derechos legales y contractuales. Segundo, en la carta adjunta en cuestión se dispone que la renuncia que contiene no puede ser invocada por las partes (entre las que está incluida el Demandado) en relación con otras reclamaciones ajenas al acuerdo sobre el gas.

176. El Demandado también sostiene que su aceptación del acuerdo sobre el gas demuestra que no se han producido daños y perjuicios y, por lo tanto, los Demandantes no pueden demandar compensación alguna. Sin embargo, de acuerdo con los Demandantes, sí se han producido daños. En tanto que tal vez haya mitigado algunos daños futuros, el acuerdo no compensa en manera alguna a los Demandantes por el daño sufrido por cuenta de medidas adoptadas por el Gobierno.

(b) Las Consideraciones del Tribunal

177. Según este Tribunal, es de la naturaleza de las diferencias como la presente que algunos daños y perjuicios sean concretos y específicos en el sentido de que ya se hayan producido, en tanto que otros, que pueden producirse más adelante, no sean aún específicos, pero sí más o menos previsibles atendiendo a las circunstancias. Como quedó revelado en *Enron I* (véase *supra*, § 49), el umbral de certidumbre al respecto es relativamente bajo.

178. Este hecho se explica fácilmente. Muchas referencias relativas a inversiones surgen de situaciones que tienen efectos adversos constantes para los Demandantes y ellos deberán ser tenidos en cuenta por el tribunal arbitral que deba entender en esas diferencias, por lo menos

con respecto a los daños y perjuicios que fueran inciertos en la etapa jurisdiccional pero que se hubieran concretado en la etapa de análisis del fondo del asunto. Esto es una de las razones por las que, a esta altura, el presente Tribunal, rechaza la presente excepción, por cuanto además los Demandantes han demostrado, *prima facie*, su aseveración de que *se han producido* algunos daños. Naturalmente que el monto final de los daños deberá determinarse durante el procedimiento de análisis del fondo del asunto si se llegara a la conclusión de que el Demandado es responsable. En esa etapa, deberá hacerse una evaluación final, y los daños que sigan siendo contingentes o hipotéticos en ese momento deberán desecharse.

179. No es posible limitar la competencia de este Tribunal al daño que sea real y verificado en el momento en que se analiza la cuestión de la jurisdicción. De otro modo, nunca llegaría a decidirse la parte del caso vinculada con los daños que aún no se han concretado pero que tal vez se concreten en la etapa de análisis del fondo del asunto, salvo que se iniciara un nuevo e innecesario arbitraje. Sólo se permiten dudas respecto de las reclamaciones que se basen total y evidentemente en conjeturas y que podrían considerarse abusivas. Sin embargo es evidente que no es éste el caso.

180. Sobre la base de las consideraciones expuestas, el Tribunal rechaza la Quinta Excepción Preliminar.

8. Sexta Excepción Preliminar: los Demandantes Carecen de *Jus Standi*

(a) Las Posiciones de las Partes

181. Los Demandados inician su alegato preguntando si los Demandantes habían en efecto realizado inversiones entre 1991 y 2001 por valor de más de dos billones de dólares en actividades de exploración y explotación. Los Demandantes describen sus inversiones en términos de contratos y concesiones, asociaciones, contratos de sociedades en participación y permisos de explotación. Otra caracterización que hacen es la de derechos legales y contractuales y derechos de cumplimiento específico. Por último, los Demandantes sostienen que PAE “es la propietaria indirecta de dos activos estratégicos relativos al transporte, el depósito y la carga de petróleo crudo” y que “invirtió en la actividad comercial de transporte de gas natural” (Memorial sobre la Jurisdicción, §§ 113-116, en relación con el Memorial de los Demandantes, §§ 125, 126, 129 y 130). Esto, según el Demandado, es vago y confuso y “[afecta] considerablemente el derecho del Demandado al debido proceso” por cuanto no es posible determinar eficazmente: i) quién ha realizado la inversión; ii) cuál es la parte que

entabla la acción legal para exigir el cumplimiento de los derechos legales adquiridos por el gasto de capital, y iii) cuál es el alcance de los derechos de propiedad en virtud de las Leyes pertinentes, es decir, el sistema jurídico del Estado receptor. El Demandado alega más adelante que la cuestión del derecho de acción (*jus standi*) en este caso —si pertenece al fondo del asunto— se rige por la legislación argentina y la legislación aplicable al fondo del asunto (Memorial sobre Jurisdicción, § 117).

182. El Demandado pasa luego a invocar el Artículo I 2) del TBI para demostrar que PAE, en su calidad de sociedad constituida en el estado de Delaware, no goza de las ventajas del TBI porque “no desarrolla actividades comerciales considerables” en Argentina (*ibíd.*, §§ 118-120).

183. Tanto BP America Production Company como BP Argentina Exploration Company son sociedades constituidas de acuerdo con las leyes del Estado de Delaware, la primera en calidad de propietaria y la segunda, de controlante. Al haberse constituido el 31 de diciembre de 2001 y en 2002, respectivamente, no pueden haber realizado las inversiones invocadas.

184. Después de hacer la distinción entre reclamaciones directas y “derivadas”, haciendo referencia al TLCAN (Memorial sobre Jurisdicción, §§ 123-125), el Demandado define a las primeras como reclamaciones efectuadas por un accionista en su propio derecho para procurar reparación por un “daño especial”, es decir, un daño sufrido directamente por él, por ejemplo la denegación del permiso para consultar los libros de la sociedad. Las últimas son reclamaciones efectuadas por los accionistas —si la misma sociedad se muestra renuente a hacerlo— para hacer valer la causa de acción de la sociedad, por ejemplo si un director convierte activos societarios. En ese caso, el daño del accionista es indirecto: una disminución del valor contable de sus acciones, el daño directo se ocasiona a la sociedad a través de la pérdida de los activos convertidos. Todo monto recuperado con la acción derivada de los accionistas debería, por lo tanto, agregarse a los activos de la sociedad. Empero existe, en esta esfera, una zona borrosa en la que tanto la sociedad como sus accionistas tal vez se hayan visto considerablemente perjudicados (Memorial sobre Jurisdicción, §§ 126-132).

185. En cualquier caso, el admitir las reclamaciones de los accionistas equivale a levantar el velo corporativo, y dicho levantamiento puede permitirse o no permitirse teniendo en cuenta consideraciones de políticas, como la salvaguardia de la integridad de la entidad, la protección de los intereses de todos los interesados —por cierto, los accionistas, y también los acreedores, trabajadores y clientes— permitiendo tan sólo las reclamaciones societarias y

evitando la liquidación prematura. El dejar que el producto de las acciones derivadas quede en manos de los accionistas equivaldría a privilegiar a esos accionistas frente a la misma sociedad y a todas las demás partes interesadas (*ibíd.*, §§ 134-139).

186. En el caso de BP America y BP Argentina, supuestos accionistas mayoritarios de las Sociedades Argentinas, hasta ahora no se ha establecido que hayan sufrido un daño especial derivado de las supuestas medidas perjudiciales. En tanto que en este caso existe una cuestión de doble recuperación, que deberá ser resuelta oportunamente, el presente Tribunal también deberá considerar, según el Demandado, si, al compensar a los accionistas y no a la sociedad, no ocasionará la liquidación prematura de la sociedad. Si la compensación fuera directamente a manos de los accionistas, los acreedores de las sociedades perjudicadas, incluido el gobierno federal, “se verían burlados” (*ibíd.*, §§ 140-141).

187. Permitir que este caso prosiga hasta la etapa del análisis del fondo del asunto entrañará que el Tribunal tiene la facultad de ordenar la liquidación de las empresas de servicios. Según el Demandado, el presente Tribunal no es competente para decidir ahora el resultado para todas las partes interesadas, motivo por el cual no debería entender que en los casos de BP America y BP Argentina a menos que éstas plantearan una reclamación genuina distinta de la presente, que es una “reclamación derivada” oculta. En otras palabras, el Demandado solicita al Tribunal que se declare incompetente para tratar las reclamaciones indirectas puramente derivadas de BP America y BP Argentina.

188. Por último, con respecto a PAE Sur, Pan American Fueguina y Pan American Continental, el Demandado considera que no han probado su inversión y que no pueden hacerlo habida cuenta de que su existencia sólo data de 1998. Tampoco son controladas por un inversionista, porque PAE no puede considerarse como tal. Puesto que no han demostrado ser en sí mismas inversiones, y no hay manera de que los Demandantes modifiquen su posición, las Sociedades Argentinas carecen de derecho de acción (*jus standi*) (*ibíd.*, §§ 143-145), y el Tribunal también debería declararse incompetente en lo que respecta a las reclamaciones de las Sociedades Argentinas.

189. Los Demandantes rechazan la tesis del Demandado, según la cual este caso se basa en una acción de los accionistas —BP America y BP Argentina— respecto de medidas que afectan a las Sociedades Argentinas, y tan sólo indirectamente, a ellos. Según el Demandado, los accionistas carecen de derecho de acción (*jus standi*) para plantear reclamaciones “indirectas” en el contexto de este arbitraje porque esas reclamaciones surgen de

incumplimientos de los derechos de terceros —las Sociedades Argentinas—, y las medidas sobre las que se basa la reclamación no estaban de manera alguna dirigidas a los inversionistas. Esta objeción, que Argentina presentó en varios casos recientes ante tribunales del CIADI, fue rechazada siempre.

190. En el presente caso, las tres entidades de los Estados Unidos —PAE, BP America y BP Argentina— no están planteando reclamaciones en nombre de las Sociedades Argentinas, que también son ellas mismas demandantes, sino en su propio nombre en calidad de inversionistas de los Estados Unidos con inversiones consideradas como tales en virtud del TBI. Según los Demandantes, “el derecho internacional reconoce los reclamos de los accionistas” en la posición de las tres entidades (Memorial de Contestación sobre Jurisdicción, § 161).

191. La siguiente afirmación de los Demandantes es que el argumento del Demandado, independientemente de la cuestión de su fundamento, se refiere al fondo del asunto, en tanto que, en virtud de las reglas del Convenio del CIADI (Artículo 25), las únicas cuestiones que deben analizarse en la presente etapa del procedimiento son las jurisdiccionales; el derecho de acción (*jus standi*) es una cuestión que debe debatirse en la etapa de análisis del fondo del asunto, y el Tribunal debería denegar su análisis en esta etapa.

192. Las dos partes también están en desacuerdo acerca de la legislación aplicable a la determinación de la existencia del derecho de acción (*jus standi*) en el caso de los distintos Demandantes. Argentina sostiene que el derecho de acción (*jus standi*) está determinado por su propia legislación, que es la que rige el fondo del asunto. Los Demandantes contestan que la legislación aplicable al fondo del asunto es el TBI y el derecho internacional, y no la legislación argentina, razón por la cual la supuesta imposibilidad de BP America, BP Argentina y PAE de plantear reclamaciones indirectas en virtud de la legislación argentina carece de relevancia al examinar el derecho de acción (*jus standi*); al igual que en la legislación de los Estados Unidos o el TLC (*ibíd.*, §§ 163-165).

193. Para los Demandantes, la legislación aplicable es el TBI, su idioma y su finalidad. El objeto y finalidad del Tratado, según su preámbulo, es “estimular el flujo de capital privado” con destino a Argentina. Esto se logra por medio de la propiedad de acciones u otros tipos de inversión, sin hacer distinción alguna entre ambas categorías. La inclusión de los accionistas se ve confirmada por las disposiciones del Artículo I 1) a) del TBI, que define el término “inversión” de la siguiente manera:

“inversión” significa todo tipo de inversión, tales como el capital social, las deudas y los contratos de servicio y de inversión, que se haga en el territorio de una Parte y que directa o indirectamente sea propiedad o esté controlada por nacionales o sociedades de la otra Parte, y comprende, entre otros:

i) ...

ii) sociedades, acciones, participaciones u otros intereses en sociedades o intereses en sus activos...

194. El texto precedente abarca expresamente “acciones, participaciones u otros intereses en sociedades o intereses en sus activos”, lo que incluye, en consecuencia, la propiedad controlante indirecta y directa de PAE, BP America y BP Argentina de las participaciones en las Sociedades Argentinas, y ello significa que estas entidades pueden plantear una reclamación al respecto. En la misma disposición del TBI se determina qué inversiones se consideran pertenecientes a un inversionista protegido: la “que directa o indirectamente sea propiedad o esté controlada por nacionales o sociedades de la otra Parte”. El significado de “inversiones” en el marco de la disposición mencionada del TBI fue comentado por el Tribunal del CIADI en el caso *Lanco International, Inc. c. Argentina*, Decisión sobre Jurisdicción del 8 de diciembre de 1998³²:

El Tribunal concluye que la definición de [inversión] en el Tratado celebrado entre Argentina y Estados Unidos es muy amplia y abarca muchos significados. Por ejemplo, respecto de la participación del accionista en el capital social, en el Tratado celebrado entre Argentina y Estados Unidos no se dice nada de que el inversionista en el capital social tenga que tener el control de la administración de la sociedad, ni una participación mayoritaria; por lo tanto el hecho de que Lanco tenga una participación de 18.3% en el capital social del Concesionario nos permite concluir que es un inversionista en el sentido del Artículo I del Tratado celebrado entre Argentina y Estados Unidos (§ 10).

195. Además, agregan los Demandantes, “las reclamaciones de los accionistas son bien reconocidas en el derecho internacional”, lo que tiene sentido puesto que el objeto de los tratados de protección de las inversiones es fomentar la inversión extranjera ofreciendo protección a los inversionistas extranjeros que, por ejemplo, compren acciones o participaciones en sociedades locales del Estado receptor o registren una sucursal en ese Estado porque así lo requiere el Estado receptor, como es el caso de Argentina por ejemplo, o porque esta es la única manera de invertir. Si accionistas como BP America, BP Argentina y

PAE no estuvieran protegidos por el TBI, los gobiernos fácilmente podrían reducir a éste a la nada (*ibíd.*, §§ 167-172).

196. En respuesta al argumento del Demandado de que BP America, BP Argentina y PAE están planteando reclamaciones indirectas respecto de las cuales no tienen derecho de acción (*jus standi*), los Demandantes sostienen que los derechos reclamados no son los de las Sociedades Argentinas sino sus propios derechos, a saber: los que surgen del TBI. Por lo tanto, todo lo que el presente Tribunal debe hacer es evaluar si la supuesta conducta del Demandado equivaldría a una violación del Tratado. La diferencia entre las causas locales y otras causas de acción y la causa de acción resultante del TBI fue puesta de relieve por el Comité de Anulación del CIADI en el caso *Vivendi I*.³³ Ese caso es particularmente pertinente para el presente arbitraje. Se refería a la interferencia de las autoridades argentinas con la operación de un contrato de concesión. Los Demandantes eran el titular de la concesión local, Compañía de Aguas del Aconquija (CAA), y uno de sus accionistas, la compañía francesa Compagnie Générale des Eaux (CGE). El Comité de Anulación concluyó que esta última podría plantear sus propias reclamaciones, que se vinculaban con cuestiones emergentes del contrato de concesión, basándose en el TBI celebrado entre Argentina y Francia porque era accionista de CAA. Al hacerlo, el Comité afirmó (§ 50):

Rasgo en común con otros TBI, el Artículo 1 claramente distingue entre accionistas extranjeros en compañías locales y dichas compañías mismas. Mientras que la participación accionaria extranjera es por definición una “inversión” y su titular un “inversor”, las compañías locales sólo caen dentro del alcance del Artículo 1 si son “efectivamente controladas directa o indirectamente por los nacionales de una de las Partes Contratantes” o por personas jurídicas constituidas bajo sus leyes... Más aún no puede argumentarse que CGE no tenía una “inversión” en CAA desde la fecha de la celebración del Contrato de Concesión, o que no era un “inversor” con respecto a su propia participación accionaria, aunque tuviera o no control de CAA en su conjunto. Cualquiera que haya sido la extensión de su inversión, le asistía el derecho en todo momento relevante de invocar el Acuerdo con respecto a conducta que supuestamente incumplía los Artículos 3 o 5.

[es decir, trato justo y equitativo, plena protección y seguridad, y no expropiación sin indemnización].

³² Caso CIADI No. ARB/97/6, *ILM*, Vol. 40, 2001, p. 457.

³³ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Compagnie Générale des Eaux c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3, Decisión del Comité de Anulación de fecha 3 de julio de 2002, *ILM*, Vol. 41, 2002, p. 1135, §§ 112-113, <http://ita.law.uvic.ca/documents/Eaux-Annulment.pdf>.

197. Según los Demandantes, esto significa que BP America, BP Argentina y PAE pueden plantear reclamaciones en virtud del TBI aunque la conducta del Demandado también infrinja la legislación nacional argentina o derechos legales y contractuales específicos emergentes en consecuencia.

198. Seguidamente, los Demandantes sostienen que “las reclamaciones de los accionistas son bien reconocidas en el derecho internacional”. A tal fin, y sin abordar la situación de acuerdo con las reglas del derecho internacional general, sostienen que muchas decisiones de distintos tribunales internacionales en materia de inversiones han admitido la presentación de reclamaciones “indirectas” por parte de accionistas extranjeros, especialmente en los casos contra Argentina (Memorial de Contestación sobre Jurisdicción, §§ 180-190). Estas decisiones se refieren a los siguientes casos: *Maffezini c. España*³⁴; *Vivendi I* (véase *supra*, § 196); *Goetz c. Burundi*³⁵; *Asian Agricultural Products, Ltd. c. Sri Lanka*³⁶; *Genin* (véase *supra*, § 148); *CMS* (véase *supra*, § 57); *Azurix* (véase *supra*, § 77); *Enron I* (véase *supra*, § 49) y *Siemens* (véase *supra*, § 48).

199. En relación con el caso *Maffezini* y *Siemens*, los Demandantes señalan que los tribunales del CIADI dejaron claro que el inversionista sólo tiene que presentar *prima facie* el caso de que tiene legitimación procesal para plantear su reclamación; que en el caso *CMS*, la reclamación era de un inversionista minoritario en una sociedad local y que el Tribunal sostuvo que no interesa si el inversionista protegido por el TBI también es parte en un contrato de concesión o en un contrato de licencia celebrado con el Estado receptor para concluir que procede la jurisdicción en virtud de las disposiciones de ese Tratado, ya que existe un derecho directo de acción del inversionista en su calidad de accionista, y que, en el caso *Siemens*, el inversionista alemán tenía la propiedad indirecta de la sociedad local (argentina).

³⁴ Decisión sobre la Jurisdicción del 25 de enero de 2000, caso CIADI No. ARB/97/7, ICSID *Review-FILJ*, Vol. 16, 2001 p. 212, §§ 236-238, http://ita.law.uvic.ca/documents/Maffezini-Jurisdiction-English_001.pdf.

³⁵ Laudo (que incorpora el acuerdo de avenencia de las partes) del 10 de febrero de 1999, Caso CIADI No. ARB/95/3 ICSID *Review-FILJ*, Vol. 15, 2000 p. 454; *Yearbook of Commercial Arbitration*, Vol. 26, 2001, p. 21 en p. 35 y 24, <http://ita.law.uvic.ca/documents/Goetz-Award.pdf>.

³⁶ Laudo final del 27 de junio de 1990, Caso CIADI No. ARB/87/3, ICSID *Review-FILJ*, Vol. 6, 1991, p. 526; ICSID Reports, Vol. 4, 1989, p. 246, §§ 20-21, <http://ita.law.uvic.ca/documents/AsianAgriculture-Award.pdf>.

200. Los Demandantes concluyen que, al igual que en los casos *Azurix*, *Enron* y *Siemens*, en el presente caso los inversionistas extranjeros tienen, en forma directa e indirecta, la propiedad de participaciones en las Sociedades Argentinas y, por lo tanto, tienen la propiedad directa o indirecta de inversiones protegidas. En los casos *CMS*, *Azurix*, *Enron*, *LG&E* (véase *supra*, § 57, 77, 49 y 77) y *Siemens* (véase *supra*, § 48) se decidió que, habida cuenta de las circunstancias, las sociedades accionistas de los Estados Unidos tenían un derecho directo de acción. Esta conclusión se ve respaldada por la intención de los responsables de la redacción del TBI celebrado entre Argentina y los Estados Unidos, que está basado en un proyecto modelo de los Estados Unidos y en relación con el cual uno de sus autores, Kenneth Vandevelde, señaló que la definición de inversiones contenida en su Artículo 1 era, en parte, una reacción a un fallo de fecha 5 de febrero de 1970 dictado en la segunda etapa del caso *Barcelona Traction, Light y Power Co., Ltd.*³⁷, en el que el Tribunal sostuvo que una sociedad constituida en Canadá pero de propiedad de belgas no podía estar protegida por Bélgica, el Estado del cual eran nacionales los accionistas, *vis-à-vis* España. No decidió sobre la cuestión de si un Estado podía proteger a sus nacionales accionistas de una sociedad que tuviera la nacionalidad del Estado demandado (Fallo, § 92). La definición de “propiedad o control” contenida en el TBI torna inaplicable el fallo del caso *Barcelona Traction*, y, en la medida en que exista dicha propiedad o control, no interesa cuántos estratos separen al nacional o la sociedad de la inversión³⁸. Este análisis es sostenido por otros autores y personas involucradas en el programa de TBI de los Estados Unidos. Un autor, P.B. Gann³⁹, fue aún más lejos al sostener que toda participación, sin importar cuán minoritaria fuera, estaba protegida (Memorial de Contestación sobre Jurisdicción, §§ 189-198).

201. Los Demandantes señalan, además, que Argentina se basa fundamentalmente en la legislación de los Estados Unidos y en el Tratado de Libre Comercio celebrado entre Chile y los Estados Unidos de América para sostener que lo que en realidad plantean son reclamaciones “derivadas” encubiertas como reclamaciones “directas”. Ello no es así, según ellos, puesto que según el TBI celebrado entre Argentina y los Estados Unidos, estas reclamaciones son directas y a ellas no se aplican ni la legislación de Argentina ni la de los Estados Unidos. El Tratado establece un patrón independiente frente al cual debe medirse la

³⁷ ICJ Reports 1970, p. 3.

³⁸ *United States Investment Treaties: Policy and Practice*, Deventer, Kluwer, 1992, p. 45-46.

³⁹ “The U.S. Bilateral Investment Treaty Program”, *Stanford Law Review*, Vol. 21, 1985, p. 373, en pp. 404-405.

conducta de Argentina, como lo señaló el Comité de Anulación en el caso *Vivendi* (véase *supra*, § 196). Por consiguiente, para los Demandantes, el Demandado se maneja con una interpretación fundamentalmente errónea con respecto a las reclamaciones de las tres sociedades de los Estados Unidos: estas reclamaciones surgen directamente del TBI y no pueden considerarse como reclamaciones indirectas. En consecuencia, las tres tienen derecho de acción (*jus standi*) ante este Tribunal (Memorial de Contestación sobre Jurisdicción §§ 199-202).

202. El siguiente aspecto abordado por los Demandantes es que el Demandado también cuestiona su condición de inversionistas en virtud del TBI, especialmente alegando que las dos sociedades BP, habiéndose constituido en 2001 y 2002, respectivamente, no podrían haber efectuado sus inversiones en Argentina. Los Demandantes recuerdan la prueba presentada en su Memorial (§§ 124-130) y abordan este aspecto demostrando que: i) reúnen las condiciones de inversionistas, y ii) su inversión está protegida por el TBI.

203. Con respecto a BP America, el testimonio por escrito de D.B. Pinkert revela, según los Demandantes, que esa sociedad fue constituida en el estado de Delaware en 1930 bajo un nombre distinto; cambió de nombre varias veces y, el 31 de diciembre 2001, fue denominada nuevamente “BP American Production Co.”. Esa entidad desarrolla amplias actividades comerciales en los Estados Unidos, y en el exterior a través de subsidiarias. Por lo tanto, es una “sociedad” debidamente constituida y registrada en los Estados Unidos desde 1930. BP Argentina fue constituida originalmente en 1958 como Pan American Argentina Oil Co. Tiene su oficina registrada en el Estado de Delaware y cuenta con una oficina de operaciones en Buenos Aires. Hasta 2002, cuando adquirió su nombre actual, experimentó varios cambios de nombre. PAE también es una “sociedad” en el sentido del TBI, constituida en 1977 de acuerdo con las leyes del Estado de Delaware; está controlada en forma indirecta y directa por las dos sociedades BP (*ibíd.*, §§ 203-211).

204. En su Memorial sobre Jurisdicción (§§ 118-120), el Demandado invoca el Artículo I 2) del TBI, que faculta a cualquiera de las Partes a denegar a cualquier sociedad de la otra Parte los beneficios de ese Tratado si dicha sociedad está controlada por nacionales de un tercer país o por nacionales de esa otra Parte y “si dicha sociedad no tiene actividades comerciales importantes en el territorio de la otra Parte”. Esta disposición no se aplica en este caso, puesto que PAE está controlada directa e indirectamente por dos sociedades de los Estados Unidos —BP Argentina y BP America— que no desarrollan actividades comerciales importantes en los Estados Unidos. Además, señalan los Demandantes, la declaración positiva de denegación

que debe hacer el Estado receptor en virtud del Artículo I 2) del TBI sólo se aplica para el futuro a partir de la fecha en que se formule (Transcripción, p. 60-63; *Plama Consortium, Ltd. c. Bulgaria*, Decisión sobre la Jurisdicción, del 8 de febrero de 2005, §§ 159-165⁴⁰).

205. Contrariamente a lo afirmado por el Demandado, las Sociedades Argentinas —PAE Sur, PAE Fuegoína y PAE Continental— son de propiedad de sociedades de los Estados Unidos y están controladas por éstas y, por ese motivo, pueden plantear reclamaciones en virtud del 25(2)(b) del Convenio del CIADI y del Artículo VII 3) a) i) y 8) del TBI (Memorial de Contestación sobre Jurisdicción, §§ 212-213).

206. Los Demandantes sí reúnen las condiciones de inversionistas; sus reclamaciones se relacionan, no con “flujo de efectivo”, sino con distintas categorías de derechos legales y contractuales protegidos por el TBI, que caen dentro de la jurisdicción del CIADI, en contraposición a lo alegado por el Demandado. Asimismo, también en contraposición con esas alegaciones, las sociedades Demandantes podrían efectuar sus inversiones en Argentina, al haber sido constituidas en 1930, 1958 y 1977, respectivamente (véase *supra*, § 203).

207. BP Argentina ha participado considerable y directamente en actividades de exploración y producción en Argentina. Esta participación fue transferida, en 1997, a la sucursal de PAE. Después de 1997, las inversiones aumentaron considerablemente, sobre todo en el período comprendido entre 1998 y 2001, y se encauzaron a través de tres sucursales de propiedad total, Pan American Sur, Pan American Fuegoína y Pan American Continental. En síntesis, los Demandantes consideran que han presentado pruebas más que suficientes sobre cada una de sus inversiones, todas ellas protegida por el TBI y, por lo tanto, sujetas a la jurisdicción del CIADI.

208. Con respecto al argumento del Demandado en el sentido de que las afirmaciones efectuadas en el Memorial de los Demandantes (§§ 107-108) son falsas, se ha establecido que las garantías del TBI eran un incentivo para invertir; sin embargo, las inversiones se efectuaron en 1991 y 1997, en tanto que el TBI recién entró en vigor en 1994. Primero, contestan los Demandantes, el Tratado ya se había firmado el 14 de noviembre de 1991. Segundo, en el TBI no se hace la distinción entre las inversiones anteriores a la entrada en vigor del Tratado y las efectuadas con posterioridad, estando ambas protegidas. Es más, la

⁴⁰ Caso CIADI No. ARB/03/24, *ILM*, Vol. 44, 2005, p. 721.

base en el TBI suscripto fue la única razón de la realización de las inversiones, como lo demuestra la declaración testimonial del Sr. Spies.

(b) Las Consideraciones del Tribunal

209. El presente Tribunal señala que los argumentos del Demandado sobre el derecho de acción (*jus standi*) corresponden, según los Demandantes, al fondo del asunto y, por lo tanto, deberían rechazarse en esta etapa del procedimiento. Sin embargo, los Demandantes también presentaron argumentos minuciosos para demostrar que la Sexta Excepción Preliminar carece de fundamento. De hecho, existe, de acuerdo con el derecho internacional general, algunas dudas al respecto. En el caso *Barcelona Traction Light and Power Co. Ltd.*⁴¹, la excepción preliminar de España acerca del derecho de acción (*jus standi*) de los accionistas belgas se unió al fondo del asunto (Fallo, p. 44-45), si bien el Tribunal admitió que “la objeción evidentemente tiene algunos aspectos que son de carácter preliminar, o abarca elementos que hasta el momento por lo general se han considerado de esa naturaleza” (el texto precedente corresponde a la versión en español del traductor del texto original en inglés) (*ibíd.*, p. 45); algunos llegaron incluso a pensar que pertenecía en su totalidad al fondo del asunto⁴². Sin embargo, parecería que en la copiosa jurisprudencia del CIADI —más precisamente en los precedentes citados por los Demandantes— se consideró que, en principio, la cuestión debía analizarse al abordar el tema de la jurisdicción, que es lo que también hará este Tribunal. En consecuencia, el Tribunal rechaza la presentación de los Demandantes, hecha en su Memorial de Contestación sobre Jurisdicción (§§ 163-164), de que la excepción de derecho de acción (*jus standi*) no debería abordarse durante la presente etapa de este arbitraje.

210. Los Demandantes establecieron su condición de inversionistas de acuerdo con el TBI y su legitimación procesal para presentar una reclamación (*Maffezini y Siemens*, véase *supra*, §§ 198 y 48) en el Anexo B (concesiones para la producción, permisos de exploración y contratos de producción), el Anexo C (contratos y permisos de exportación de gas), el Anexo F (contratos de suministro de petróleo crudo) y el Anexo G (contratos de compraventa de gas natural) de su Memorial sobre el Fondo.

⁴¹ Nueva solicitud: 1962, *Bélgica c. España*, Fallo del 24 de junio de 1964 (ICJ Reports 1964, p. 6)

⁴² Opinión disidente del juez Morelli, *ibíd.*, p. 85, en pp. 110-114.

211. Los Demandantes también han demostrado que PAE y BP son sociedades de los Estados Unidos constituidas en 1930, 1958 y 1977, respectivamente, y que controlan, directa o indirectamente, a las Sociedades Argentinas. Por este motivo, pueden, *ratione temporis*, considerarse como inversionistas, tanto más cuanto que el TBI abarca las inversiones existentes en el momento de su entrada en vigor (1994), así como también las efectuadas posteriormente (Artículo XIV 1)).

212. Además, la expansión de las inversiones producida entre 1991 y 1997 fue, por lo menos en parte, motivada por la perspectiva de la entrada en vigor del Tratado. Por lo tanto, los Demandantes han demostrado que son inversionistas de acuerdo con el TBI, ya sea como accionistas (sociedades de los Estados Unidos) o titulares de contratos, concesiones y permisos (Sociedades Argentinas). Siendo ello así, parecerían tener derecho de acción (*jus standi*) ante este Tribunal.

213. Con respecto al derecho de acción (*jus standi*) de las Sociedades Argentinas (PAE Sur, PAE Fuegoína y PAE Continental)⁴³, ellas son de propiedad de sociedades de los Estados Unidos y controladas por éstas y, por ese motivo, también pueden presentar reclamaciones en virtud del Artículo 25 (2) (b) del Convenio del CIADI y el Artículo VII 3) a) i) y 8) del TBI.

214. El Tribunal quisiera agregar las siguientes observaciones con respecto a la objeción, planteada por el Demandado, al derecho de acción (*jus standi*) de los accionistas extranjeros en el presente caso. Este problema tiene un pasado largo e incierto en la práctica internacional. De acuerdo con esa práctica, los Estados originarios de los accionistas extranjeros con reclamaciones directas (por ejemplo, con respecto al pago de dividendos) evidentemente tenían derecho de acción (*jus standi*) independientemente de la cantidad o el valor de las acciones mantenidas. Con respecto a los derechos indirectos, la situación era más compleja. Por lo general, se pensaba que, en tanto el Estado de nacionalidad de la sociedad pudiera reclamar a nivel internacional, el Estado de la nacionalidad de los accionistas no podía, o, para ser más precisos, podía hacerlo si los derechos indirectos de los accionistas se habían convertido en derechos directos como resultado de la liquidación de la sociedad.

⁴³ El Tribunal también incluye a la sucursal de PAE, aunque puede decirse con igual razón que debe identificarse con la sociedad PAE de los Estados Unidos.

215. Se daba, sin embargo, la tendencia a permitir una excepción en situaciones, como la presente, en que la sociedad misma era “nacional” del Estado demandado: en dichos casos se consideraba conveniente la posibilidad de proteger a los accionistas extranjeros, por lo menos si las tenencias de acciones revestían cierta importancia (véase, por ejemplo, el caso *El Triunfo* decidido por una comisión *ad hoc* de arbitraje⁴⁴), puesto que de otro modo no habría protección alguna.

216. En cambio, en el caso *Barcelona Traction*, la situación era triangular: la sociedad era canadiense, la mayoría de los accionistas eran belgas y el Estado receptor era España. Se consideró que el Estado de la “nacionalidad” de los accionistas no tenía derecho de acción (*jus standi*) sobre la base de una excepción preliminar planteada por España y que se sumó al fondo del asunto. Este fue el alcance de la Decisión de la CIJ en el caso *Barcelona Traction*; el Tribunal no abordó la situación de los accionistas extranjeros en sociedades nacionales, como sucedió en el caso *El Triunfo* y en el presente caso (Fallo, § 92). De hecho, esta hipótesis se dejó abierta, aunque muchos consideraron que el fallo del Tribunal desestimaba, a nivel del derecho internacional general, las reclamaciones efectuadas en nombre de las participaciones indirectas de los accionistas extranjeros.

217. Sin embargo, el presente caso no se sitúa a nivel del derecho internacional general, sino a nivel del derecho de los tratados —el TBI y el Convenio del CIADI— y los Demandantes han establecido que el Tratado aplicable se desvía del caso *Barcelona Traction*, permitiendo, *inter alia*, reclamaciones basadas en participaciones accionarias directas o indirectas de nacionales de uno de los Estados Contratantes en sociedades de otro Estado Contratante. Al parecer, según lo observado, los TBI celebrados por los Estados Unidos se concibieron como desvíos de la regla establecida en el caso *Barcelona Traction* (véase *supra*, § 200).

218. Por lo tanto, no cabe duda acerca de esta cuestión, y un número impresionante de decisiones sobre la jurisdicción de los tribunales del CIADI confirma esta conclusión. Que se pueda decir, como lo sugirió el Tribunal del CIADI en el caso *CMS* (véase *supra*, § 57), que “el hecho es que la *lex specialis* en este aspecto prevalece de tal forma que puede considerarse ahora la regla general” (Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción, § 48) es una cuestión que el Tribunal dejará abierta. Otra cuestión que puede permanecer abierta —

⁴⁴ *Estados Unidos c. El Salvador*, Laudo del 8 de mayo de 1902, Informes de Laudos Arbitrales Internacionales de las Naciones Unidas, Vol. X, p. 467.

porque no tiene por qué surgir aquí— es si los TBI protegen a las participaciones accionarias o sólo a las participaciones accionarias de alguna importancia; al parecer existe una tendencia generalizada por parte de los tribunales del CIADI a permitir la protección de cualquier participación accionaria extranjera (véase, por ejemplo, *LG&E, supra*, § 77, Decisión, en § 63).

219. La situación a encararse aquí es similar a la abordada por el Comité de Anulación en el caso *Vivendi* (véase *supra*, § 196). En *Vivendi*, la reclamación había sido formulada tanto por la sociedad extranjera, Compagnie Générale des Eaux (CGE) como por la sociedad local controlada por ella, Compañía de Aguas del Aconquija (CAA). El Comité no veía problema alguno en ello porque CGE podría haber planteado su reclamación en razón de su participación accionaria en CAA, que era en sí misma una inversión protegida por el TBI, en tanto que CAA, una sociedad de control extranjero, había sufrido una usurpación de sus derechos contractuales, que era la causa principal de acción. Sin embargo, el Comité reconoció el derecho de acción (*jus standi*) de CGE a presentar reclamaciones relativas a actos perjudiciales tanto para sus participaciones accionarias como para los derechos contractuales de la sociedad de la que era accionista. Es evidente, desde luego, que los daños y perjuicios sólo podrán reclamarse una vez, pero esta es una cuestión que debe considerarse en la etapa de análisis del fondo del asunto. El peligro de la doble recuperación por parte de los Demandantes, y, a la inversa, de violación del principio de la cosa juzgada para el Demandado puede ser algo bastante real. En verdad, en el presente caso, tal vez haya una triple recuperación/violación del principio de la cosa juzgada. El Tribunal espera que las partes aborden esta cuestión durante la etapa de análisis del fondo del asunto.

220. Otra cuestión planteada por el Demandado en su Memorial sobre Jurisdicción (§§ 135-139) en relación con las reclamaciones de los accionistas extranjeros es que estos últimos, al recuperar su inversión, lo hacen en perjuicio de otros acreedores, empleados y accionistas nacionales o extranjeros. Esto puede ser verdad, aunque no faculta a este Tribunal a desviarse del rumbo trazado por las Partes Contratantes TBI, que sin duda alguna protege a las participaciones accionarias.

221. Con respecto a la invocación que hace Argentina de la cláusula de “denegación de beneficios” del Artículo I 2) del TBI respecto de PAE —esa entidad, aunque es una sociedad de los Estados Unidos, no tendría contactos comerciales sustanciales con los Estados Unidos y es controlada por nacionales de un tercer país—, los Demandantes han demostrado convincentemente que, de hecho, PAE está controlada por BP America y BP Argentina,

ambas sociedades de los Estados Unidos y que tienen contactos comerciales sustanciales en los Estados Unidos.

222. Teniendo en cuenta las consideraciones precedentes, el Tribunal también rechaza la Sexta Excepción Preliminar.

9. Solicitud de Pruebas Adicionales Formulada por el Demandado

223. En su Memorial sobre Jurisdicción (§ 147), el Demandado se queja acerca de la falta de pruebas suficientes con respecto a la propiedad de las tres sociedades de los Estados Unidos, de las inversiones realizadas en Argentina y de los daños y perjuicios, aspectos todos ellos que se abordaron sólo en declaraciones testimoniales. Según los Demandantes (Memorial de Contestación sobre Jurisdicción, §§ 228-229), ellos presentaron el testimonio y la documentación societaria necesarios para brindar la información requerida en las solicitudes de arbitraje y en el Memorial sobre el Fondo; también brindaron pruebas complementarias y ofrecieron presentar pruebas adicionales si así lo solicitara el Tribunal.

224. En su Memorial sobre Jurisdicción (§§ 146-152), el Gobierno señala primero que no están fundamentadas la propiedad de las sociedades de los Estados Unidos ni las pérdidas supuestamente sufridas, salvo en declaraciones testimoniales. Según Argentina, esta omisión no puede subsanarse ahora, “pues importaría la violación de importantes reglas procesales” (§ 147). Sin embargo, el Demandado no desarrolla este argumento. Argentina solicita al Tribunal que ordene a los Demandantes: i) proceder al examen del Sr. Richard Spies en torno al momento en que se realizaron las inversiones —entre 1991 y 2001 según el Memorial de los Demandantes— y acerca de la incongruencia de esta afirmación con su propia declaración según la cual las sociedades involucradas (PAE, BP Argentina, BP America, PAE Sur, PAE Continental y PAE Fueguina) no se constituyeron sino entre 1997 y 2002; ii) presentar estados financieros en los que se muestren sus pérdidas desde el inicio de sus actividades hasta la fecha; iii) ordenar a Serial de la Torre-Capitación, Selección y Desarrollo, que presenten y den traslado al Demandado de todas las solicitudes de selección y contratación de personal de todos los Demandantes entre enero de 2002 y octubre de 2004, y que informen a este Tribunal y al abogado de Argentina cuáles fueron las instrucciones impartidas por los Demandantes para prometer “interesantes posibilidades de desarrollo en el marco de excelentes condiciones de trabajo”, y iv) presenten y notifiquen al Demandado información sobre “el personal contratado, las condiciones de trabajo ofrecidas y la remuneración acordada, durante el mismo período”.

225. Los Demandantes se oponen a estos pedidos, calificándolos de “objeciones a los méritos del reclamo (...) finamente disfrazados”. Según los Demandantes, “esta confusa alquimia de cuestiones de mérito y cuestiones jurisdiccionales” practicada por Argentina los ha forzado a responder en extenso a los argumentos basados en el fondo del asunto formulados por Argentina. Supuestamente, esta técnica tiene por objeto acosar a los Demandantes, distraer al Tribunal de las cuestiones entre manos y demorar la discusión acerca del fondo del asunto (Memorial de Contestación sobre Jurisdicción, §§ 231-232). Asimismo, la solicitud de Argentina no se ajusta a las Reglas de Arbitraje del CIADI (Regla 33). Es posiblemente tardía, no es precisa, no indica “los asuntos sobre los cuales versará dicha prueba” y no es “necesaria”. Estos argumentos se abordan en extenso en el Memorial de Contestación sobre Jurisdicción (§§ 234-238) de los Demandantes, y terminan con la conclusión de que la solicitud de Argentina es abusiva, tiene por fin acosar a los Demandantes y está destinada a demorar por meses la decisión sobre la jurisdicción y la discusión del fondo del asunto (*ibíd.*, § 239), y que, por lo tanto, debería rechazarse.

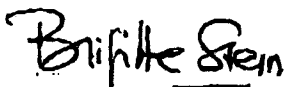
226. A juicio del Tribunal, los Demandantes han demostrado suficientemente la propiedad e identidad societarias a los fines de las excepciones preliminares. En cuanto a lo demás, los elementos mencionados en la solicitud adicional de pruebas formulada por Argentina no son necesarios para decidir sobre la jurisdicción. Ellos se refieren más bien al fondo del asunto. En consecuencia, el Tribunal no decidirá acerca de la Solicitud del Demandado en esta etapa del procedimiento, salvo en lo que respecta a la propiedad e identidad societarias.

DECISIÓN

1. Por las razones arriba expresadas, el Tribunal Arbitral decide:
 - 1) RECHAZAR todas las excepciones preliminares planteadas por el Demandado;
 - 2) DECLARAR que la presente diferencia está comprendida en la jurisdicción del CIADI y en la competencia del Tribunal;
 - 4) DETERMINAR que los Demandantes han demostrado la propiedad e identidad societarias a los fines de las excepciones preliminares, y RECHAZAR la solicitud adicional de pruebas formulada por el Demandado en esta etapa del procedimiento en todos los demás aspectos;
 - 5) DETERMINAR que los pasos siguientes del arbitraje serán decididos por el Tribunal después de consultar a las partes;
 - 6) RESERVAR todas las cuestiones (incluidos los costos) no resueltas en la presente Decisión para una etapa posterior del procedimiento.



Lucius Caflisch
Presidente del Tribunal



Brigitte Stern
Árbitro



Albert Jan van den Berg
Árbitro