

**CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS
RELATIVAS A INVERSIONES
WASHINGTON, D.C.**

DECISIÓN SOBRE COMPETENCIA

CASO CIADI No. ARB/03/15

**El Paso Energy International Company
Demandante**

c.

**la República Argentina
Demandado**

ante el Tribunal de Arbitraje integrado por:

Prof. Lucius Caflisch (Presidente)

Prof. Brigitte Stern (Árbitro)

Prof. Piero Bernardini (Árbitro)

Secretaria del Tribunal

Gabriela Álvarez Ávila

Washington, D.C., 27 de abril de 2006

ÍNDICE

I. HISTORIA PROCESAL	3
II. PRESENTACIÓN GENERAL DEL CASO	5
1. Los antecedentes del caso: La crisis económica y financiera de la Argentina.....	5
2. La Posición del Demandante	6
3. Las excepciones de la República Argentina a la competencia	13
III. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL	14
1. Observaciones generales	14
a. <i>Textos pertinentes</i>	14
b. <i>Ámbito del examen</i>	15
2. Primera cuestión: ¿Es la diferencia de naturaleza “jurídica”?.....	17
3. Segunda cuestión: ¿La controversia surge directamente de una inversión?	33
4. Tercera cuestión: ¿El presente reclamo debe ser limitado en lo que respecta a las medidas tributarias?	36
5. Cuarta cuestión: ¿El Demandante posee un interés legítimo que lo faculte para formular una reclamación ante el Centro? La cuestión del <i>jus standi</i>	42
IV. DECISIÓN	48

I. HISTORIA PROCESAL

1. El 6 de junio de 2003, El Paso Energy International Company, empresa constituida en el estado de Delaware de los Estados Unidos de América (en adelante denominada “El Paso” o “el Demandante”), presentó una Solicitud de arbitraje 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 “el Centro” o “CIADI”). El Demandante alega que Argentina ha violado el Tratado entre la República Argentina y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones de 1991 (en adelante denominado “el TBI”; los tratados bilaterales de inversión en general se denominarán “TBI”), otras normas del derecho internacional, las concesiones y contratos sobre hidrocarburos, así como la Constitución Argentina.

2. El Secretario General Interino del Centro registró la Solicitud de arbitraje del Demandante el 12 de junio de 2003. Las partes convinieron que el Tribunal estaría constituido por tres árbitros, uno designado por cada una de las partes y el tercero, que presidiría el Tribunal, designado por el Presidente del Consejo Administrativo del Centro. En consecuencia, el Demandante designó al profesor Piero Bernardini (italiano) como árbitro, en tanto que el Demandado designó a la profesora Brigitte Stern (francesa) como árbitro. El Presidente, 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 el Tribunal e iniciado el procedimiento. En la misma fecha, de conformidad 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 principal del CIADI, actuaría como Secretaria del Tribunal de Arbitraje.

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

4. La primera sesión de este caso se celebró el 21 de abril de 2004 en Ginebra, Suiza. El Demandante estuvo representado en esa sesión por los Sres. R. Doak Bishop y José A. Martínez de Hoz (Hijo), en tanto que 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 en dicha sesión.

5. En la sesión, las partes estuvieron de acuerdo en que el Tribunal se había constituido debidamente y en que no tenían ninguna objeción respecto de ninguno de sus miembros, y se observó que el procedimiento se realizaría conforme a las Reglas de Arbitraje del CIADI en vigor desde el 1 de enero de 2003 (en adelante denominadas “las Reglas de Arbitraje”). Con respecto al número, secuencia y plazo de los escritos que presentarían las partes, el Tribunal anunció, después de consultar con las partes, que el Demandante presentaría su Memorial dentro de los 90 días posteriores a la fecha de la primera sesión, y que el Demandado presentaría su Memorial de Contestación dentro de los 90 días posteriores a la recepción del Memorial; la Réplica del Demandante se presentaría dentro de los 45 días posteriores a la recepción del Memorial de Contestación, y la Dúplica del Demandado, dentro de

los 45 días posteriores a la recepción de la Réplica. Se convino además que el Demandado tenía derecho a plantear cualquier objeción que tuviere a la competencia dentro de un máximo de 45 días posteriores a la recepción a la recepción del Memorial presentado por el Demandante. Si el Demandado planteara dichas objeciones, el Demandante tendría derecho a presentar un Memorial de Contestación sobre la competencia dentro de los 45 días de recibido el Memorial sobre la competencia presentado por el Demandado. El Tribunal decidiría en una etapa posterior, después de consultar con las partes, si sería necesario una segunda ronda de escritos sobre la competencia.

6. El Demandante presentó su Memorial sobre el fondo de la cuestión el 20 de agosto de 2004. El Demandado presentó su Memorial sobre la competencia el 19 de octubre de 2004 y el Demandante, su Memorial de Contestación sobre la competencia el 13 de diciembre de 2004. Después de haber analizado las opiniones de las partes, el Tribunal decidió el 3 de febrero de 2005 que no sería necesario una segunda ronda de escritos sobre la competencia y fijó la fecha de las audiencias sobre la competencia para el 7 de abril de 2005. El 25 de febrero de 2005, el Tribunal postergó la fecha de la audiencia sobre la competencia para el 8 de abril de 2005.

7. La audiencia sobre la competencia tuvo lugar en París (Francia) el 8 de abril de 2005. El Demandante estuvo representado por los Sres. R. Doak Bishop, José Alfredo Martínez de Hoz (Hijo), Tomasz J. Sikora y Craig S. Miles, y por las Sras. Valeria Macchia y Anjolie Singh. El Sr. Jorge Barraguirre, la Sra. Gisela Makowski y la Sra. Cintia Yaryura, de la Procuración del Tesoro de la Nación, representaron al Demandado.

8. En la audiencia, a solicitud del Demandado, el Sr. Ed Sereno prestó testimonio. El Demandante presentó brevemente al testigo; y posteriormente se procedió con el interrogatorio del testigo por el Demandado y las repreguntas del Demandante. El Tribunal después planteó algunas preguntas al testigo. Se hicieron transcripciones de la audiencia en inglés y español, las que fueron distribuidas al Tribunal y a las Partes.

9. Durante la audiencia sobre la competencia, el Tribunal solicitó documentos a ambas partes. Mediante carta del 14 de abril de 2005, el Demandante respondió a una solicitud con respecto a la venta de sus acciones de Compañías Asociadas Petroleras S.A., CAPEX S.A. y Servicios El Paso S.R.L. El 6 de mayo de 2005, el Demandado solicitó al Tribunal algunos documentos relativos a la estructura financiera de Transportadora Gas del Norte y Metrogas, así como respecto de los impuestos aplicados al sector del gas. En la carta que acompañaba la solicitud, el Demandado solicitó que la producción por parte de la Demandante de los documentos relativos a su inversión y venta de sus acciones de las mencionadas empresas. El 10 de junio de 2005, el Demandante formuló objeciones a esa solicitud. El Demandado respondió a las objeciones planteadas por el Demandante mediante carta de fecha 27 de junio de 2005. El Tribunal, mediante Resolución Procesal No. 1 de fecha 28 de julio de 2005, decidió que:

“la información en poder del Tribunal [era] suficiente para decidir acerca de las cuestiones jurisdiccionales planteadas por el Demandado y que, si el procedimiento [siguiera] hasta analizarse el fondo de la diferencia, el Demandado [podría] reiterar la solicitud mencionada de presentación de documentos”.

II. PRESENTACIÓN GENERAL DEL CASO

1. Los antecedentes del caso: La crisis económica y financiera de la Argentina

10. La situación económica y financiera mundial en la que tiene lugar el presente caso ha sido debidamente descrita por el Tribunal del CIADI en la Decisión sobre Preguntas Preliminares sobre Jurisdicción de fecha 17 de junio de 2005 dictada en el caso *Gas Natural SDG, S.A. c. la República Argentina* (Caso del CIADI No. ARB/03/10, <http://ita.law.uvic.ca/documents/GasNatural-Decisionsobrepreguntaspreliminaressobrejurisdiccion.pdf>), de la siguiente manera (§§ 11-15):

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

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

13. El 2 de diciembre de 2001 el Presidente Fernando de la Rúa emitió un decreto que prohibía las transferencias de divisas al exterior que superaran determinado monto nominal. En los días siguientes el Gobierno limitó los retiros de efectivo de los bancos, se desató una huelga general, se produjeron disturbios, y el Presidente de la Rúa declaró el estado de sitio. El 20 de diciembre de 2001 el Presidente de la Rúa renunció. El 23 de diciembre de 2001, su sucesor, Adolfo Rodríguez Saá, declaró a la Argentina en cesación de pagos de su deuda pública, estimada en 132.000 millones de dólares estadounidenses. El Presidente Rodríguez Saá renunció una semana después y (prescindiendo de un breve interinato), la Presidencia fue asumida el 1 de enero de 2002 por Eduardo Duhalde. El Presidente Duhalde ocupó el cargo hasta la elección de mayo de 2003, y muchas de las medidas a las que se refiere el presente arbitraje fueron adoptadas durante su administración.

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

15. El 2 de febrero de 2002, el Gobierno ordenó a todos los bancos la entrega al Banco Central de todos sus depósitos en dólares estadounidenses. Se confirmó una vez más la prohibición de las transferencias de divisas al exterior sin autorización del Banco Central, y no se estableció la duración de la medida ni se hizo saber si llegaría a autorizarse alguna transferencia”.

2. La Posición del Demandante

11. El Paso es una empresa constituida de acuerdo con las leyes del estado de Delaware (Estados Unidos). Es propietaria indirecta del 99,92% de las acciones controlantes de Servicios El Paso S.R.L. (“Servicios”) y de participaciones indirectas no controlantes en Compañías Asociadas Petroleras S.A. (“CAPSA”), CAPEX S.A. (“CAPEX”), Central Costanera S.A. (“Costanera”) y Gasoducto del Pacífico S.A. (“Pacífico”). En adelante, CAPSA, CAPEX, Costanera y Pacífico, todas ellas constituidas conforme a las leyes de Argentina, se denominarán colectivamente “Compañías argentinas”. El Paso es propietaria del 45% de CAPSA, y esta última tiene la propiedad del 60% de CAPEX (véase la representación gráfica de la estructura del grupo El Paso en la Solicitud de arbitraje, Prueba Documental 8).

12. CAPSA se dedica a la exploración, explotación y producción de petróleo y, a través de CAPEX, a la generación de electricidad. Se dedica fundamentalmente a actividades de generación de energía eléctrica y, accesoriamente, a la exploración, explotación y producción de petróleo crudo y de gas, así como también a la comercialización de propano, butano y gasolina. Según el Demandante, varias medidas adoptadas por el Gobierno a partir de diciembre de 2001 constituyeron una violación de los compromisos fundamentales por los cuales se indujo a El Paso y a otros inversionistas extranjeros a invertir en Argentina, y se reemplazaron esos compromisos por condiciones que han demostrado tener efectos devastadores para el Demandante y que han resultado equivalentes a una expropiación de la inversión realizada por éste. Según el nuevo plan, CAPEX ya no podía funcionar en forma independiente; el valor de la inversión de El Paso en esta última y en CAPSA se tornó esencialmente nulo; además, las nuevas condiciones también han afectado adversamente a Servicios, Costanera y Pacífico. En virtud del Tratado entre Argentina y los Estados Unidos sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, celebrado el 14 de noviembre de 1991 y que entró en vigor el 20 de octubre de 1994 (*Ibid.*, Prueba Documental 1), las medidas adoptadas por el Gobierno equivalen, según el Demandante, a una expropiación.

13. A partir de 1997, El Paso hizo importantes inversiones en efectivo en el capital social de CAPSA, adquiriendo de esa manera la propiedad del 45% de esta empresa. CAPSA a su vez es propietaria de alrededor del 60% de CAPEX. Esta última empresa tiene una concesión para la producción de hidrocarburos (“la concesión de CAPEX”) en dos yacimientos (“El Salitral” y “Agua del Cajón”) y es propietaria de una central de energía termoeléctrica en el último yacimiento mencionado, en la provincia de Neuquén. CAPEX produce energía termoeléctrica a bajo costo gracias a que es propietaria tanto de pozos de gas natural como de medios modernos de producción.

14. Servicios, una subsidiaria del Demandante, fue constituida en Argentina en marzo de 1998. A fines de 1999, celebró un contrato con una sucursal argentina de una institución financiera extranjera conforme al cual arrendó una planta procesadora de gas en el yacimiento Agua del Cajón. En virtud de un acuerdo de procesamiento de gas de 10 años de duración con CAPEX celebrado del 23 de noviembre de 1999 (el “Acuerdo de procesamiento de gas”), Servicios procesó gas natural producido en los yacimientos de CAPEX convirtiéndolo en subproductos líquidos de petróleo que luego fueron vendidos.

15. En abril de 1997, El Paso adquirió, a través de KLT Power, Inc. —una empresa estadounidense de su propiedad absoluta—, la propiedad indirecta de aproximadamente el 12% de las acciones de Costanera, empresa de generación y de venta de electricidad en Argentina; de acuerdo con el Demandante, actualmente Costanera es la empresa de generación térmica de electricidad más grande de Argentina. Su planta comprende dos modernas unidades de ciclo ubicadas en la ciudad de Buenos Aires.

16. En enero de 1998, El Paso también adquirió una participación indirecta y no controlante en Pacífico, una empresa propietaria y explotadora de un gasoducto de gas natural que une a Argentina con la ciudad chilena de Concepción. El Paso es propietaria indirecta de aproximadamente el 13,4% de las acciones preferenciales de Pacífico y del 11,8% de sus acciones ordinarias.

17. En síntesis, El Paso es accionista indirecto y no controlante de CAPSA, CAPEX, Costanera y Pacífico, y accionista indirecto y controlante de Servicios (*Ibid.*, §§ 2-8 y 17-23).

18. Corresponde exponer a continuación el marco reglamentario vigente en Argentina cuando El Paso efectuó su inversión, comenzando con la situación previa a 1990. Antes de 1990, los servicios argentinos de electricidad estaban predominantemente en manos del sector público. El Gobierno Federal era propietario de los servicios de producción, transmisión y distribución. Además, algunas de las provincias explotaban sus propias empresas de electricidad. De acuerdo con el Demandante, estos servicios se caracterizaban por la ineficiencia en la administración y la falta de inversiones de capital, lo que se traducía en deterioro de las instalaciones, deficiencias del servicio, tarifas elevadas y crisis financieras recurrentes. La misma situación predominaba en los sectores de gas y petróleo. El sector privado desempeñaba un papel secundario en virtud de contratos celebrados con las empresas estatales de gas y petróleo. El Gobierno trató de hacer frente a la recesión de 1989 con varios planes que abarcaban varios sistemas de control cambiario, pero esa estrategia no dio resultado. Después recurrió a la estrategia de incentivar la inversión, y promovió reformas monetarias y estructurales a fin de estabilizar la economía y alentar a los inversionistas extranjeros privados a invertir en Argentina, para lo cual prometió leyes y reglamentaciones estables y el “respeto de las expectativas razonables de los inversionistas” (*Ibid.*, §§ 24-27).

19. En agosto de 1989, mediante las Leyes Nos. 23.696 y 23.697 (la “Ley de Reforma del Estado” y la “Ley de emergencia económica”), se dispuso la desregulación de la economía y la privatización de empresas del Estado, se otorgó al Gobierno la facultad de reorganizar las empresas estatales y se postuló la privatización de algunos activos y de la mayoría de las empresas del Estado. Las siguientes medidas, dispuestas en 1991 mediante la Ley No. 23.928 y el Decreto Reglamentario No. 529/91 (en conjunto denominados “Ley de Convertibilidad”), estaban destinadas a controlar la inflación y reestructurar la economía. En la Ley de Convertibilidad se fijó la paridad de la moneda nacional a un peso por dólar de los Estados Unidos, razón por la cual se exigió al Banco Central vender dólares a cambio de pesos a esa tasa, y se dispuso que no podría haber ningún aumento de la masa monetaria nacional si no se aumentaban las tenencias de moneda extranjera en el Banco. En consecuencia, la inflación disminuyó y la economía creció en el período comprendido entre 1991 y 1997. En 1993, el Congreso argentino sancionó legislación

por la que se abolió el período de espera de tres años para poder repatriar el capital extranjero y se permitió a los inversionistas extranjeros proceder en cualquier momento a la repatriación, así como organizarse y hacer uso del crédito interno en igualdad de condiciones con los inversionistas nacionales. Por último, en un esfuerzo más por atraer inversionistas extranjeros, Argentina celebró varios tratados bilaterales de inversión, incluido uno con los Estados Unidos. En estos instrumentos se aseguró a los inversionistas extranjeros que en todo momento se otorgaría a sus inversiones un tratamiento “justo y equitativo” y acorde con el derecho internacional; y en ellos se dispuso que los inversionistas extranjeros no serían objeto de expropiación, de hecho o de derecho, sin mediar una indemnización pronta, suficiente y efectiva. Lo aquí expuesto era el marco general en el que se encuadraron las inversiones de El Paso (*Ibid.*, §§ 28-31).

20. Ahora resultará conveniente presentar el marco reglamentario de la energía, que está integrado por el marco reglamentario de la electricidad y el marco reglamentario del gas y el petróleo, y evaluar su impacto.

21. El marco regulatorio en el campo de la electricidad, integrado por la Ley No. 24.065 (“la Ley de electricidad”), el Decreto No. 1398/92 (“el Decreto de electricidad”) y reglamentaciones conexas, tenía por objeto atraer la inversión extranjera directa al sector de la electricidad, y trataba por separado la producción, transmisión y distribución de energía eléctrica. Tenía como fin lograr tarifas más bajas, mejor servicio y una administración más eficiente, así como también generar competencia al atraer inversionistas, especialmente del exterior. En virtud de este marco, las *compañías de distribución* privatizadas compitieron por contratos de concesión a largo plazo bajo la supervisión reglamentaria federal y provincial. Estos contratos, junto con el marco reglamentario de la electricidad, aseguraban que las tarifas para los usuarios finales: i) reflejaran los costos razonables de distribución fijados en dólares, los que se revisarían cada cinco años (excepto en el caso de la ciudad de Buenos Aires, donde el primer período duraría 10 años) y, entretanto, se ajustarían cada dos años de acuerdo con el índice de precios al productor de los Estados Unidos, y ii) transfirieran el precio de compra fijado trimestralmente en el mercado mayorista de la energía (MME), independientemente de si el distribuidor hubiera comprado o no energía directamente de las empresas generadoras. En lo que se refiere a las *empresas generadoras*, como CAPEX y Costanera, ellas podrían vender la energía eléctrica que produjeran en el mercado al contado y, conforme a acuerdos bilaterales, en el mercado a plazo. La reglamentación correspondiente al MME se promulgó en 1991. Conforme a las reglamentaciones del mercado al contado, las empresas generadoras declararían sus costos variables de producción en dólares cada dos años, hasta un máximo de 115% del pertinente precio índice. La Compañía Administradora del Mercado Mayorista Eléctrico S.A. (“CAMMESA”) elaboraría una lista de productores en orden ascendente de acuerdo con sus costos variables de producción declarados hasta que la oferta enumerada de esa manera llegara a cubrir el consumo estimado. Las empresas productoras comprendidas en la lista serían entonces despachadas, por horas, para satisfacer la demanda efectiva. El precio, que era uniforme, se estableció sobre la base del costo del generador despachado de costo más elevado. Las empresas generadoras comprendidas en la lista de despacho recibirían además un “pago por capacidad” destinado a cubrir los costos fijos de las empresas generadoras no incluidos en los costos variables declarados de la energía, como los costos de las inversiones de capital denominados en dólares. Este

sistema alentó a los productores a funcionar con eficiencia máxima, puesto que se despachaban primero a los más eficientes y, en consecuencia, obtenían el margen más grande (la diferencia entre el precio al contado y su propio —bajo— costo), además de los pagos por capacidad que recibían. Estando CAPEX entre las empresas generadoras de costo más bajo, los pagos por capacidad que se le efectuaban ascendían, anualmente, a alrededor de US\$31,5 millones. Además de hacer uso del sistema de precios del mercado al contado, las empresas generadoras podían negociar libremente contratos de venta con los distribuidores, agentes de mercadotecnia, otras empresas generadoras o usuarios de gran escala a precios y en condiciones convenidas mutuamente. En cualquier momento dado, entre el 10% y el 30% de la producción de CAPEX se vendía en virtud de dichos contratos.

22. En 1989, el Gobierno, mediante varias disposiciones normativas, procuró ampliar la inversión extranjera desregulando la actividad del gas y el petróleo. Estas disposiciones normativas permitieron a los titulares de concesiones para la producción generar y vender hidrocarburos sin restricciones, tanto en Argentina como en el exterior. De hecho, en la Ley de Hidrocarburos No. 17.319, los Decretos de desregularización de la actividad del petróleo y la Ley No. 12.161 (“Marco Regulatorio del gas y el petróleo”) — conforme a los cuales se otorgaron las concesiones a CAPEX y CAPSA — se disponía: i) que los productores de hidrocarburos podrían exportar petróleo crudo sin necesidad de consentimiento previo del Gobierno; ii) que las exportaciones estaban exentas de los aranceles, derechos o retenciones vigentes o futuros, y iii) que se desregulaban los precios de modo que los productores quedaran en libertad de negociar los términos de la venta de hidrocarburos en el mercado abierto.

23. Los dos sistemas descritos en los dos párrafos precedentes, que constituyen el marco reglamentario de la energía, resultaron exitosos. En el decenio de 1990, se efectuaron inversiones por más de US\$34.000 millones en el sector de la energía, US\$22.000 millones de los cuales se destinaron a la actividad del gas y el petróleo y US\$12.000 millones, a la de la energía eléctrica. Los montos obtenidos en préstamo por CAPEX en el mercado internacional respaldaron una inversión de US\$711 millones y los obtenidos por CAPSA, una de US\$568 millones. Los fondos se utilizaron en la compra de equipo, la adquisición de servicios de ingeniería y construcción, el financiamiento de las actividades de exploración y producción, y en la creación de instalaciones de transporte y almacenamiento. Entre 1989 y 1999 se produjeron cambios trascendentales, que se expusieron en detalle en la Solicitud de Arbitraje (§§ 41-45), los que abarcaron el aumento de la producción de energía eléctrica, gas y petróleo, el incremento de las reservas comprobadas de gas y petróleo, un aumento considerable de las exportaciones de energía, y la ampliación del sistema de transmisión de gas natural, incluida la construcción de infraestructura adicional en respaldo de las exportaciones de gas natural de Argentina. El marco reglamentario de la energía siguió vigente por más de una década antes de que el Gobierno empezara a quitar derechos y salvaguardias fundamentales a los inversionistas en el sector de la energía (*Ibid.*, §§ 32-45).

24. De acuerdo con el Demandante, esta privación de derechos y de salvaguardias tuvo como consecuencia la violación de los derechos legales y contractuales de El Paso y las Compañías Argentinas, así como del derecho internacional, incluido el TBI, acabando prácticamente, con sus inversiones en CAPSA y CAPEX. Declarada

oficialmente la cesación de pagos de la deuda externa en diciembre de 2001, Argentina promulgó el Decreto No. 1570/2001 (“el Decreto de restricciones para las transferencias al exterior”), por el que se restringieron el retiro de los depósitos bancarios y en moneda extranjera y las transferencias al exterior, y los exportadores se vieron obligados a repatriar los fondos provenientes de sus ventas en el exterior para ingresarlos en el sistema financiero argentino. El 6 de enero de 2002, el Gobierno publicó la Ley No. 25.561, por la que: se revocó el tipo de cambio de un dólar por peso que se había fijado en 1991 en la Ley de Convertibilidad; se convirtieron a pesos algunas obligaciones de pago en moneda extranjera; se autorizó al Presidente de Argentina a renegociar algunos contratos públicos; se congelaron todos los precios de la electricidad y mecanismos conexos de indexación; se convirtieron todos los precios y tarifas en pesos a un tipo de cambio de un dólar por peso, y se prohibió a las empresas de distribución suspender el cumplimiento de sus obligaciones a pesar de la revisión unilateral, por parte del Gobierno, de sus contratos públicos. Además, el Gobierno cambió los mecanismos de fijación de precios al contado, lo que afectó a las empresas generadoras, CAPEX y Costanera (*Ibid.*, §§ 47-49).

25. El 4 de febrero de 2002, el Gobierno adoptó otras cuatro medidas reglamentarias, a saber: el “Decreto de la pesificación” No. 214/2002 (modificado dos veces en el mismo año por los Decretos No. 320/2002 y No. 410/2002), que transformó todas las obligaciones en moneda extranjera incluidas las obligaciones contractuales en dólares, pendientes al 6 de enero de ese año, en obligaciones en pesos y, por lo tanto, ocasionó pérdidas considerables a CAPEX y Costanera; el Decreto No. 310/2002, por el que se fijó un nuevo derecho de exportación de 20% para el petróleo crudo y otro de 5% para los productos refinados, lo que ocasionó a CAPSA una pérdida importante en ingresos de exportación; el Decreto No. 867/2002, por el que se facultó a la Secretaría de Energía a determinar los volúmenes de la producción de petróleo crudo y gas licuado de petróleo que deberían ser dedicados al abastecimiento del mercado interno, con lo que se anularon las seguridades de libre exportación establecidas en los Decretos No. 1589/1989 y No. 1212/1989; si bien las restricciones se levantaron más adelante, subsiste aún la facultad otorgada a la Secretaría de Energía unilateralmente para determinar restricciones a la exportación, al igual que la incertidumbre vinculada con ella, y el Decreto No. 1090/2002, de fecha 25 de junio de 2002, que excluye de la renegociación de las concesiones a las empresas que entablaran acciones contra el Gobierno en razón de las nuevas medidas legislativas (congelamiento y “pesificación” de las tarifas). El Decreto de la pesificación mencionado antes fue además aplicado por CAMMESA de una manera que impuso una carga adicional a los productores cuyos costos fijos estaban en gran medida denominados en dólares, incluidos CAPEX y Costanera. El precio de referencia del combustible (que determina el costo máximo permitido para determinar el precio al contado) se convirtió a la tasa de un dólar por peso, lo que impuso un precio máximo de un nivel arbitrariamente bajo para la venta en el mercado al contado (*Ibid.*, §§ 50-54).

26. Según el Demandante, las medidas adoptadas por el Gobierno afectaron adversamente los derechos de los productores de electricidad, a saber: i) el derecho a que se fijaran los precios del mercado al contado a una tasa uniforme basada en el costo marginal de producción; ii) el derecho a que se calcularan en dólares los precios al contado, y iii) el derecho a recibir los pagos por los suministros de energía al contado de acuerdo con condiciones preestablecidas. Con respecto a los dos últimos

puntos, CAPEX y Costanera se vieron privadas de sus utilidades debido al tope artificial establecido para el precio de la energía eléctrica en el mercado al contado; también se vieron privadas de la oportunidad de recibir pagos por capacidad suficientes como para atender el servicio de las deudas relacionadas con sus inversiones debido a que el Gobierno “pesificó” esos pagos, medida que resultó en una reducción de dos terceras partes. Por lo tanto, el Demandante, después de haber comprometido recursos considerables para adquirir y explotar los activos, fue objeto de varias medidas imprevisibles adoptadas por el Gobierno que eran inconsistentes con el marco jurídico en el que se había basado (*Ibid.*, §§ 55-61).

27. Además, CAPEX había celebrado contratos a plazo con terceros denominados en dólares para la venta de subproductos de gas licuado de petróleo y energía. Asimismo, el Gobierno, pese a que los derechos contractuales de CAPEX protegidos por la Constitución argentina fueron de esa manera violados, restringió la posibilidad de que las empresas generadoras pudieran hacer uso de las cláusulas de terminación anticipada previstas en esos contratos. El Decreto de la pesificación también resultó en la pesificación de las operaciones y los contratos de mantenimiento previamente denominados en dólares celebrados entre CAPEX y el operador de la planta, Steag-Capime; esta última canceló los contratos, lo que desencadenó varios reclamos y contrareclamos aún pendientes.

28. Estos cambios, y el hecho de que el Gobierno no adoptara medidas preventivas o de mitigación frente al impacto de la Ley No. 25.561 en las inversiones de CAPEX y Costanera, han ocasionado perjuicios importantes a estas empresas y afectado la posibilidad de los inversionistas de obtener una reducción tributaria respecto de sus inversiones en dólares para llegar al nivel previo a la sanción de la Ley. Además, no se hizo nada para permitir que los inversionistas en el sector de la energía eléctrica minimizaran las pérdidas sufridas en virtud de la Ley No. 25.561 en sus declaraciones fiscales. Por el contrario, el Gobierno impuso mayores restricciones a las deducciones que los inversionistas podían reclamar debido a las pérdidas sufridas en virtud de la Ley No. 25.561 (*Ibid.*, §§ 62-65).

29. De acuerdo con el marco regulador del gas y el petróleo aplicable a CAPSA, los inversionistas en el sector de hidrocarburos se beneficiarían con: i) el derecho de exportar petróleo crudo sin necesidad de consentimiento previo del Gobierno; ii) la exoneración de aranceles, derechos o retenciones vigentes o futuros; iii) la desregulación de los precios del petróleo crudo, lo que permitía a los productores negociar libremente el precio de los hidrocarburos en el mercado abierto; iv) la garantía constitucional concedida a los acuerdos negociados, incluidos los de CAPSA y CAPEX, para la venta de hidrocarburos líquidos. En contraposición a estas reglas, el Gobierno adoptó medidas unilaterales que: i) violaban la exoneración de retenciones y derechos a la exportación aplicables a las exportaciones de hidrocarburos; ii) modificaban las condiciones previamente establecidas para cada envío internacional de hidrocarburos líquidos en lo que se refiere al gas licuado de petróleo y al combustible diésel, las anulaban respecto del petróleo crudo, y fijaban cuotas a la exportación, y iii) en virtud de la pesificación, daban por terminados los acuerdos de compraventa denominados en dólares (*Ibid.*, §§ 66-70).

30. El Demandante resume el impacto de las medidas del Gobierno en las inversiones de El Paso y las Compañías Argentinas en tres puntos, a saber: i) CAPEX ya no cuenta con los recursos para funcionar lucrativamente y satisfacer sus

obligaciones financieras y contractuales; adeuda más de US\$275 millones y se ha visto forzada a incurrir en el cese de pago de sus deudas externas; ii) CAPSA ha perdido a CAPEX, su principal activo, que ya no es viable desde el punto de vista comercial; los actos de expropiación del Gobierno han hecho que CAPSA incumpliera el pago de sus deudas por valor de US\$120 millones, y iii) las actividades de Costanera se han visto adversamente afectadas por la pesificación de los pagos por capacidad, los precios del mercado al contado y los contratos a plazo, y por el hecho de que los precios del mercado al contado ya no se fijan a una tasa uniforme basada en el costo económico de complementar la demanda de unidades incrementales de electricidad. La actividad de Servicios también se ha visto afectada por el hecho de que parte considerable de su deuda financiera la tenía con un banco extranjero no sujeto a la pesificación obligatoria, deuda en la que había incurrido al arrendar la planta de procesamiento de gas en el yacimiento Agua del Cajón. Además, Servicios se vio afectada por el Decreto de la pesificación puesto que, en virtud de dicha norma, se pesificaron las operaciones denominadas en dólares y el contrato de mantenimiento celebrado entre CAPEX y el administrador de la planta, contrato que fue cancelado por este último después de la pesificación. Finalmente, los ingresos de Pacífico han disminuido, y se ha inhibido su capacidad para utilizar libremente sus ingresos provenientes fundamentalmente de ventas de exportación, debido a la repatriación y pesificación forzadas y a la necesidad de contar con autorización previa para volver a transferir al exterior los ingresos de exportación (*Ibid.*, §§ 71-74).

31. Las medidas del Gobierno han impedido al Demandante y a las Compañías Argentinas ejercer los derechos emergentes de sus inversiones. Estos derechos comprenden los basados en las condiciones definidas en el marco reglamentario de la energía y en el derecho contractual y constitucional. Según el Demandante, las medidas del Gobierno han violado estas categorías de normas, al igual que las disposiciones del TBI, especialmente las garantías contenidas en los Artículos II (2) (a) a (c), IV, V y XII.

32. El Demandante aduce que las medidas en cuestión violaron las disposiciones del Artículo II (2) (a) del TBI, que exige al Estado receptor otorgar a los inversionistas del otro Estado un trato justo y equitativo, protección y seguridad plenas, y un trato no menos favorable que el exigido por el derecho internacional. Además, también fueron arbitrarias y discriminatorias, en el sentido de que afectaron adversamente la administración de las inversiones de las Compañías Argentinas y El Paso, infringiendo de esa manera el Artículo II (2) (b) del TBI. Asimismo, estaban en contradicción con las disposiciones de los Artículos II (2) (c) y XII, que exigen al Estado receptor cumplir con todas las obligaciones asumidas con respecto a las inversiones, incluidas las relativas a cuestiones tributarias. Las medidas adoptadas eran, asimismo, equivalentes a una expropiación de la inversión de El Paso y de su participación en las Compañías Argentinas, así como de las actividades de estas últimas, sin que se hubiera asegurado una indemnización pronta, suficiente y efectiva, en contraposición con lo dispuesto en el Artículo IV. Además, según el Demandante, eran contrarias a la garantía de libre transferencia contenida en el Artículo V. Teniendo en cuenta que el TBI fue aprobado por una ley del Congreso argentino en cumplimiento de lo dispuesto en la Constitución de Argentina y que, por ende, forma parte de la legislación nacional del Demandado, las medidas adoptadas en violación del TBI también son contrarias a la Constitución de Argentina (*Ibid.*, §§ 75-83).

33. En conclusión, el Demandante solicitó al Tribunal la siguiente reparación:

“La conclusión y declaración de que la República Argentina ha violado el TBI, el derecho internacional y la legislación argentina;

La conclusión y declaración de que las medidas y omisiones gubernamentales en cuestión son ilegales, arbitrarias, discriminatorias, injustas e inequitativas; que constituyen una expropiación sin la debida indemnización pronta, suficiente y efectiva; que violan la obligación de permitir la libre transferencia de fondos sin demora, y que constituyen un incumplimiento de las obligaciones asumidas frente a la inversión.

Se otorgue una indemnización de daños y perjuicios al Demandante para resarcir todos los daños y perjuicios ocasionados a sus inversiones, por un monto a determinarse, incluidos los daños que siguen ocasionándose, más intereses compuestos a partir de la fecha del incumplimiento hasta el pago efectivo a la tasa que determine el Tribunal Arbitral, y

Se resarza al Demandante de todo los costos de este procedimiento, incluidos los honorarios de sus abogados”.

Solicitud de arbitraje (§ 104).

3. Las excepciones de la República Argentina a la competencia

34. Las objeciones a la competencia presentadas por el Demandado han cambiado en su presentación. En el índice del Memorial sobre Jurisdicción, se presentaron las siguientes objeciones:

“A) La diferencia sometida al Tribunal no cumple con los requisitos establecidos por el Artículo 25(1) del Convenio del CIADI para habilitar la jurisdicción del CIADI y la competencia del Tribunal;

B) Inexistencia de una disputa de naturaleza jurídica;

C) El Demandante no tiene interés legítimo por el que reclamar ante el CIADI;

D) El Reclamo debe limitarse respecto de las medidas tributarias”.

(Memorial sobre Jurisdicción, p. 1).

Posteriormente, al presentar las bases de las objeciones, Argentina objeta a la jurisdicción del CIADI y a la competencia del Tribunal por los siguientes motivos:

“A) La diferencia sometida al Tribunal no cumple con los requisitos establecidos por el Artículo 25(1) del Convenio del CIADI para habilitar la jurisdicción del CIADI y la competencia del Tribunal;

B) La diferencia sometida al Tribunal no constituye una “controversia en materia de inversión” con arreglo a lo dispuesto en el Artículo VII.1 del TBI, pues no se ha demostrado, siquiera *prima facie*, una violación a dicho instrumento;

C) La Demandante no tiene Interés Legítimo por el que reclamar ante el CIADI;

D) El Reclamo debe limitarse respecto de las medidas tributarias”.

(Memorial sobre Jurisdicción, § 12).

El Tribunal abordará las diferentes objeciones en el orden que le parezca apropiado.

III. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

1. Observaciones generales

a. Textos pertinentes

35 El Centro sólo puede tener jurisdicción si existe mutuo consentimiento. Ha quedado ahora establecido sin lugar a dudas que la referencia general al arbitraje del CIADI en un TBI puede considerarse como el consentimiento prestado por escrito por el Estado, según se requiere en el Artículo 25 para dar jurisdicción al Centro, y que la presentación de una solicitud por el inversionista se considera como el consentimiento prestado por este último.

36. El Convenio del 18 de marzo de 1965 sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (en adelante denominado “Convenio de Washington” o “Convenio del CIADI”) entró en vigor para los Estados Unidos el 14 de octubre de 1966; Argentina se convirtió en Parte en el mismo el 18 de noviembre de 1994. El TBI entró en vigor entre ambos Estados el 20 de octubre de 1994. En su Artículo VII (4) 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...”.

Además, conforme al párrafo 3 i) del mismo artículo, el “nacional o sociedad” involucrado, es decir, el Demandante, puede cumplir con dicho requisito optando por:

“expresar por escrito su voluntad de someter la controversia al arbitraje obligatorio: i) del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias de Controversias Relativas a Inversiones...”.

Argentina ha prestado su consentimiento al convertirse en Parte en el TBI cuando este último entró en vigor el 20 de octubre de 1994 (Artículo VII (4)). El 23 de agosto de 2002, El Paso entregó al Gobierno una carta por la cual le notificaba la diferencia y su intención de solucionar la cuestión mediante consultas y negociaciones conforme a lo dispuesto en el Artículo VII (2) del TBI, y le informaba que El Paso buscaría un arbitraje internacional si las consultas y negociaciones fueran infructuosas. El período de seis meses previsto por el Artículo VII (3) concluyó el 23 de febrero de 2003 (no

de 2002, como se indicó en la Solicitud de Arbitraje, § 91). El 5 de junio de 2003, El Paso notificó por escrito al Poder Ejecutivo de Argentina, al Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto y al Procurador del Tesoro de la Nación, así como también al Secretario General del CIADI, su aceptación de la jurisdicción del CIADI en la presente diferencia, lo que volvió a hacer en su Solicitud de Arbitraje del 6 de junio de 2003 (§ 102). De conformidad con lo dispuesto en la Regla 2 (3) de las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje del CIADI, la última fecha mencionada se considera la “fecha del otorgamiento del consentimiento”. Asimismo, se tomará nota de que El Paso no ha sometido la diferencia a los tribunales de Argentina ni a los tribunales administrativos ni a ninguno de los procedimientos de arreglo previamente acordados, lo que, de acuerdo con el Demandante, significa que se ha cumplido con los requisitos del Artículo VII (3) (a) del TBI (*Ibid.*, §§ 84-91, 98-99, 101-103).

b. Ámbito del examen

(i) Iniciación del procedimiento

37. El TIB entró en vigor el 20 de octubre de 1994 (véase *supra*, § 36) y, en consecuencia, Argentina aceptó el arbitraje del CIADI en esa misma fecha. El Demandante lo hizo mediante cartas de fecha 5 y 6 de junio de 2003 enviadas al Gobierno y al Secretario General del CIADI. Este último registró la Solicitud de Arbitraje el 12 de junio de 2003. Por lo tanto, la iniciación del procedimiento tuvo lugar el 12 de junio de 2003, fecha que por lo tanto es la pertinente para que se tenga por instituido el procedimiento (Regla de Iniciación 6 (2)).

ii) Consultas y negociaciones previas

38. 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 involucrado podrán elegir someter la controversia para su solución”, *inter alia*, al arbitraje CIADI. Este texto podría, en verdad, plantear un problema de interpretación: a fin de recurrir al arbitraje, ¿es obligatorio haber celebrado consultas y negociaciones? 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. Sin embargo, en la segunda oración parece considerarse a las consultas y negociaciones como una condición para someter un caso, opinión compartida por el Demandado. La cuestión es intrascendente en nuestro caso, ya que el Demandante en efecto ha tratado de celebrar consultas y negociaciones, como lo demuestran los hechos relatados antes (§ 36).

iii) Importancia de la jurisprudencia desarrollada en el CIADI y otros tribunales

39. Los tribunales arbitrales del CIADI se establecen *ad hoc*, para cada caso, en el marco del Convenio de Washington. El presente Tribunal no tiene conocimiento de la existencia de ninguna disposición, ya sea en dicho Convenio o en el TBI, por la que se establezca la obligación de *stare decisis*, sin embargo, es razonable suponer que los tribunales de arbitraje internacionales, sobre todo los creados dentro del sistema del

CIADI, en general tendrán en cuenta los precedentes establecidos por otros órganos arbitrales y en especial por otros tribunales internacionales. El presente Tribunal seguirá la misma línea, sobre todo teniendo en cuenta que ambas partes, en sus alegatos escritos y orales, se han basado de forma importante en los precedentes.

iv) ¿Qué cuestiones se consideran de naturaleza jurisdiccional?

40. En esta etapa del presente procedimiento, se plantean muchas consideraciones respecto de cuáles cuestiones son de carácter jurisdiccional y cuáles deben abordarse en la etapa de análisis del fondo de la cuestión. Por lo tanto, dicha pregunta merece consideración.

41. En sus presentaciones y alegatos, el Demandado ha hecho un planteamiento extenso sobre qué corresponde a la esfera jurisdiccional. En cambio, el Demandante ha presentado planteamientos restrictivos, aduciendo con frecuencia que tal o cual objeción a la jurisdicción, formulada por Argentina, en realidad se vinculaba con el fondo de la cuestión.

42. En el caso de las *Plataformas de Petróleo (Irán c. Los Estados Unidos)*, jurisdicción, sentencia del 12 de diciembre de 1996 (*ICJ Reports* 1996, p. 803, § 16), 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”.

En otras palabras, lo que se trata es determinar si las cuestiones que deben considerarse encuadran dentro de los parámetros de la jurisdicción, según se la define en el tratado habilitante. No se trata de analizar si las alegaciones del Demandante se basan debidamente en el fondo de la cuestión.

43. Ya en la decisión sobre la jurisdicción de fecha 25 de septiembre de 1983 en el caso *Amco c. Indonesia* (Caso del CIADI No. ARB 81/1, *ICSID Reports*, Vol. 1, p. 389, p. 405), el Tribunal de Arbitraje del CIADI a cargo del caso sostuvo que

“[el] Tribunal en esta etapa no debe procurar analizar minuciosamente el reclamo en sí, sino que debe contentarse con que, *prima facie*, el reclamo, 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”. (El énfasis es nuestro).

En este caso también, lo fundamental de la decisión del Tribunal es que, en esencia, lo que trata no es determinar si el reclamo está debidamente fundado en el fondo de la cuestión, sino determinar si, como está planteado, encuadra en el marco jurisdiccional previsto en el tratado o tratados pertinentes.

44. La cuestión abordada aquí también se ha planteado en un caso reciente que involucró al Demandado. En la Decisión sobre la Jurisdicción dictada el 3 de agosto de 2004 en el caso *Siemens AG c. Argentina* (Caso del CIADI No. ARB/02/8, *ILM*, Vol. 44, 2005, p. 137), el Tribunal afirmó (§ 180):

“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 la Demandante son correctas, tiene jurisdicción para considerarlas*”. (El énfasis es nuestro).

45. Esto significa que, en la medida en que no sean frívolos o abusivos, los reclamos formulados en el presente caso deben ser tomados como tales por el Tribunal, cuya tarea en la etapa jurisdiccional del procedimiento consiste sólo en determinar si esos reclamos, tal como se han formulado, encuadran en el marco jurisdiccional previsto en el Tratado o instrumentos pertinentes. Ello es así por cuanto en esta primera etapa, los tribunales se ocupan de la naturaleza de los reclamos o argumentos y no de establecer si están debidamente fundados. Si fuera de otro modo, las cuestiones jurisdiccionales deberían abordarse al mismo tiempo que las cuestiones de fondo del caso, o incluso posteriormente. En consecuencia, la cuestión que debe abordarse aquí es si las alegaciones del Demandante, en caso de ser ciertas — lo cual se examinará en la etapa del análisis del fondo de la cuestión —, indican violaciones del TBI y, por lo tanto, encuadran en la competencia de este Tribunal en virtud del Artículo 25 del Convenio del CIADI. Esta es la perspectiva con que deben considerarse las objeciones planteadas por la República Argentina. No queda a la libertad del Tribunal, contrario a lo señalado por el abogado del Demandado (Transcripción de la audiencia del 8 de abril de 2005, p. 39),

“declare condicionalmente su jurisdicción expresando con particular énfasis que la jurisdicción se declara para el caso que el Demandante pruebe -durante la fase de méritos- los hechos que demuestren definitivamente la jurisdicción y competencia del Tribunal.”

La Regla 41 de las Reglas de Arbitraje del CIADI no prevé decidir la jurisdicción “condicional” del Centro. Todo lo que el Tribunal podría hacer, en virtud del párrafo 4 de esa Regla, es decidir las objeciones preliminares del Demandado junto con el fondo de la diferencia. Sin embargo, no existe ninguna razón convincente para proceder a dicha decisión conjunta.

46. El Tribunal abordará la parte sustantiva de estas objeciones al examinar los siguientes cuatro puntos: i) Es la diferencia de naturaleza “jurídica”? ii) “surge [ésta] directamente de una inversión”? iii) Se limita el reclamo a las medidas tributarias? y iv) Existe interés legal legítimo alguno que justifique la presentación de un reclamo ante el CIADI?

2. Primera cuestión: ¿Es la diferencia de naturaleza “jurídica”?

47. De hecho, esta objeción preliminar, que en realidad es la primera planteada por el Demandado, presenta 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: primero, la diferencia no se refiere a la determinación de derechos y obligaciones legales; segundo, la diferencia es estrictamente contractual

y comercial, puesto que sólo se refiere a derechos y obligaciones basados en acuerdos y contratos, y sencillamente es una diferencia relativa a los flujos comerciales, y tercero, los reclamos contractuales existentes no se han transformado en reclamos basados en el tratado en virtud de la denominada cláusula paraguas (“umbrella clause”). El Tribunal pasará ahora a analizar estas distintas afirmaciones.

48. La primera cuestión a tratarse es determinar si la diferencia planteada entre el Demandante y el Demandado involucra derechos y obligaciones legales. De acuerdo con el Demandado, a fin de poder encuadrarse dentro de la jurisdicción del CIADI según se la define en el Artículo 25 (1) del Convenio de Washington, la diferencia debe ser de naturaleza “jurídica”: debe referirse a derechos y obligaciones, es decir, títulos legales, y no a “algunas consecuencias no buscadas” (Memorial sobre Jurisdicción, § 39). Al respecto, el Demandado cita una declaración hecha por el Presidente y Consejero Jurídico General del BIRF, según la cual la expresión “diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión” contenida en el Artículo 25 (1) pretende abarcar

“los casos que entrañan diferencias de opinión con respecto a un derecho legal. Esto excluiría casos de que, por ejemplo, una empresa quisiera oponerse a un sistema de control de precios, puesto que esto entraña cuestiones de equidad y no de derechos legales”.

Más adelante, el Presidente agregó que “diferencias de naturaleza jurídica” son las que “se refieren a un derecho u obligación legal, o a un hecho relacionado con la determinación de dicho derecho u obligación” (*Ibid.*, § 40).

Después de esta declaración general sobre la inexistencia de una diferencia de naturaleza jurídica, el Demandado pasa a ser más específico. La República Argentina rechaza, de hecho, todo carácter legal del presente reclamo en virtud del Artículo 25 (1) del Convenio de 1965, y afirma que la diferencia no es de naturaleza jurídica en el sentido que se entiende en el Convenio, puesto que es estrictamente de naturaleza contractual, y, subsidiariamente, que no se trata de una diferencia de naturaleza jurídica puesto que surge sólo de cuestiones comerciales.

49. Para llegar a la conclusión de que proceden la jurisdicción del Centro y la competencia de este Tribunal, debe existir, según el Demandado, una diferencia relativa al sentido y alcance de disposiciones que encuadren dentro de la competencia de este Tribunal. En el presente caso, sin embargo, los desacuerdos se vinculan con la generación de electricidad y con contratos de concesión, exploración y producción de hidrocarburos, permisos de exportación de gas natural y marcos reglamentarios de la electricidad y los hidrocarburos. Para el Demandado, estos desacuerdos no constituyen una “diferencia de naturaleza jurídica” conforme a lo dispuesto en el Artículo 25 (1) del Convenio de Washington, porque todos los reclamos surgen de concesiones y contratos y, por lo tanto, deben someterse al foro acordado, los tribunales nacionales de la República Argentina, como lo convinieron libremente las partes, y no a un tribunal del CIADI. El hecho de que el Demandante haga declaraciones genéricas acerca de incumplimientos por parte del Demandado de sus obligaciones en virtud del TBI no es suficiente para convertir los reclamos en “diferencias de naturaleza jurídica” de acuerdo con lo establecido en el Artículo 25 (1).

50. 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, el Demandante centra las controversias en los flujos comerciales, es decir, en la libertad de desarrollar 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, este instrumento entiende por inversiones protegidas 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 pasó con dichas cosas, sino que pasó con los derechos del inversionista sobre dichas cosas”, es decir, qué les pasó conforme a la protección otorgada por el sistema jurídico aplicable, que comprende al TBI.

51. En consecuencia, el Estado demandado llega a la conclusión de que, suponiendo la existencia de una diferencia en los términos especificados, ésta cae dentro del ámbito de las obligaciones en virtud de los contratos y concesiones mencionados por el Demandante, y que dicha diferencia es estrictamente comercial y, por lo tanto, no entraña violaciones por parte de la República Argentina de los derechos específicamente reconocidos en el TBI (Memorial sobre jurisdicción, §§ 48-62).

52. El Demandado cita dos precedentes que obstan al acceso jurisdiccional a los tribunales del CIADI con reclamos estrictamente contractuales. En el primer caso — *Generation Ukraine c. Ucrania* (Laudo de fecha 16 de septiembre de 2003, Caso CIADI No. ARB/00/9, *ILM*, Vol. 44, 2005, p. 404) — se sostuvo que los reclamos contractuales no podrían encuadrarse en la competencia de los tribunales arbitrales del CIADI aún en caso de que se alegara una expropiación. En el caso en cuestión, el Tribunal llegó a la conclusión de que la acción u omisión gubernamental o la mala administración no pueden considerarse una expropiación, por lo menos cuando no se ha intentado previamente corregir la falla administrativa, es decir, para obtener reparación de los daños sufridos a nivel nacional.

53. En *Waste Management II (Waste Management, Inc. c. México)*, laudo de fecha 30 de abril de 2004 (Caso CIADI No. ARB (AF) 00/3), <http://www.state.gov/documents/organization/34643.pdf>, el Tribunal sostuvo que el incumplimiento de contrato y la expropiación eran dos cosas diferentes: cualquiera puede incurrir en el primero, en tanto que la segunda es de naturaleza intrínsecamente gubernamental. En el primer caso, a menos que el incumplimiento sea resultado de una prerrogativa gubernamental, como un decreto ley, la respuesta será presentar un reclamo a nivel nacional. Sólo una vez hecho ésto, el camino para iniciar una acción a nivel internacional estará abierto.

54. Esto significa, según el Demandado, que el Demandante sólo tiene reclamos contractuales, que no están protegidos por el TBI.

55. El razonamiento seguido por el Demandante no es de manera alguna fácil de describir, puesto que los argumentos relativos a la Segunda Objeción Preliminar

(inexistencia de una diferencia de naturaleza jurídica) y a la Primera Objeción Preliminar (no existe diferencia que surja directamente de una inversión), —para mencionarlas en el orden seguido por el Demandado,— se presentan en forma conjunta. En esta etapa, el Tribunal procurará limitarse a los argumentos relacionados con la Segunda Objeción Preliminar, que ha decidido abordar en primer lugar (véase el párrafo 46).

56. Según el Demandado, afirma el Demandante, los reclamos planteados ante el Tribunal no cumplen con los requisitos establecidos en el Artículo 25 (1) del Convenio del CIADI porque no pueden calificarse como “reclamos de naturaleza jurídica”, al ser derechos contractuales que no configuran una “inversión” en virtud del TBI.

57. Con respecto a la primera parte, general, del argumento del Demandado, el Demandante recuerda 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” (caso de *Timor-Leste, Portugal c. Australia*, Jurisdicción, Sentencia del 30 de junio de 1995, *ICJ Reports* 1995, p. 89, en § 22). [Naturalmente que esto no es del todo cierto, puesto que la definición citada es la de una “diferencia” *tout court* y no la de una diferencia de naturaleza jurídica]. Sin embargo, el Demandante agrega que la diferencia es “de naturaleza jurídica” si “se procura obtener una reparación jurídica como la restitución o una indemnización por daños y perjuicios y si se reclama el ejercicio de derechos legales contemplados, por ejemplo, en tratados o la legislación”. (Ch. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, p. 105) (Memorial de Contestación sobre Jurisdicción, § 28.)

58. Según el Demandante, esto es lo que sucede en este caso, y el hecho de que alguno de los reclamos se refieran a cuestiones contractuales resulta irrelevante. 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 del Demandante, 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 de otras normas de derecho internacional. El caso también se refiere al monto de la reparación debida y, por lo tanto, es a todas luces una diferencia de naturaleza jurídica. Al respecto, el Demandante invoca seis precedentes, en todos los cuales fue parte Argentina, entre los cuales se encuentra *Azurix Corp.*, 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) y *LG&E*, Decisión sobre Jurisdicción de fecha 30 de abril de 2004 (Caso CIADI No. ARB/02/1, <http://www.worldbank.org/icsid/cases/lge-decision-en.pdf>). Como sucedió en estos precedentes, el Demandante ha demostrado suficientemente, en su Memorial, que las medidas adoptadas por el Demandado afectan adversamente sus “derechos legales y contractuales legítimos”. 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 (Memorial de Contestación sobre Jurisdicción, §§ 25-31).

59. Con respecto al argumento del Demandado relativo a los “flujos comerciales” (véase *supra*, § 50), el Demandante contesta que se ha demostrado ampliamente en su Memorial que se realizaron inversiones conforme a las disposiciones del TBI, y que los reclamos formulados son el resultado de medidas adoptadas por Argentina contra esas inversiones, que consisten en participaciones accionarias en las Compañías Argentinas, aportes de capital, derechos legales y contractuales del marco reglamentario de la energía, contratos de concesión, contratos de suministro de petróleo, gas y energía, y otros derechos legales (*Ibid.*, § 20).

60. El Tribunal está de acuerdo con Argentina en que la naturaleza de la diferencia debe determinarse objetivamente y no sólo sobre la base de declaraciones formuladas por una u otra parte. Como lo señaló la CIJ en su Opinión Consultiva de fecha 30 de marzo de 1950 sobre la *Interpretación de los Tratados de Paz (Interpretation of Peace Treaties)* (*ICJ Reports* 1950, p. 65, p. 74), “[la] existencia de una diferencia internacional debe determinarse objetivamente”. [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”].

61. Para este Tribunal, el concepto de “diferencia” por lo general ha sido definido con precisión por la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPIJ) en el caso *Mavrommatis* (Grecia c. Gran Bretaña), Sentencia del 30 de agosto de 1924, CPIJ, Series A, No. 2, en el que la Corte afirmó (p. 11) que “[una] diferencia es un desacuerdo sobre una cuestión de derecho o de hecho, un conflicto de opiniones jurídicas o intereses entre dos personas”. La definición mencionada fue confirmada recientemente por la CIJ en el caso de *Timor-Leste* (véase *supra*, § 57, *ICJ Reports* 1995, p. 89, en § 22). Ésta 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”. A nivel nacional, esto puede consistir en un desacuerdo acerca de derechos contractuales o de otra naturaleza. En lo que se refiere al nivel internacional, puede recordarse, por ejemplo, el Artículo 1 de los Convenios de Arbitraje de Locarno de 1925 celebrados entre Alemania por una parte y, por la otra, Bélgica, Francia, Polonia y Checoslovaquia (*Locarno Arbitration Conventions*) (“diferencias respecto de las cuales las partes mantienen un conflicto en cuanto a sus respectivos derechos”). Lo que importa en este caso es si las pretensiones del Demandante (y los argumentos del Demandado) se han formulado sobre la base de los términos de la ley vigente. La respuesta es, en las palabras de la CIJ (véase *supra*, § 60), una cuestión que “debe determinarse objetivamente”.

62. En opinión de este Tribunal, al parecer es evidente que el Demandante ha formulado sus pretensiones en términos legales y sobre la base de la legislación vigente, y el Demandado ha contestado en términos jurídicos. Según lo expuesto antes (§§ 57-58), lo que importa en esta etapa, a fin de determinar si la diferencia es de “naturaleza jurídica” de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 25 (1) del Convenio del CIADI, es que las partes justifiquen sus reclamos con arreglo a derecho y que procuren obtener una reparación. Otra cuestión, que se decidirá en la etapa del análisis del fondo de la cuestión, es si la sustancia de esos reclamos está bien fundada. Este Tribunal ha llegado a la conclusión de que la presente diferencia es claramente de naturaleza jurídica.

63. El Tribunal pasará ahora a tratar el segundo aspecto del argumento del Demandado, en el sentido de que los reclamos no constituyen una diferencia de naturaleza jurídica, ya que entrañan derechos estrictamente contractuales y comerciales. Es aquí donde surgen varias preguntas relativas a la naturaleza de los derechos supuestamente violados. Para el Demandado, estos derechos son estrictamente contractuales, basados en la legislación nacional, sujetos a la jurisdicción nacional y no están protegidos por el TBI; en consecuencia, las medidas adoptadas por el Demandado estarían dirigidas exclusivamente a los derechos contractuales. En cambio, el Demandante considera dichos derechos como inversiones y, en tal carácter, protegidos por el TBI.

64. Si los derechos invocados existen en verdad, si están protegidos por el derecho internacional y si se han violado efectivamente son cuestiones cuya determinación debe esperar al análisis del fondo de la cuestión. Lo que interesa ahora es si los reclamos, según fueron formulados, encuadran en las categorías de reclamos sobre los que el CIADI tiene jurisdicción en virtud de las disposiciones del TBI y el Convenio de Washington. Por un lado, el Demandante sostiene que las medidas adoptadas por la Argentina afectaron su propiedad directa e indirecta de acciones y derechos legales y contractuales, que justificaron la presentación de un reclamo en virtud del TBI y que los derechos del Demandante se califican como “inversiones” de acuerdo con las disposiciones generales del TBI. Por lo tanto, de existir reclamos contractuales en este caso específico, también están protegidos por el TBI, y en ese sentido las medidas adoptadas podrán equivaler a una expropiación de los derechos del Demandante protegidos por ese instrumento internacional. En el caso *Azurix c. Argentina* (véase *supra*, § 58), el Tribunal sostuvo que la inversión indirecta de la empresa estadounidense en la concesión de suministro de agua potable y desagües cloacales en la Argentina, mantenida a través de una subsidiaria local, fue una “inversión” en el sentido del TBI y que había sido precisamente la intención de las partes contratantes proteger ese tipo de intereses a fin de proteger a la verdadera parte involucrada. En consecuencia, el Tribunal en el caso de *Azurix* llegó a la conclusión de que el contrato de concesión era una “inversión” a los fines del TBI, habida cuenta del significado amplio asignado a ese término en el Tratado, que incluye “todo derecho conferido por ley o contrato” (§§ 64-66). En otras palabras, los derechos del Demandante no pueden rebajarse a simples derechos contractuales, transformando la diferencia en una controversia comercial ajena a la jurisdicción del CIADI.

65. A juicio del Tribunal, no será suficiente afirmar que una diferencia es de naturaleza 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, que se basa en un TBI y no en una cláusula arbitral de un contrato. El Tribunal ha llegado a la conclusión de que, a primera vista, tiene jurisdicción sobre reclamos basados en el Tratado y que no puede conocer de reclamos estrictamente contractuales que no entrañen reclamos por violaciones del TBI.

66. La última cuestión que habrá de examinarse ahora es si la opinión mencionada acerca del segundo aspecto de la Segunda Objeción Preliminar debe corregirse teniendo en cuenta la existencia de una cláusula paraguas (“umbrella clause”) en el Artículo II (2) (c) del TBI.

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

68. 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 a 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 de *Methanex*. Como lo sostuvo el Tribunal de la CNUDMI en su Primer Laudo Parcial sobre Jurisdicción, de fecha 7 de agosto de 2002 (Arbitraje de la CNUDMI, www.state.gov/documents/organization/12613.pdf):

“Los Estados Unidos sostienen que correspondería aplicar la doctrina de la interpretación restrictiva de 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” (§ 103).

El Tribunal no aceptó este enfoque. En cambio, los inversionistas suelen afirmar que, como el fin de un TBI es protegerlos, los 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” (§ 137) y en este caso una interpretación amplia es una interpretación a favor del inversionista, ya que ofrece oportunidades más amplias para presentar un reclamo 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 sobre el derecho de los Tratados), sin asignar al texto ninguna ventaja doctrinaria parcial en perjuicio procesal de un inversionista que procura una reparación por medio de arbitraje” (§ 105).

69. Los tribunales arbitrales algunas veces han aceptado la posición adoptada por *Methanex* y, en general, por los inversionistas, tal como el Tribunal del CIADI en el caso *SGS c. Filipinas*, Decisión sobre Objeciones de la Jurisdicción de fecha 29 de

enero de 2004 (Caso CIADI No. ARB/02/6, <http://www.worldbank.org/icsid/cases/SGSvPhil-final.pdf>), donde 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” (§ 116).

Otros tribunales han rechazado este enfoque, como enfoque general. Cabe mencionar aquí al Tribunal del caso *Noble Ventures Inc. c. Rumania*, que declaró que “no es permisible, como sucede con tanta frecuencia respecto de los TBI, interpretar las cláusulas exclusivamente a favor de los inversionistas” (Laudo del 12 de octubre de 2005, (Caso CIADI No. ARB/01/11 <http://www.investmentclaims.com/decisions/Noble-Ventures-Final-Award.pdf>, § 52; el énfasis figura en el Laudo), aunque se valió de este tipo de interpretación en un caso específico.

70. Este Tribunal considera que hace falta una interpretación equilibrada, que tenga en cuenta tanto la soberanía del Estado como la responsabilidad de éste 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. El Tribunal teniendo esto en cuenta, abordará la controvertida cuestión de la denominada “cláusula paraguas”, que sigue siendo discutible: 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” (*New York Law Journal*, jueves 6 de octubre de 2005). 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, los reclamos 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 reclamos basados 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 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 Estados Unidos - Argentina, en la que se dispone:

“Cada Parte cumplirá los compromisos que hubiera contraído con respecto a las inversiones”.

71. El primer Tribunal que debió enfrentar la interpretación de dicha cláusula acerca de la disponibilidad del arbitraje internacional sobre la base de un TBI en los casos de reclamos estrictamente contractuales fue el Tribunal, presidido por el juez Feliciano, 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 una cuestión jurídica novedosa”. (*SGS. Société Générale de Surveillance S.A. c. República Islámica de Pakistán*, Decisión sobre Jurisdicción, 27 de agosto de 2003, § 164). De hecho, la cláusula paraguas del TBI Suiza - Pakistán era el Artículo 11 del TBI, 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” todo los reclamos contractuales provenientes de un contrato con el Estado, al nivel de los reclamos por incumplimiento de un tratado; en otras palabras, que transforma a todo reclamo contractual en un reclamo basado en un tratado. Los argumentos esgrimidos por el Tribunal son, en opinión de este Tribunal, más que concluyentes y pueden resumirse de la manera indicada a continuación.

72. En primer lugar, el Artículo 11 se refiere a compromisos en general, no sólo a compromisos contractuales. Por lo tanto, si se considera que dicho artículo eleva los reclamos contractuales al nivel de los reclamos basados en los tratados, la consecuencia ineludible de ello es que todos los reclamos basados 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 reclamos basados 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).

73. 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:

“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).

74. 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”. (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”.

75. Como también es bien sabido, este análisis fue muy criticado por otro Tribunal del CIADI, presidido por el Dr. El-Koshi, en un caso parecido, *SGS c. Filipinas*, en su Decisión sobre Jurisdicción, de 2004 (§ 69 *supra*), en el cual tuvo que abordar el tema de una “cláusula paraguas” 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”.

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 sustantivos 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”. (Decisión, § 115; el énfasis es de este Tribunal).

Segundo, después de haber subrayado la diferencia en el lenguaje de las cláusulas paraguas en los casos *SGS c. Pakistán* y *SGS c. Filipinas*, el Tribunal criticó el razonamiento de su predecesor y fundamentalmente hizo hincapié en que, si no elevan los reclamos contractuales a la categoría de reclamos basados en un tratado, la cláusula de estabilidad carece de verdadero alcance amplio.

76. 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” y un mecanismo para la solución de diferencias, y no sería necesario 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, el Tribunal afirmó que, si bien la cláusula paraguas transforma los reclamos contractuales en reclamos basados 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), lo que significa que los “reclamos contractuales y reclamos basados 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 “los reclamos contractuales/reclamos del tratado fueran decididos 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 competencia sobre un reclamo contractual cuando las partes ya han acordado la manera en que se resolverán los reclamos de esa naturaleza, y lo han hecho con exclusividad” (Decisión, §155). En otras palabras, el Tribunal afirma que un reclamo basado en el Tratado no debería analizarse de acuerdo con las normas del Tratado, lo que parece bastante extraño, y que tiene competencia sobre los reclamos contractuales y reclamos basados en el Tratado pero, al mismo tiempo, en realidad no tiene tal competencia, en tanto no se hayan decidido los reclamos contractuales. Esta controversia se ha mantenido vigente desde la época de estas dos decisiones contradictorias.

77. Algunos han adoptado la posición del caso *SGS c. Filipinas* pero no han extraído de él las mismas conclusiones. Así pues, en *Eureka B.V. c. Polonia* (Laudo Parcial del 19 de agosto de 2005), el Tribunal, presidido por el Sr. Fortier, aceptó la idea de que, como consecuencia de la cláusula paraguas 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 podría dar lugar a una obligación del CIADI. Esta decisión, sin embargo, registró el decidido disenso del árbitro Rajski, quien hizo hincapié en que las consecuencias sistémicas de una interpretación amplia de la denominada “cláusula paraguas” 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 del capital extranjero en la privatización de empresas”. (Opinión disidente, § 11).

En el caso *Noble Ventures Inc. c. Rumania* (§ 69 *supra*) el Tribunal, presidido por el profesor Böckstiegel, siguió la misma línea de pensamiento y estableció de manera bastante general que “[una] cláusula paraguas normalmente se considera que transforma a las obligaciones legales municipales en obligaciones directamente justiciables conforme al derecho internacional” (Laudo, § 53). El Tribunal, si bien consideró la cláusula paraguas como una excepción a la “norma bien arraigada de derecho general internacional, 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”, ciertamente 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, en consecuencia la identificación de una disposición como cláusula paraguas sólo puede proceder de una interpretación estricta, sino en verdad restrictiva, de sus términos” (Decisión, § 55). De acuerdo con lo dicho por el Tribunal en el caso *Noble Ventures Inc. c. Rumania*, un incumplimiento de un contrato se “internacionaliza” al ser asimilado a un incumplimiento del TBI mediante la cláusula paraguas (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 no hace diferencia entre 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” fue impulsada 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 ...” (*International Arbitration: Three Salient Problems*, Cambridge, Cambridge University Press, 1987, p. 111).

78. 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 el caso *Salini c. Jordania*, decidido en 2004 (*Salini Costruttori S.p.A. & Italstrade S.p.A. c. el Reino Hachemita de Jordania*, Decisión sobre Jurisdicción del 29 de noviembre de 2004, Caso CIADI No. ARB/02/13, <http://www.worldbank.org/icsid/cases/salini-decision.pdf>), el Tribunal, presidido por el juez Gilbert Guillaume, se pronunció en contra de la “elevación” de los reclamos contractuales a la jerarquía de reclamos basados en el tratado e insistió en la generalidad del lenguaje utilizado en la denominada cláusula paraguas del Artículo 2(4)¹, 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 c. la República Árabe de Egipto*, Laudo del 6 de agosto de 2004, Caso CIADI No. ARB/02/11, <http://www.worldbank.org/icsid/cases/joy-mining-award.pdf>, el Tribunal, presidido por el profesor Orrego Vicuña, observó 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 todos los reclamos contractuales en reclamos basados en el Tratado:

“En este sentido, no podría sostenerse que una cláusula paraguas 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” (§ 81).

79. 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: por ejemplo, en el caso mencionado *Joy Machinery Limited c. la República Árabe de Egipto*, el Tribunal del CIADI manifestó: “Puede efectuarse una distinción básica

¹ “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 arbitrales citados por las Partes (Decisión sobre Jurisdicción, § 126).

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* adoptó el mismo enfoque, donde se manifestó claramente la distinción entre reclamos contractuales y reclamos basados 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 referencia 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 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”. (*Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. y Vivendi Universal* (antes, *Compagnie Générale des Eaux*) c. *República Argentina*, Decisión sobre la Anulación del 3 de julio de 2002, ILM, Vol. 41, 2002, p. 1135, § 96).

80. La opinión según la cual los inversionistas extranjeros deben ser esencialmente protegidos del Estado en su calidad de soberano al tener 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 reclamos basados en un tratado los reclamos 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 con una de sus entidades, según se desprende de lo dispuesto en su Artículo 24 (1) (a).

81. 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 del TBI Argentina - Estados Unidos, en la que se dispone que “[cada] Parte cumplirá los compromisos que hubiera contraído con respecto a las inversiones”, puede interpretarse teniendo en cuenta lo dispuesto en el Artículo VII (1), 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, surgidas 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 del Artículo II del TBI, leída junto con las disposiciones del Artículo VII, no extenderá la protección del Tratado a los incumplimientos de un contrato comercial ordinario celebrado por el Estado o una entidad estatal, aunque sí abarcará protecciones adicionales de la inversión acordadas contractualmente por el Estado en calidad de soberano —como una cláusula de estabilización— incluidas en un acuerdo de inversión.

82. En conclusión, en opinión de este Tribunal, siguiendo los importantes precedentes establecidos por Tribunales presididos por el juez Feliciano, el juez Guillaume y el profesor Orrego Vicuña, una cláusula paraguas no puede transformar cualquier reclamo contractual en un reclamo basado 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 reclamos basados en un tratado. Estas consecuencias de gran alcance derivadas de una interpretación amplia de las denominadas cláusulas paraguas, que anula prácticamente la distinción entre orden jurídico nacional y orden jurídico internacional, han sido bien entendidas y claramente explicadas por el primer Tribunal en abordar la cuestión de la denominada cláusula paraguas en el caso *SGS c. Pakistán*, 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 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:

“Podrían surgir ... problemas si los inversionistas empezaran a valerse de las cláusulas paraguas 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 de este 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 de este 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 paraguas con moderación”. (“Travelling the TBI Route. Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road”, *Journal of World Investment & Trade*, Vol. 5, 2004, p. 255).

Este Tribunal tiene la firme convicción de que los inversionistas no usarán la debida moderación —y no tendrían por qué 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.

83. ¿Cómo se aplica ésto al presente caso? Ambas partes han discutido la denominada cláusula paraguas incluida en el Artículo II (2) (c) del TBI celebrado entre Argentina - Estados Unidos en la que, como se mencionó, se dispone que:

“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:

“la República Argentina sostiene que la mejor interpretación de los reclamos contractuales bajo TBI con cláusulas paraguas la constituye la que hizo el tribunal de *SGS c. Pakistán*, quien sostuvo varias razones por las cuales los reclamos contractuales no pueden llegar a los tribunales arbitrales internacionales”(Memorial sobre Jurisdicción, § 71).

Por otra parte, los Demandantes consideran que:

“[esta] 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 u otras obligaciones en las que hubiera asumido el Estado receptor con respecto a inversiones específicas. Se desprende que un incumplimiento de tales contratos u obligaciones es una violación al Artículo II(2)(c) del TBI entre Estados Unidos y Argentina”.(Memorial de Contestación sobre Jurisdicción, § 83).

84. En opinión del Tribunal, esta cláusula paraguas no extiende su competencia a cualquier reclamo 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 no extiende su competencia a todo reclamo contractual cuando dicho reclamo no se basa en una violación de los niveles de protección del TBI, a saber: 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 ciertas condiciones. Sin embargo, no cabe duda de que si el Estado interviene en los derechos contractuales mediante un acto unilateral, ya sea que estos derechos 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 arbitral con base en el tratado tiene competencia sobre todos los reclamos de los inversionistas extranjeros, incluidos los

reclamos 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 reclamos basados en el Tratado los incumplimientos de un acuerdo de inversión celebrado entre la Argentina y un nacional o una sociedad de los Estados Unidos.

85. En otras palabras, el Tribunal, haciendo suya la interpretación dada primero a la denominada cláusula paraguas en la decisión del caso *SGS c. Pakistán*, confirma lo ya afirmado (§ 65), a saber: que tiene competencia sobre reclamos basados en el tratado y que no puede conocer de reclamos estrictamente contractuales que no entrañen violaciones de los niveles de protección del TBI. Agrega que, habida cuenta de las disposiciones del Artículo VII (1) del TBI Argentina - Estados Unidos, 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 un reclamo basado en el Tratado.

86. El interrogante planteado antes (§ 66), es decir, si la existencia de la denominada cláusula paraguas modifica la conclusión preliminar del Tribunal en el sentido de que no tiene competencia en materia de reclamos estrictamente contractuales, y que sólo puede conocer de reclamos basados en el Tratado, merece una respuesta evidentemente negativa. Es más, el Tribunal sólo tiene competencia sobre los reclamos basados en el Tratado, que incluyen, según la letra del Artículo VII (1), los reclamos basados en la violación de un acuerdo de inversión celebrado por el inversionista extranjero con el Estado, en calidad de soberano.

87. El encuadramiento de los numerosos reclamos del Demandante en dos categorías — reclamos estrictamente contractuales, que son ajenos a la competencia del Tribunal, y reclamos contractuales que representan reclamos basados en el tratado y que están dentro de dicha competencia — naturalmente será decidido con ocasión de abordar el fondo de la cuestión, pero era necesario que el Tribunal evaluara el alcance teórico de su competencia en la etapa jurisdiccional.

88. Por las razones mencionadas, el Tribunal llega a la conclusión de que la diferencia que le fuera sometida es de naturaleza “jurídica” en virtud de lo dispuesto por el Artículo 25 (1) del Convenio del CIADI. En consecuencia, rechaza la Objeción Preliminar del Demandado basada en la inexistencia de un reclamo de naturaleza jurídica.

3. Segunda cuestión: ¿La controversia surge directamente de una inversión?

89. El Demandado sostiene que, contrariamente a lo previsto en el Artículo 25 (1) del Convenio del CIADI, que requiere que la diferencia surja “directamente de una inversión”, siendo este requisito de carácter jurisdiccional, las presentes reclamaciones no cumplen esa condición. Para respaldar esa objeción, Argentina invoca los *travaux préparatoires* del Artículo 25 (1), inicialmente concebidos para las “diferencias surgidas de, o relacionadas con, inversiones” (el énfasis es nuestro), fórmula muy amplia, ulteriormente reducida al texto actual, cuyo evidente propósito consiste en limitar los tipos de diferencias comprendidas en la jurisdicción del CIADI (Memorial sobre Jurisdicción, §§ 13-16).

90. Aún suponiendo que el Demandante hubiera presentado pruebas de su inversión —continúa el Demandado—, ninguna de las reclamaciones que plantea “surge directamente de una inversión”, según lo requiere el Artículo 25 (1) del Convenio del CIADI. Más exactamente, las supuestas infracciones del TBI deben guardar relación “directa”, es decir “específica”, con la inversión. Las medidas universales —dirigidas a todas las personas— no pueden ser consideradas por los tribunales del CIADI, que de lo contrario estarían examinando cuestiones de política pública y no conflictos jurídicos. Incluso en la etapa jurisdiccional, el Demandante debe probar que la causa del perjuicio alegado es de carácter jurídico, y no sólo fáctico.

91. Ciertamente es que, excepcionalmente, las medidas generales pueden justificar la jurisdicción del CIADI, pero sólo cuando “se adoptan en violación de compromisos específicamente adquiridos con el inversionista en los tratados, la legislación o los contratos”, como declaró el tribunal arbitral en su Decisión sobre las Excepciones a la jurisdicción del 17 de julio de 2003, en el caso *CMS Gas Transmission Co. c. Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/8, *ILM*, Vol. 42, 2003, p. 788). “[L]o 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). Según Argentina, una “línea interpretativa clara y razonable” de lo expresado consistiría en que el Demandante tiene la carga de probar los compromisos específicos que se hayan formulado, que se hayan negociado con él y que “hayan consistido en promesas especiales, específicas y exclusivas” a su favor. Ello no ocurre cuando los derechos de que se trata son contractuales y su titular es un demandante que tiene carácter de accionista minoritario extranjero indirecto de compañías locales (Transcripción de audiencias, 8 de abril de 2005, pp. 18, 25). El Demandante tiene también la carga de probar, en esta primera etapa del procedimiento, que Argentina, al adoptar determinadas medidas — 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 -- faltó al cumplimiento de esos compromisos concretos, que había asumido específicamente (Memorial sobre Jurisdicción, §§ 17-25).

92. El Demandado invoca luego el caso *Methanex c. los Estados Unidos* (Primer Laudo Parcial del 7 de agosto de 2002, (*supra*, § 68), en que se analizó una disposición del TLCAN similar a la del Artículo 25 (1) del Convenio de Washington de 1965, 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 compañía y, en especial, si bastaba con que fueran susceptibles de afectar al Demandante. Sobre este último punto, el Tribunal, en su Laudo Parcial, 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 de Argentina (§ 36), “[l]a simple afectación no significa que haya sido directamente afectada”. El Demandante debería haber probado una conexión directa, próxima e inmediata entre la medida y la

inversión aducida [del Demandante] (*Ibid.*, §§ 26-38; véase también Transcripción de audiencias, 8 de abril de 2005, p. 10).

93. En su réplica, el Demandante sostiene, en primer lugar, que efectivamente realizó inversiones en el marco del TBI, consistentes en la adquisición de intereses accionarios en las Compañías Argentinas, realización de contribuciones de capital, en derechos legales y contractuales en virtud del Marco Regulatorio Eléctrico, obtención de concesiones, celebración de acuerdos privados sobre suministro de petróleo, gas y energía, y otros derechos. Todo ello califica como inversiones en el marco del TBI, y las presentes reclamaciones son la consecuencia de las medidas adoptadas por Argentina contra esas inversiones. La presente diferencia es una diferencia sobre “inversiones” bajo el Artículo 25 del Convenio del CIADI (Memorial de Contestación sobre Jurisdicción, § 35).

94. Según el Demandante, Argentina interpreta erróneamente la Decisión del caso *Methanex* (*supra*, § 68), al sostener que esa decisión confirma la proposición de que “una medida de carácter general debe estar dirigida contra compromisos específicos asumidos ante el inversor” y que el Demandante debe probar “una conexión directa, próxima e inmediata entre la medida y su supuesta inversión” (Memorial de Contestación sobre Jurisdicción, § 51). El Demandante señala: i) que la decisión del caso *Methanex* no corresponde a asuntos cubiertos por el TBI, y ii) que en realidad respalda la argumentación del Demandante.

95. El Demandante podría haberse encontrado en una situación similar a la de *Methanex* si hubiera sido, como *Methanex*, un proveedor. Pero en el presente caso las medidas adoptadas por el Demandado estaban directamente orientadas hacia los sectores de la electricidad y el petróleo, incluidas las inversiones del Demandante en las Compañías Argentinas, a diferencia de lo ocurrido en *Methanex*, en que la Orden Ejecutiva de California pertinente ni siquiera mencionaba el “metanol”. Por el contrario, en el caso de que se trata, el Gobierno dictó resoluciones que: i) congelaron los precios de la electricidad; ii) alteraron el mecanismo de fijación de precios al contado; iii) abolieron el concepto de precio al contado *per se* y su aplicación uniforme a todos los generadores en el mercado al contado; iv) redujeron sustancialmente los pagos por capacidad; v) pesificaron los pagos por capacidad a tipos de cambio artificiales y deprimidos; vi) impusieron topes máximos a los precios al contado; vii) impusieron un orden de prelación para el pago de las ventas de energía; viii) impusieron retenciones a la exportación de petróleo para indemnizar a los bancos los perjuicios que habían experimentado en virtud de la pesificación asimétrica aplicada en enero de 2002, y ix) impusieron restricciones a las exportaciones de hidrocarburos.

96. Además, en el caso *Methanex*, Estados Unidos opuso excepciones a la competencia del Tribunal conforme al Artículo 1001 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 demandante (canadiense) trató de probar esa conexión alegando colusión entre grupos de presión del sector 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 solicitó al demandante presentar pruebas adicionales. En el presente caso, según el Demandante,

es evidente que existe una relación entre las inversiones y las medidas objeto de la reclamación: éstas eran medidas 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 del Demandante en las Compañías Argentinas.

97. A juicio de este Tribunal, las medidas generales de política económica adoptadas por un Estado receptor no están comprendidas en la esfera de competencia de los tribunales del CIADI. En ese sentido, y aún admitiendo que el contexto jurídico del presente caso difiere del de *Methanex*, no puede negarse que esas medidas generales con frecuencia no suscitan diferencias “que surja[n] directamente de una inversión” en el sentido del Artículo 25 (1) del Convenio del CIADI. No obstante, bien puede sostenerse que, en el contexto de los compromisos asumidos por el Estado receptor, las medidas “generales” tiene un efecto “específico”, en tanto violen compromisos específicos. La expresión “que surja directamente de una inversión” (Artículo 25 (1) del Convenio del CIADI) no puede interpretarse, por lo tanto, en el sentido de que la diferencia sólo pueda emanar de una medida “dirigida a” la inversión. El adverbio “directamente” no está relacionado con el vínculo entre la medida y la inversión, sino entre la diferencia y la inversión.

98. En el caso *CMS* (*supra*, § 91), invocado por ambas partes, el Tribunal ante el que se planteó el caso se consideró competente

“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).

99. En otros términos, el vínculo requerido entre la medida y la inversión no puede probarse simplemente sosteniendo que las medidas adoptadas son “generales”, o que los compromisos del Estado no son “específicos”. Esas medidas, aunque aparentemente generales, pueden surtir efectos sumamente específicos, por ejemplo la destrucción de una inversión a través de expropiación, como en el caso *GAMI c. México* (arbitraje de la CNUDMI, *ILM*, Vol. 44, 2005, p. 545).

100. Por lo tanto, el Tribunal concluye que la presente diferencia surgió directamente de una inversión, en el sentido del Artículo 25 (1) del Convenio del CIADI y, por lo tanto, rechaza la Objeción Preliminar opuesta por Argentina, basada en el hecho de que la diferencia no surgió directamente de una inversión.

4. Tercera cuestión: ¿El presente reclamo debe ser limitado en lo que respecta a las medidas tributarias?

101. 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”.

102. 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) sea equivalente a 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).

103. A continuación, Argentina señala que el Demandante ha admitido que su reclamación, específicamente en lo que se refiere a los derechos de exportar hidrocarburos, guarda relación con asuntos tributarios y, por lo tanto, rebasa los límites establecidos por el Artículo XII del TBI. Por un lado, la obligación de conceder un trato justo y equitativo, que según el Demandante se violó, se limita a “esforzarse” y, por lo tanto, no es justiciable. Por otro lado, las únicas reclamaciones que puede considerar el Tribunal conforme al párrafo 2 del Artículo XII son las basadas en la expropiación en el marco del Artículo IV del TBI, sobre transferencias correspondientes al Artículo V, o sobre la observancia y el cumplimiento imperativo de los términos de un acuerdo o autorización en materia de inversiones, a los que se hace referencia en el Artículo VII (1) (a) o (b). Todo lo demás escapa a la competencia del Tribunal (Memorial sobre Jurisdicción, §§ 94-102).

104. En su Memorial de Contestación sobre Jurisdicción (§§ 117-135) y en su alegato oral (Transcripción de audiencias, 8 de abril de 2005, pp. 103-107), el Demandante rechaza, en extensas exposiciones, esos argumentos. Comienza por señalar que el Demandado no percibe que la reclamación referente a retenciones a la exportación en realidad se refiere a una expropiación de inversiones realizada por Argentina; al cumplimiento, por parte de ese Estado, de acuerdos y autorizaciones en materia de inversiones (tales como las concesiones), y, en general, al trato injusto y falta de equidad de que ha sido objeto la inversión del Demandante (Memorial de Contestación sobre Jurisdicción, § 119).

105. El Demandante señala luego que la objeción de que se trata es de inadmisibilidad, y como tal no puede ser objeto de escrutinio jurisdiccional en esta etapa del caso. Además, la decisión de Argentina de imponer retenciones a la exportación, por sí misma o en conjunción con otras medidas, puede ser “equivalent[e] a la expropiación” (Artículo IV (1) del TBI). Además, las reclamaciones efectuadas no se limitan a una diferencia vinculada con la materia tributaria (*Ibid.*, §§ 120-121).

106. Según el Demandante, no es exacto que el Artículo XII (1) elimine el requisito de un “trato justo y equitativo”. Contrariamente a lo que sostiene Argentina, el compromiso de esforzarse no constituye una referencia intrascendente. Esta aseveración se ve reforzada por una referencia al caso *Occidental Exploration and Production Co. c. Ecuador*, arbitraje de la CNUDMI, Laudo Final del 1 de julio de 2004 (Caso LCIA No. UN 3467, <http://www.investmentclaims.com/decisions/Occidental-Ecuador-FinalAward-1Jul2004.pdf>), en que el Tribunal declaró, en relación con el Artículo X (1) del TBI Estados Unidos-Ecuador — similar al Artículo XII (1) del TBI Argentina - Estados Unidos, pertinente para el presente caso — que esa disposición

“no está desprovista de significado jurídico. 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).

El Demandante sostiene luego que la obligación consagrada en el Artículo XII es susceptible de aplicación coercitiva, al igual que la de negociar de buena fe, 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 y obligar a CAPSA y a CAPEX a vender su petróleo crudo a compañías refinadoras locales a tarifas inferiores al precio del mercado a través de amenazas como la de aplicar incrementos adicionales a las retenciones a la exportación, denegando así un trato justo y equitativo a las inversiones del Demandante. Además, el trato aplicado al Demandante, a CAPSA y a CAPEX fue discriminatorio, porque las retenciones estaban destinadas a indemnizar las pérdidas experimentadas por el sector bancario en virtud de otras medidas gubernamentales, y porque esos impuestos estaban dirigidos a gravar la operación específica realizada por el Demandante, pese a que el Marco Regulatorio de Hidrocarburos y las concesiones excluían la posibilidad de aplicar cualesquiera “aranceles, derechos o retenciones vigentes o futuros” y pese a la prohibición de gravar con tributos distintos de regalías la producción de hidrocarburos líquidos. Más aún: el requisito “atenuado” del Artículo XII (1) no priva al Demandante de su derecho de incoar una demanda. Esto surge del Artículo XII (2), considerado en conjunto con el 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, esa inversión no ha sido objeto de un trato justo y equitativo, lo que convierte a la interferencia en una expropiación ilícita, 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.*, la formulación de una reclamación sobre expropiación en relación con un asunto tributario “hace aplicables las normas sobre trato del Artículo II, incluidas las referentes a trato justo y equitativo” (véase

también *Enron Corp c. Argentina*, Decisión sobre Jurisdicción del 14 de enero de 2004, Caso CIADI No. ARB/01/3, www.asil.org/ilib/Enron.pdf, § 67) (Memorial de Contestación sobre Jurisdicción, §§ 120-126).

107. Según el Demandante, 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 el Demandante ha demostrado, *prima facie*, la existencia de una reclamación basada en una expropiación. El fundamento de esa reclamación no es una cuestión que deba decidirse en esta etapa preliminar del procedimiento. En consecuencia, debe rechazarse la tesis del Demandado de que conforme al Artículo XII del TBI, la competencia del Tribunal debe limitarse en lo que atañe a los aspectos tributarios de la misma, 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 (*Ibid.*, §§ 127-129).

108. Las concesiones de que se trata cumplen los requisitos necesarios para que se consideren acuerdos o autorizaciones en materia de inversiones conforme al Artículo XII (2) (c) del TBI. En *Occidental Exploration and Production Co.* (*supra*, § 106) se planteó una cuestión tributaria vinculada con el cumplimiento de un acuerdo sobre inversiones. 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 [Artículo XII en el presente caso], sin perjuicio de que también puede afirmarse la competencia por otras razones en lo que respecta al Artículo X” (§ 77).

En consecuencia, aunque en el caso arriba mencionado el demandante relacionó la diferencia con el contrato que había celebrado con Ecuador, el tribunal consideró que se trataba de 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. Además, en el caso *Lanco International, Inc. c. Argentina*, Decisión Preliminar sobre Jurisdicción del 8 de diciembre de 1998 (Caso CIADI No. ARB/97/6, *ILM*, Vol. 40, 2001, p. 457, § 16), el Tribunal señaló que “en la medida en que Lanco es parte del [acuerdo de concesión, este último] puede caracterizarse como un acuerdo sobre inversiones”. Esta conclusión se basó en el hecho de que Lanco no sólo era accionista del titular de la concesión, sino también parte del acuerdo de concesión. En el presente caso, cada una de las concesiones puede caracterizarse como un “acuerdo en materia de inversiones” conforme al Artículo XII (2). Aunque en el TBI pertinente para el presente caso no se define la noción de “acuerdo en materia de inversiones”, se ha incluido desde 1994, en TBI y en acuerdos de libre comercio celebrados por los Estados Unidos, la siguiente definición de ese concepto:

“un acuerdo escrito entre las autoridades nacionales de una Parte y una inversión cubierta de un nacional o una compañía 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 compañía para establecer o adquirir una inversión cubierta”.

El Demandante concluye que la definición que antecede se aplica exactamente a las concesiones, ya que éstas constituyen acuerdos celebrados por CAPSA y CAPEX con el Gobierno receptor; recaen sobre derechos referentes a recursos naturales pertenecientes al Estado receptor, e imponen obligaciones referentes a inversiones a CAPSA y CAPEX, cuyo cumplimiento controla el Gobierno. Por lo tanto, reúnen los requisitos propios de “acuerdo[s] en materia de inversiones” previstos en el Artículo XII (2) (c) del TBI.

109. Confrontado con esas opiniones opuestas, 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. De lo contrario habría que esperar una decisión sobre el fondo del asunto para resolver las cuestiones referentes a la jurisdicción. Puede recordarse, siguiendo al Tribunal que entendió en el caso *Enron Corp* (*supra*, § 106), que las alegaciones del Demandante deben resultar, *prima facie*, suficientes para justificar el ejercicio del derecho de acción; porque si todo dependiera de caracterizaciones efectuadas tan sólo por el Demandante, los límites a la jurisdicción se reducirían 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.

110. Una primera cuestión debatida por las partes a este respecto consiste en saber si el Artículo XII (1) del TBI, referente a la materia tributaria (“cada Parte debería esforzarse por actuar con justicia y equidad en el trato a las inversiones de los nacionales y las sociedades de la otra Parte”) es una norma jurídica; si lo es, pero “atenuada”, o si no es una norma jurídica. La última de esas hipótesis ciertamente deberá descartarse, pese al uso del condicional (“should”, en inglés; “debería”, 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, basándose en la regla *Ut magis valeat quam pereat* (“*effet utile*”). Pero incluso el Demandante parece admitir que la eficacia jurídica del estándar contenido en el Artículo XII quizá no es igual a la atribuida a la regla, de texto similar, del Artículo II (2) (a) del TBI. De qué modo y en qué aspectos carece de esos atributos es algo que el Demandante no explica ni posiblemente pueda explicar. E inclusive la situación embarazosa en que se encontró el Tribunal de la CNUDMI en el caso *Occidental Exploration and Production Co.* ante una situación similar, surge claramente del pasaje antes mencionado (§ 106): por un lado, se sostiene 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 [aquí: Artículo XII] son menos imperiosos”. No obstante, el Demandante considera que la cláusula de “trato justo y equitativo” contenida en el Artículo XII (1) es susceptible de aplicación coercitiva, aunque no se sabe exactamente sobre qué base. No obstante, la cuestión puede seguir abierta, ya que a juicio del Tribunal el problema del contenido del derecho aplicable debe considerarse en la etapa del fondo del asunto.

111. Conforme al Artículo XII (2), las disposiciones del TBI — en especial las de los Artículos VII and 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 y el cumplimiento imperativo de un acuerdo o autorización en materia de inversiones, o iii) corresponda a transferencias conforme al Artículo V.

112. El Demandante sostiene que, conforme al Artículo IV, la reclamación planteada por él, es de expropiación, por lo cual las medidas adoptadas por el Demandado, incluidas las medidas tributarias (retenciones a la exportación), están comprendidas en la jurisdicción del CIADI, pese a lo dispuesto por el Artículo XII (2). El Tribunal opina que, *prima facie*, la imposición de retenciones a la exportación, que es una medida tributaria, puede representar la expropiación de derechos legales y contractuales específicos. Por lo tanto, 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 las actuaciones referentes al fondo del asunto.

113. Asimismo, el Demandante sostiene que las concesiones que se le otorgaron forman parte de la presente diferencia y reúnen los requisitos que permiten considerarlas como “acuerdo[s] en materia de inversiones” conforme al Artículo XII (2) (c) y, por lo tanto, conforme al Artículo VII (1) (a) del TBI. La justificación de esa tesis se encuentra en la Decisión de *Occidental Exploration and Production Co.*, cuyo pasaje pertinente se cita anteriormente (§ 108), caso que se refería a una cuestión tributaria vinculada con el cumplimiento de concesiones y contratos sobre hidrocarburos que se caracterizaron como un acuerdo en materia de inversiones. El Tribunal de la CNUDMI sostuvo que efectivamente parecía existir un acuerdo de ese tipo en cuyo marco se había planteado la cuestión tributaria.

114. Según este Tribunal, el Demandante ha probado *prima facie* que en efecto existe un acuerdo en materia de inversiones, tal como puede entenderse en general, ya que el TBI pertinente no la define (véase *supra*, § 108). En consecuencia, para probar la competencia del Tribunal, el Demandante puede basarse también en la “excepción a la excepción” estipulada en el Artículo XII (2) (c).

115. Por lo expuesto, el Tribunal se considera competente para conocer de la cuestión tributaria — las retenciones a la exportación — vinculada con la diferencia. La cuestión forma parte de esa diferencia, que guarda relación con una expropiación conforme al Artículo IV del TBI, y con la observancia y el cumplimiento imperativo de un acuerdo de inversión conforme al Artículo VII (1) (a). Siendo así, la cuestión tributaria está comprendida en dos de las tres excepciones formuladas por el Artículo XII (2), que excluyen las cuestiones tributarias de la jurisdicción del CIADI.

116. Por lo tanto, la objeción opuesta por Argentina en relación con las medidas tributarias no puede aceptarse en los términos generales en que está enunciada. El Tribunal se considera competente para conocer de asuntos tributarios, pero sólo en la medida en 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 en materia de inversiones, tal como se menciona en los apartados a) o b) del párrafo 1 del Artículo VII. En otros términos,

las únicas reclamaciones que puede considerar el Tribunal en la etapa de consideración del fondo del asunto son las reclamaciones tributarias basadas en la existencia de una expropiación y en la violación de un acuerdo o autorización en materia de inversiones. Todo lo demás es ajeno a la competencia del Tribunal.

5. Cuarta cuestión: ¿El Demandante posee un interés legítimo que lo faculte para formular una reclamación ante el Centro? La cuestión del *jus standi*.

a) *¿El Demandante posee *jus standi* aunque ya no sea el propietario de las acciones que constituyen su inversión?*

117. El Demandado alega que El Paso carece de *jus standi*, porque ya no es accionista. El Demandante, según el Demandado, le imputa responsabilidad por haberlo obligado a vender, en 2003, sus inversiones en las Compañías Argentinas, y por lo tanto solicita la indemnización de los presuntos daños sufridos como consecuencia de las medidas adoptadas por Argentina, pero esas alegaciones sobre el daño no están comprendidas en la jurisdicción del Centro.

118. El Demandado exige “pruebas fehacientes” y no meros “argumentos falaces” de que el Demandante se vio forzado a vender sus inversiones en las Compañías Argentinas en virtud de decisiones de política económica adoptadas por Argentina que, por constituir actos soberanos de ese Estado, escapan a la jurisdicción del CIADI. Al respecto, Argentina llama la atención sobre el vínculo existente entre la fecha de presentación de la Solicitud de Arbitraje por parte del Demandante — 6 de junio de 2003 — y la fecha de venta de todas sus acciones en CAPSA, CAPEX y Servicios, en junio de 2003. En octubre de 2003, el Demandante vendió también sus acciones en Costanera. El Demandado critica esas operaciones, que coincidieron en el tiempo con la presentación, por parte del Demandante, de una reclamación ante el CIADI (Memorial sobre Jurisdicción, §§ 82-85).

119. Si, como sostiene el Demandante, éste no obtuvo precios de ventas óptimos, ello se debe exclusivamente al momento de la venta, elegido libremente por el Demandante. Argentina no incurrió en responsabilidad alguna, sobre todo en una situación en que el Demandante -como ocurre aquí- no presenta prueba alguna de que la venta haya sido forzosa. Además, el argumento de una venta forzosa debe rechazarse considerando que la mayoría de los restantes inversionistas extranjeros de la misma zona mantuvieron sus inversiones y decidieron seguir explotándolas tras las propuestas de renegociación e incremento de tarifas formuladas por el Estado receptor.

120. Si alguien está dispuesto a pagar por un activo, éste debe tener algún valor económico. La aseveración de que no existen incentivos para mantener una compañía dado su endeudamiento y la imposibilidad de pagar dividendos es un buen argumento para vender todas las acciones a bajo precio y evitarse problemas de administración, pero no es un argumento válido para hacer recaer sobre Argentina responsabilidad alguna; el Demandante actuó ejerciendo plenamente su capacidad y su libertad.

121. Por lo tanto, a Argentina le resulta evidente que la existencia de una diferencia fue “inventada” por el Demandante para obtener la protección del TBI y tratar de obtener un pronunciamiento favorable de un tribunal del CIADI. En consecuencia, el Demandado: i) solicita al Tribunal que requiera al Demandante a presentar sus

balances y cuentas y los de las Compañías Argentinas a la fecha de la venta, así como los balances y cuentas de las compañías que compraron las inversiones del Demandante, y ii) sostiene que al vender sus inversiones en Argentina en 2003 el Demandante dejó de tener un interés protegido en el marco del TBI, lo que significa que la reclamación no puede mantenerse (*Ibid.*, §§ 86-93).

122. Otro argumento planteado por el Gobierno consiste en que, en la medida en que la inversión consistía en acciones, el Tribunal carece de competencia, ya que Argentina no confiscó las acciones del Demandante en las Compañías Argentinas ni sus derechos de propiedad diferidos a obtener parte de los activos de esas compañías en caso de su disolución y tras el pago de sus deudas. Además, las acciones se han vendido y el Demandante ya no puede considerarse inversionista. De hecho, manifiesta el abogado del Demandado que:

“El Paso debió ser parte legitimada durante la sustanciación de todo el procedimiento arbitral y no solamente al momento de interponer el reclamo. Así como el derecho internacional exige la nacionalidad continua para solicitar la protección del Tratado, también el derecho internacional exige que el carácter de inversor se mantenga en el tiempo”.

(Transcripción de audiencias, 8 de abril de 2005, pp. 26).

123. El Demandante inicia su argumento señalando que la pretensión del Demandado de cuestionar su responsabilidad en la venta de la inversión del Demandante, la oportunidad de realización de la venta y el monto de los daños y perjuicios que reclama rebasa los límites de las cuestiones de competencia. La responsabilidad de Argentina y el monto de los daños y perjuicios son cuestiones que pertenecen al fondo del asunto y que, según el Demandante, se plantearon para distraer al Tribunal de las cuestiones referentes a la competencia y demorar una decisión a ese respecto. Por lo tanto, el Demandante sostiene que deben rechazarse las solicitudes de Argentina respecto a la presentación de estados financieros y libros contables.

124. El Demandado sostuvo que el Demandante no puede accionar en el marco del TBI, porque ha vendido su inversión en Argentina. Pero según el Demandante, el Demandado no cita jurisprudencia ni presenta una interpretación del TBI ni del Convenio del CIADI que respalden su objeción. Además, el Demandado pasa por alto el principio según el cual la jurisdicción se evalúa a la luz de la situación imperante a la fecha en que se inicia el procedimiento de arbitraje. El Demandante rechaza los argumentos del Demandado.

125. De acuerdo con el Demandante, ninguna disposición de ninguno de los dos tratados impone al Demandante la obligación de conservar la propiedad de una inversión después de la iniciación del procedimiento. Tampoco se exige una propiedad “actual”, “en curso” o “continua” de la inversión. Por el contrario, en el TBI se admite la inexistencia de la propiedad de la inversión inclusive en el momento en que se inicia el procedimiento; lo único que requiere es que, en el momento en que se inician las reclamaciones, las inversiones protegidas estén sujetas a la propiedad o al control directo de una persona o entidad protegida.

126. Según el Demandante, el Artículo 25 del Convenio del CIADI impone una limitación temporal a la capacidad de los nacionales de una Parte Contratante de presentar una reclamación: éstos deben poseer la nacionalidad de otro Estado Contratante y no pueden adquirir la del Estado demandado. Pero no se requiere continuidad en la propiedad, ya que el Convenio del CIADI está destinado, entre otras cosas, a brindar protección frente a nacionalizaciones y expropiaciones, es decir, en los casos en que el nacional deja de ser el propietario de la inversión pero procura obtener indemnización por haber sido privado de ella por el Estado receptor (Memorial de Contestación sobre Jurisdicción, §§ 94-99).

127. Los tribunales del CIADI han aplicado el principio analizado en los párrafos que anteceden, por ejemplo en el caso *CSOB c. Eslovaquia*, Decisión sobre Jurisdicción del 24 de mayo de 1999 (Caso CIADI No. ARB/97/4, *ICSID Review*, Vol. 14, 1999, p. 251), en que se establece (§ 31):

“En general se reconoce que la determinación de si una parte está legitimada, desde el punto de vista de la jurisdicción, para instituir procedimientos ante un foro judicial internacional, se realiza en relación con la fecha en que esos procedimientos se consideran instituidos. Como el Demandante instituyó este procedimiento antes de la fecha en que se realizaron las dos asignaciones, el tribunal es competente para conocer de este caso, independientemente del efecto jurídico que habrían suscitado las asignaciones en cuanto a la legitimación del Demandante si hubieran precedido a la fecha de iniciación del caso”.

128. Un segundo caso pertinente es el de *Tradex Hellas c. Albania*, Decisión sobre Jurisdicción del 24 de diciembre de 1996 (Caso CIADI No. ARB/94/2, *ICSID Review*, Vol. 14, 1999, p. 161), en que una compañía griega que participaba en una empresa conjunta en Albania sostuvo que ciertas medidas adoptadas por el Estado representaban una expropiación. En ese caso, la inversión se liquidó en 1993, pero la solicitud de arbitraje recién se efectuó en 1994, lo que llevó a Albania a sostener que el demandante no era un inversionista extranjero a la fecha en que Albania consintió a la jurisdicción. El Tribunal concluyó, sin embargo, que el consentimiento de Albania, aunque otorgado en 1993, comprendía retroactivamente a las inversiones efectuadas en 1990, por lo cual rechazó la objeción opuesta por Albania. Al hacerlo señaló que el consentimiento de Albania “no exigía que la inversión aún existiera a la fecha de entrada en vigencia de la ley o del surgimiento de la diferencia” (p. 182).

129. Un tercer precedente, planteado en el marco del Capítulo 11 del TLCAN, es el del caso *Mondev International, Ltd. c. Los Estados Unidos*, Decisión sobre Jurisdicción del 11 de octubre de 2002 (Caso CIADI No. ARB(AF)/99/2, www.state.gov/socuments/organization/14442.pdf). En ese caso, el inversionista perdió la propiedad de su inversión en 1991 en virtud de la ejecución de un crédito hipotecario debido a demoras en un proyecto de fomento inmobiliario imputables a la Municipalidad de Boston. En ese caso, el Tribunal concluyó que los procedimientos de solución de controversias del TLCAN

“frecuentemente deben aplicarse después que ha fracasado la inversión en cuestión. En la mayoría de los casos la diferencia se refiere precisamente a la responsabilidad por ese fracaso. Exigir al Demandante que mantenga continuamente la calidad de inversionista conforme a la legislación del Estado receptor a la fecha en que el arbitraje se inicia tendería a frustrar los propios fines del Capítulo 11, que consisten en proporcionar protección a los inversionistas frente a actos ilegítimos, incluida una

expropiación sin indemnización de su inversión, y en que esa protección se mantenga durante toda la vida de una inversión, hasta el momento de su venta u otra enajenación” (§ 91).

130. El Paso vendió sus intereses en CAPSA y CAPEX el 23 de junio de 2003, dos semanas y media después de plantear su reclamación, y vendió sus intereses en Costanera el 3 de octubre del mismo año. Antes de la venta, cuyo precio representó menos del 10% de la inversión original, El Paso había sufrido los efectos negativos de la conducta del Demandado (Memorial de Contestación sobre Jurisdicción, §§ 101, 114).

131. El procedimiento instituido por el Demandante se registró el 12 de junio de 2003, en tanto que las ventas mencionadas en el párrafo precedente tuvieron lugar los días 23 de junio y 3 de octubre de 2003, por lo cual no afectaron a la legitimación del Demandante ni a la jurisdicción del CIADI. Más aún, el Demandante sostiene que la venta fue forzosa, en el sentido de que, según alega, los daños y perjuicios obedecieron a las medidas adoptadas por el Demandado. Fueron esas medidas las que suscitaron la presente diferencia y la venta, por parte de El Paso, de sus inversiones en las Compañías Argentinas, venta que según el Demandante se efectuó “para mitigar los efectos, ya devastadores, que las medidas del Gobierno habían provocado en las inversiones del Demandante en Argentina” (Memorial de Contestación sobre Jurisdicción, § 113). El Demandante sostiene que no sólo no estaba obligado a mantener su inversión después de presentar la demanda, sino que no habría sido razonable exigirle que lo hiciera, ya que ello habría provocado un incremento de los perjuicios que había experimentado (*Ibid.*, §§ 105, 112-115).

132. Para concluir, el Demandante pide al Tribunal que rechace la solicitud del Demandado respecto de la presentación de registros financieros y la comunicación de información adicional a la fecha de la venta de la Demandante y de las Compañías Argentinas (véase *supra*, § 121). Igualmente solicita el rechazo de la objeción a la jurisdicción del CIADI opuesta por Argentina, basada en que el Demandante ya no es propietario de su inversión.

133. En la audiencia del 8 de abril de 2005, el Tribunal solicitó al Demandante que proporcionara documentos referentes a la venta de sus acciones. Esos documentos se proporcionaron en debida forma. El 6 de mayo de 2005, el Demandado formuló otra solicitud de documentos adicionales referentes a la inversión realizada por el Demandante y a la venta de la misma. El Demandante “rechazó terminantemente” esa solicitud, y el Demandado explicó por qué la solicitud era pertinente en relación con el aspecto del procedimiento relativo a la jurisdicción. No obstante, el Tribunal rechazó, a través de su Resolución Procesal No. 1, la solicitud de Argentina, sosteniendo que:

“1. La información en posesión del Tribunal es suficiente para decidir las cuestiones de jurisdicción planteadas por la Demandada.

2. Si el procedimiento llega a la etapa del fondo de la diferencia, se deja abierta la posibilidad a la Demandada de reiterar la solicitud antes mencionada de producción de documentos”.

134. En su argumentación, el Demandado rechazó la manifestación del Demandante de que la venta de la inversión hubiera sido “forzada” por la conducta del primero. Según este Tribunal, y basándose en las que considera ser — o no ser — cuestiones de jurisdicción, los argumentos planteados por el Demandado corresponden en realidad a la etapa del fondo del asunto.

135. Por lo tanto, la cuestión que se debe discutir es la supuesta falta de jurisdicción del CIADI, basada en que las inversiones de que se trata ya no pertenecen al Demandante o, para expresarlo en otros términos, en que el Demandante esté obligado a mantener su calidad de inversionista durante el examen de sus reclamaciones internacionales. Un examen de los textos pertinentes — el TBI y el Convenio del CIADI — y de la jurisprudencia citada por el Demandante revelan, sin embargo, que esa regla no existe (*supra*, §§ 124-126). En otras palabras, no hay regla que imponga la obligación de mantener continuamente la propiedad de la inversión. La razón por la que no existe esa norma en el contexto del CIADI/TBI es que las cuestiones a las que se refieren esos instrumentos son, precisamente, las de confiscación, expropiación y nacionalización de inversiones extranjeras. Una vez producida una situación de ese género, la única posibilidad subsistente es la de utilizar el mecanismo del CIADI/TBI. Ese propósito no se cumpliría si se requiriera una propiedad continua. Por lo tanto, la reclamación sigue existiendo; en otros términos, el derecho de exigir una indemnización por los daños experimentados en virtud de actos del Estado subsiste, a menos que, por supuesto, pueda demostrarse que ese derecho se vendió junto con la inversión.

136. En el presente caso, la reclamación se presentó el 6 de junio de 2003 y fue registrada por el Secretario General del CIADI el 12 de junio de 2003, en ambas fechas El Paso aún era propietario de las inversiones. Aunque la proximidad de esas fechas, especialmente en lo que respecta a la primera venta, pueda sembrar dudas — los preparativos de la última bien pueden haber estado en marcha el 6 ó 12 de junio — ello no justifica en modo alguno la conclusión de que *prima facie* no exista una reclamación comprendida en los términos de la jurisdicción del CIADI.

b) *¿El Demandante posee jus standi pese a que era tan sólo un accionista minoritario indirecto?*

137. El Demandado alega que el Demandante carece de *jus standi*, porque es tan sólo un accionista minoritario indirecto. El Demandante solicita al Tribunal que rechace los argumentos del Demandado con respecto al *jus standi* de los accionistas extranjeros para formular reclamaciones, especialmente cuando se trata de accionistas minoritarios, porque esos argumentos recién se expusieron en la audiencia, siendo por lo tanto tardíos conforme a la Regla 41 (1) de las Reglas de Arbitraje, que dispone que las objeciones preliminares deben oponerse a más tardar en la fecha señalada para la presentación del Memorial de Contestación (Transcripción de audiencia, 8 de abril de 2005, pp. 56-57). El Demandado replicó que no se introdujeron temas nuevos y que “*la cuestión de la propiedad de las acciones, de la propiedad indirecta de las acciones en el caso de Enron, se menciona en el párrafo (40) y también en la nota al pie de página (45), en la página 13*”, y que también se hacía referencia al tema en el Memorial del Demandante (*Ibid.*, pp. 150-151).

138. En el Memorial del Demandado sobre Jurisdicción no aparecen referencias del tipo de las mencionadas por el Demandado en la audiencia ni, en forma más general,

referencias a reclamaciones de los accionistas minoritarios, en tanto que las referencias contenidas en el Memorial del Demandante, si las hay, evidentemente carecen de pertinencia. El argumento del Demandado referente al *jus standi* de los accionistas minoritarios es, por lo tanto, inadmisibles conforme a la Regla 41(1) de las Reglas de Arbitraje. Pero aunque fuera admisible, no sería de gran utilidad para el Demandado, por razones similares a las mencionadas en la Decisión sobre Jurisdicción recaída en el caso *LG&E* (véase *supra*, § 58), según la cual (Decisión, § 50) las acciones de propiedad de los demandantes en empresas locales “constituyen la inversión en el sentido del Artículo 1 (1) (a) (ii) del Tratado Bilateral” y “no hace al caso que esas acciones representen una participación mayoritaria o minoritaria”.

139. Por lo tanto, el Tribunal decide rechazar la objeción referente a su competencia relacionada con la cuarta cuestión.

IV. DECISIÓN

140. Por las razones que anteceden, el Tribunal decide declarar que la presente diferencia está dentro de la jurisdicción del CIADI y de la competencia del Tribunal, y por lo tanto ha dictado la Resolución necesaria para la continuación del procedimiento conforme a la Regla 41(4) de las Reglas de Arbitraje.

[Firmado]

Lucius Caflisch
Presidente del Tribunal

[Firmado]

Brigitte Stern
Árbitro

[Firmado]

Piero Bernardini
Árbitro