

En el procedimiento entre
Hochtief AG (Demandante)
y
República Argentina (Demandada)

Caso CIADI No. ARB/07/31

Opinión separada y disidente de J. Christopher Thomas, Q.C.

Introducción

1. Tras el intercambio de opiniones con mis distinguidos colegas que se describe en el párrafo 124 de la Decisión sobre Jurisdicción, he concluido que no comparto la interpretación del Tratado que ellos sostienen. Coincido con muchos puntos formulados en la Decisión, y habría estado de acuerdo con otros si hubiera compartido la interpretación de mis colegas, pero en definitiva mi opinión ha sido diferente. Sin embargo, ciertamente suscribo lo dispuesto en la Decisión con respecto a la Segunda Excepción, el rechazo de la petición de una declaración referente a la jurisdicción del Centro, y la postergación de la consideración del tema de “las reclamaciones contractuales y la doble recuperación”¹.
2. No me resulta difícil comprender por qué mis colegas han llegado a una opinión diferente sobre la aplicación de la cláusula del trato de nación más favorecida (NMF). La razón por la que se ha invocado dicha cláusula se debe, obviamente, a que la Demandada prestado su consentimiento a diferentes tratados de protección de inversiones con diferentes regímenes de arbitraje. Si la Demandada hubiera mantenido un único modelo de tratado, la cuestión de la cláusula NMF ni siquiera se habría planteado. Por lo tanto, cuando, como aquí sucede, el tratado base impone a un demandante la obligación de someter la controversia ante los tribunales locales del demandado durante cierto tiempo, en tanto que otro tratado celebrado por el demandado no contiene ese requisito, no es difícil concluir que muchos demandantes potenciales, si es que no todos, preferirían esta última posibilidad. Algunos tribunales, incluido el actual, han coincidido en resaltar el valor de esa alternativa desde la perspectiva del demandante².
3. Existe también la preocupación pragmática de que en un contexto como el del presente caso, en que se ha oído la excepción opuesta, el tribunal se ha constituido, se han hecho por lo menos algunas presentaciones sobre el fondo de la diferencia, y a menudo, como aquí sucede, existe una diferencia sustancial entre las partes, pueda considerarse como un derroche de tiempo y dinero insistir en el cumplimiento de las condiciones de acceso a la jurisdicción internacional previstas en el Tratado³. En consecuencia, algunos tribunales han aplicado la cláusula NMF y han

¹ Véanse las secciones X a XII de la Decisión sobre Jurisdicción.

² Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 100.

³ Esta impresión se expresa en la Decisión al final del párrafo 88, en que la mayoría formula la siguiente consideración: “Pese a no ser decisivo desde el punto de vista lógico ni jurídico, el hecho de que la adhesión a la

concluido que su jurisdicción ha quedado establecida aún cuando el demandante no haya cumplido las condiciones estipuladas en la cláusula sobre arbitraje contenida en el Tratado. Valoro plenamente este razonamiento y puedo percibir lo atractivo del resultado, pero existen otras cuestiones que deben ser consideradas.

4. Ocurre también que cuando demandantes, que pretenden ser eximidos del cumplimiento de las condiciones del tratado base, han invocado cláusulas NMF para obtener acceso a la jurisdicción internacional, los tribunales han tendido a emitir juicios sobre el fundamento de diferentes estructuras de tratados, y en algunos casos han considerado injustificadamente gravosos para demandantes potenciales los requisitos del tratado base.
5. Ello se ha reflejado en la posición que ha asumido la mayoría con respecto a la etapa del “recurso previo” entre las consultas y el arbitraje internacional, a la que califica como “inconducente” y “en cierta medida superflua e insustancial”; catalogando al límite de 18 meses para el litigio como “arbitrario”, y al régimen como desprovisto de un “cierto beneficio”⁴.
6. Cabe preguntarse por qué las Partes Contratantes decidieron exigir que una diferencia jurídica se sometiera previamente a los tribunales de una Parte durante un período de 18 meses antes de otorgar al inversionista/demandante un derecho incondicional de acceso directo a la jurisdicción internacional. A primera vista parece extraño que ese requisito pueda cumplirse por el mero transcurso del tiempo, sin que se requiera que haya recaído una decisión de por lo menos un tribunal de primera instancia antes de que la diferencia pudiera ser elevada al plano internacional. Cabe la posibilidad de que una reclamación presentada ante los tribunales locales nunca llegue a la etapa de consideración del fondo de la diferencia, ni, menos aún, que se dicte sentencia durante ese período de 18 meses. La presentación previa de la diferencia ante los tribunales locales no parecería reportar beneficio alguno y sería además una pérdida de tiempo y de recursos. La Demandante ha sostenido categóricamente que ese es el efecto que produce el Artículo 10(3)(a), y la mayoría acepta ese argumento⁵.
7. El requisito de los 18 meses es, claramente, el fruto de una negociación entre los Estados partes. Habida cuenta de que conforme a lo establecido en la segunda oración del Artículo 26 del Convenio del CIADI, un Estado Contratante puede exigir, como condición a su consentimiento al arbitraje bajo el Convenio, el agotamiento previo de las vías locales, ambos Estados tendrían la oportunidad de acordar, como condición a su consentimiento al arbitraje al amparo de su tratado bilateral, que se recurra brevemente a las vías locales. Habiendo optado por tal alternativa, el plazo fijado tendría que ser suficiente para que el sistema jurídico de una Parte Contratante por lo menos tuviera la oportunidad de ocuparse de la diferencia. Una disposición sobre el carácter preceptivo de un recurso previo que se tramitara, por ejemplo, durante seis

regla de los 18 meses no proporcionaría necesariamente ningún beneficio ni daría necesariamente ningún resultado que no fuera la demora de los procedimientos de arbitraje contribuye en cierta medida a persuadir al Tribunal de que su decisión es acertada”.

⁴ Decisión sobre Jurisdicción, párrafos 51, 87-88.

⁵ Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 88.

meses, difícilmente concedería a las partes una genuina oportunidad para esbozar los asuntos controvertidos, y mucho menos al tribunal para considerar la diferencia. Por otra parte, desde la perspectiva de un demandante es preferible tener un plazo limitado al requisito del agotamiento pleno de los recursos locales (y un término de 18 meses se consideraría preferible a uno de 36 meses o más).

8. Además existen razones por las cuales la inclusión de una etapa de “recurso previo” en el proceso de resolución de diferencias puede contribuir a dicha resolución, o por lo menos a reducir la gama de asuntos en disputa. No puede descartarse la posibilidad de que el tribunal local acoja el argumento del inversionista de que las medidas impugnadas violan el derecho local, o de que efectivamente existe un derecho cuestionado cuya existencia se sostenga conforme a ese derecho⁶. Esas conclusiones, aunque no lleven al arreglo de la diferencia, aumentarían las perspectivas de éxito en una eventual reclamación internacional subsiguiente⁷. Por otra parte, los tribunales locales podrían considerar legítimas las medidas objeto de la controversia, conclusión que si bien no obligaría a un tribunal internacional subsiguiente a que aplicara un tratado internacional, pero podría llevarlo a concluir que no se ha violado el tratado. Ello podría, alternativamente, llevar a la conclusión de que los tribunales del demandado han exacerbado la violación de un tratado. Existe, a ese respecto, muchos ejemplos de este tipo en los casos.
9. La mayoría reconoce el efecto de *res judicata* que puede surtir una decisión adoptada por un tribunal local en un procedimiento internacional subsiguiente, pero deja de lado la cuestión⁸. Se trata de un asunto importante, que subyace a la interrelación entre un procedimiento de ‘recurso previo’ y una reclamación internacional subsiguiente, y contribuye a explicar su fundamento. En su opinión disidente, el difunto Keith Highet, en *Waste Management Inc. c. México*, establece cómo, a través de la aplicación del principio de *res judicata* a las decisiones de los tribunales locales, se puede alterar el alcance de un procedimiento internacional subsiguiente ampliando o

⁶ Campbell McLachlan QC, Laurence Shore y Mathew Weiniger, International Investment Arbitration: Substantive Principles, (Oxford University Press, 2007), pág. 257: “Representaría una actitud insidiosa que los tribunales internacionales concluyeran ... que conferir al Estado receptor el derecho de pronunciarse sobre derechos previstos en tratados fuera necesariamente un mecanismo menos valioso que el del arbitraje internacional”. Se puede coincidir con ese aserto con respecto a la utilidad general de los procedimientos seguidos ante tribunales locales aunque se reconozca que habrá casos en que esos tribunales no puedan pronunciarse adecuadamente sobre la diferencia. En el caso *Renta 4 S.V.S. A. y otros c. Federación de Rusia*, SCC Arbitraje V (024/2007), la mayoría sostuvo: “La historia está colmada de ejemplos de controversias sobre inversiones que han superado abrumadoramente la capacidad de las instituciones nacionales —de países que se encontraban en todos los estadios de desarrollo— de dictar sentencias desapasionadas”. (Laudo sobre Excepciones Preliminares, párrafo 100.) (Las citas de la presente nota son traducciones del Árbitro.)

⁷ Un demandante que haya obtenido cierto éxito en los tribunales locales seguramente invocaría ese hecho en respaldo de su afirmación de que se ha violado el tratado. Análogamente, si el demandado demostró la existencia de una postura defensiva obstruccionista en los procedimientos locales, ello influiría también en la manera en que formulara una reclamación subsiguiente, pudiendo suscitarse una causa de acción adicional.

⁸ Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 49.

reduciendo la reclamación internacional en función de la manera en que los tribunales locales traten la reclamación hecha por el inversionista bajo en el derecho local⁹. En muchos casos referentes a tratados de inversiones, tribunales internacionales han dado un efecto de *res judicata* a procedimientos anteriores entre las mismas partes en la diferencia¹⁰. Por lo tanto, invocar recursos anteriores según lo previsto en el Artículo 10 puede influir significativamente sobre la interpretación jurídica en una reclamación internacional subsiguiente o, hacer superflua esa reclamación.

10. En mi opinión, una cosa es concluir, con respaldo probatorio, que el planteamiento de cierta controversia ante los tribunales locales sería fútil (conclusión a la que el Tribunal no ha llegado, aunque ambas partes han presentado pruebas al respecto), y otra muy diferente es juzgar, en forma bastante indiscriminada, la utilidad de una disposición de un tratado basándose en la hipótesis del “peor escenario posible”, en que se presume que acudir a los tribunales locales es inútil y dispendioso. No corresponde a los tribunales internacionales reinterpretar las opciones que tienen los Estados partes, aún cuando se puedan concebir casos en los que tales opciones puedan generar ineficiencia y hagan recaer costos adicionales sobre un demandante potencial. No puede eludirse el hecho de que la República Federal de Alemania y la República Argentina consideraron apropiado incluir esta disposición en su Tratado. Por lo tanto, creo que la caracterización dada por la mayoría al requisito del recurso previo va en detrimento de la elección de política manifestada por los Estados partes en el Tratado.
11. Existe otro punto que merece ser mencionado desde el comienzo. Coincido con la opinión dominante, de que las disposiciones del Tratado sobre resolución de controversias no deben interpretarse en forma amplia ni en forma restrictiva. Como se señala en la Decisión sobre Jurisdicción adoptada en el caso *Amco Asia y otros c. Indonesia*, un

convenio de arbitraje no debe interpretarse *en forma restrictiva*, ni, en realidad, *en forma amplia o liberal*, sino en forma de averiguar y respetar la voluntad común de las partes: ese método hermenéutico no es más que la aplicación del principio fundamental *pacta sunt servanda*, que en verdad es un principio común a todos los sistemas de derecho interno y de derecho internacional.

Además —y este es también un principio general de derecho— todo convenio, incluidos los convenios de arbitraje, debe interpretarse de buena fe, es decir *teniendo en cuenta las consecuencias de los compromisos que puedan considerarse previstos razonable y*

⁹ *Waste Management Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/2, Opinión Disidente de Keith Highet de 2 de junio de 2000, párrafos 50-51. Ese análisis se basó en un régimen diferente de iniciación de reclamaciones internacionales, pero sigue siendo válido a los efectos del actual análisis.

¹⁰ Véanse, por ejemplo, *Helnan International Hotels A/S c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/05/19, Laudo de 3 de julio de 2008, párrafos 123-125, 143; *Malicorp Limited c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/08/18, Laudo de 7 de febrero de 2011, párrafo 103.

*legítimamente por las partes*¹¹. [Destaque en el primer párrafo en el original; destaque agregado en el segundo párrafo]. (Traducción del Árbitro).

12. Aunque los tribunales de casos referentes a inversiones suelen citar con aprobación el primer párrafo del enfoque del tribunal que entendió en el caso *Amco Asia*, no tiende a mencionarse tan frecuentemente el segundo párrafo, que es igualmente pertinente. El tribunal postuló un enfoque general de interpretación que no se limita a la interpretación de acuerdos de arbitraje. Análogamente, la cláusula NMF del Tratado Argentina-Alemania tampoco debe interpretarse en forma amplia ni en forma restrictiva, y en esa interpretación deben tenerse en cuenta asimismo los compromisos que puedan considerarse previstos razonable y legítimamente por las partes.
13. Teniendo en cuenta esos puntos introductorios, paso a referirme a los principales temas que se plantean en la Primera Excepción.

La necesidad de un acuerdo de arbitraje

14. Antes de examinar el Tratado, deseo señalar una cuestión importante en la que todos coincidimos. En el párrafo 22 de la Decisión se señala acertadamente que “[l]a jurisdicción del Tribunal depende de la existencia de un acuerdo entre las dos partes en la diferencia: *Hochtief y la República Argentina*”. El Tribunal pasaría a tener jurisdicción para aplicar el Tratado, sólo cuando ese acuerdo exista.
15. Es útil concebir la cuestión en los términos expuestos por el tribunal en el caso *RosinvestCo UK Ltd. c. Federación de Rusia*: “¿Existe un consentimiento vinculante al arbitraje que surta el efecto de que una parte potencial de los procedimientos de arbitraje no requiera el consentimiento de la otra parte potencial para promover procedimientos de arbitraje?”¹². (Traducción del Árbitro).
16. Como se considerará más abajo, se han especificado dos vías de arbitraje internacional conforme al Artículo 10(3) del Tratado: (i) acuerdo entre las partes en la diferencia (en virtud del cual el consentimiento del demandado hace innecesario recurrir previamente a los tribunales locales, y la diferencia puede ser sometida directamente al arbitraje internacional), o (ii) iniciativa de una parte que presenta una reclamación ante un tribunal internacional después de haber sometido la

¹¹ *Amco Asia y otros c. Indonesia*, Caso CIADI No. ARB/81/1, Decisión sobre Jurisdicción de 25 de septiembre de 1983, párrafo 14 (i).

¹² *RosinvestCo UK Ltd. c. Federación de Rusia*, SCC Arbitraje V 079/2005, Laudo sobre Jurisdicción, párrafo 71 1). En el párrafo 84 de la Decisión, la mayoría sostiene que “Sea cual fuere la interpretación del [Tratado] que se adopte, un inversionista puede, en definitiva, ejercer sus derechos sometiendo unilateralmente la diferencia a arbitraje sin necesidad, para ello, del consentimiento específico adicional del Estado parte en la diferencia”. A mi juicio esto sólo es exacto en parte. El inversionista/demandante puede proceder de ese modo tras haber sometido la controversia a los tribunales locales durante 18 meses, pero una lectura somera del Artículo 10(3) lleva a concluir que no puede hacerlo antes de que expire ese plazo, a menos que la otra parte lo consienta. Esta consideración influye en mi opinión sobre la cuestión de la aquiescencia, a la que se refiere la mayoría y que más abajo se analiza.

diferencia a los tribunales locales durante 18 meses. Salvo que la demandada haya prestado su consentimiento a que se proceda directamente al arbitraje, sólo se permite un acceso incondicional al arbitraje internacional tras haber cumplido con la condición de haber recurrido previamente ante los tribunales locales durante 18 meses. Haciendo referencia nuevamente a *RosInvestCo*, pero sólo en lo que respecta a este punto, se señaló conforme a este Tratado, que la iniciación de los procedimientos de arbitraje depende “exclusivamente de la decisión unilateral de cualquiera de las dos partes y... no es necesario que la otra parte vuelva a dar su consentimiento para que comience el arbitraje”¹³. (Traducción del Árbitro).

17. Constituye un ámbito de coincidencia entre las partes, compartido por todos los miembros del Tribunal y claramente aceptado en la jurisprudencia de los procedimientos de arbitraje basados en tratados de inversiones, el de que la oferta anterior del Estado basada en el Tratado requiere la aceptación de la demandante. En la Decisión se señala acertadamente: “La cuestión es si la ‘oferta’ y la ‘aceptación’ han generado un acuerdo que dé pie a la jurisdicción del Tribunal”¹⁴.
18. No existiendo unidad de criterio contemporáneo, la existencia del acuerdo para someter las controversias a arbitraje se determina examinando los dos consentimientos. Campbell McLachlan, QC observó al respecto:

... Dado que el inversionista y el Estado receptor sostienen puntos de vista diferentes, el consentimiento debe interpretarse a partir del consentimiento prestado por el Estado a través de un tratado y el acto de consentimiento subsiguiente dado por el inversionista cuando la reclamación se somete a arbitraje¹⁵. (Traducción del Árbitro).

19. Muchos tribunales han examinado el consentimiento contenido en la solicitud de arbitraje formulada por un demandante a la luz de la oferta previa del Estado, al amparo de un tratado, de consentir al arbitraje, y no han tenido mucha dificultad en concluir que los dos consentimientos eran concurrentes y se había llegado a un acuerdo para someter las controversias al arbitraje. La dificultad surge cuando, como sucede en el presente caso, un demandante repudia las condiciones a las que está sujeta la oferta del demandado expresadas en el tratado base y procura modificarlas o eliminarlas invocando la cláusula NMF del Tratado¹⁶.
20. Antes de que se emitiera el laudo del caso *Maffezini* era evidente que la oferta y la aceptación debían coincidir. En la edición de 2001 de su tratado, el Profesor Schreuer comentó lo siguiente:

¹³ Ídem, párrafo 72.

¹⁴ Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 24.

¹⁵ McLachlan, Shore y Weiniger, *supra*, nota 6, pág. 257.

¹⁶ Cuando surge una diferencia se tiende a centrar la atención en un acto de consentimiento específico emanado del demandado, pero es axiomático que, en el contexto de un tratado de inversiones basado en la reciprocidad y la igualdad de las obligaciones asumidas por ambos Estados partes, las condiciones de consentimiento estipuladas en el tratado se aplican a cualquiera de los Estados partes.

Cuando la jurisdicción del CIADI se basa en una oferta efectuada por una de las partes, subsiguientemente aceptada por la otra, sólo existe consentimiento de las partes en la medida en que la oferta y la aceptación concurren... Es evidente que la aceptación del inversionista no puede rebasar válidamente los límites de la oferta del Estado receptor. Por lo tanto, toda limitación contenida en el... tratado se aplicaría, sean cuales fueren los términos de la aceptación del inversionista. Si los términos de aceptación no coinciden con los de la oferta, no se ha perfeccionado el consentimiento¹⁷. (Traducción del Árbitro).

21. A mi juicio la necesidad de que existan consentimientos concurrentes, necesidad que no generaba controversias bajo el Convenio del CIADI, sigue vigente.

La situación en el caso que tiene ante sí el Tribunal

22. En el caso sometido a nuestra consideración los consentimientos prestados por las partes en la diferencia no son concurrentes. Las condiciones estipuladas en la oferta de arbitraje expresada en el Artículo 10 no han sido cumplidas por la Demandante. Hochtief dio su consentimiento al arbitraje en virtud del Tratado Argentina-Alemania, pero simultáneamente procuró modificar las condiciones a las que estaba supeditado el consentimiento de Argentina invocando la cláusula NMF del Tratado para dar cabida a las disposiciones del Tratado Argentina-Chile sobre acceso al arbitraje y así “desplazar” las condiciones estipuladas en el tratado base¹⁸.
23. La mayoría ha descrito la posición de la Demandante indicando que “su consentimiento consta en la Solicitud de Arbitraje, cuya intención consiste, en efecto, en aceptar la oferta de Argentina contenida en el Artículo 10 y el Artículo 3 del TBI Argentina-Alemania”¹⁹ [Destaque agregado]. En otros términos, la mayoría considera que la oferta de arbitraje formulada por el Estado está contenida en dos artículos (uno, el que establece el mecanismo de arbitraje entre el inversionista y el Estado, y otro, el artículo sobre NMF).
24. Me es algo difícil describir el artículo sobre NMF en el sentido de que el mismo forme parte integrante de la oferta de arbitraje contenida en el Tratado. La oferta de arbitraje prevista en el Artículo 10 expresa, a mi parecer, la totalidad del mecanismo de arbitraje entre el inversionista y el Estado estipulado en el Tratado.

¹⁷ Christoph Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary* (Cambridge University Press, 2001), párrafo 356, pág. 238. La necesidad de que los consentimientos concurren para que se dé el acuerdo sobre arbitraje también es señalada por Paul Szasz en un artículo anterior sobre el Convenio del CIADI, titulado “The Investment Disputes Convention – Opportunities and Pitfalls (How to Submit Disputes to ICSID)”. En una sección de dicho artículo, titulada “Cautions”, el autor señaló: “El punto conexo que corresponde observar cuando el consentimiento se expresa en distintos instrumentos es la medida en que estos se superpongan, ya que es sólo en la esfera en que se dé la coincidencia que el consentimiento resulta eficaz e irrevocable”. (Traducción del Árbitro.)

¹⁸ Dúplica de Hochtief sobre Excepciones a la Jurisdicción, párrafo 68.

¹⁹ Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 23.

25. En el párrafo 25 de la Decisión la mayoría deja constancia, acertadamente, que coincide con ambas partes en el sentido de que “es necesario probar la existencia de consenso, es decir demostrar que la Solicitud de Arbitraje formulada por Hochtief constituyó una aceptación de la oferta de sometimiento de diferencias a arbitraje en los términos en que se efectuó la oferta, y no una contraoferta basada en condiciones diferentes”.
26. Me resulta difícil percibir por qué la invocación, por la Demandante, de un mecanismo de resolución de diferencias que figura en otro tratado para modificar los términos del presente Tratado constituye “una aceptación de la oferta de sometimiento de diferencias a arbitraje en los términos en que se efectuó la oferta”. Si Hochtief aceptó la oferta anterior de Argentina en los términos en que ésta fue concebida, al dar cumplimiento con el Artículo 10(3)(a), los dos consentimientos serían concurrentes, quedaría aceptada la oferta anterior y, por lo tanto, el acuerdo de arbitraje quedaría establecido. Pero no es eso lo que sucedió. A mi juicio, sea cual fuere la forma en que la situación se conciba, por ejemplo en el sentido de que el Artículo 10(3) “desplaza” el Tratado Argentina-Chile (tal como lo plantea la Demandante) o de que la Demandante aceptó una oferta contenida en los Artículos 10 y 3 (tal como lo plantea la mayoría), no ha existido una concurrencia genuina de posiciones en el sentido de que los consentimientos sean concurrentes.
27. A mi juicio, cuando un demandante pretende modificar o eliminar las condiciones a las que está sujeto el consentimiento de la demandada, el carácter recíproco que deben tener la oferta y la consiguiente aceptación de la misma no está presente y, para utilizar los términos empleados por el Profesor Schreuer, “no se ha perfeccionado el consentimiento”²⁰, sino que la Demandante ha efectuado una “contraoferta basada en condiciones diferentes”. La única manera posible de resolver este acertijo consiste en concluir (como lo ha hecho la mayoría) que la cláusula NMF modificó los términos de la oferta, términos revisados que fueron entonces aceptados por Hochtief. Pero para que ello ocurra, el Tribunal debe necesariamente aplicar el Artículo 3, no en el sentido de realizar una evaluación de si la Demandante poseía la legitimación procesal necesaria para promover una reclamación que *prima facie* parece estar comprendida en el horizonte del Tratado, sino de establecer la propia jurisdicción de que se trata.

Puntos principales en que discrepo con la mayoría

28. La principal de las razones que me llevan a emitir una opinión separada es que no comparto el punto de vista de que la obligación de otorgar un trato de NMF expresada en el Artículo 3(2) y

²⁰ A este respecto, la cuestión jurídica que se plantea en el presente caso difiere de la planteada en los casos *RosInvestCo y Renta 4*, en que los tribunales pugnaron con la cuestión del impacto de una cláusula de trato de NMF en una jurisdicción establecida. En el primero de los casos, es evidente que el tribunal tenía jurisdicción para determinar el nivel de indemnización por una expropiación y utilizó la cláusula sobre trato de NMF para ampliar dicha jurisdicción. En el último de los casos mencionados, el tribunal concluyó que la inclusión del término “debida” en el texto del tratado pertinente le permitía considerar la cuestión de si estaban dadas las premisas de una expropiación. En el presente caso creo que la cuestión es diferente: careciendo de jurisdicción conferida por dos consentimientos concurrentes, el Tribunal está utilizando la cláusula sobre trato de NMF para crear el acuerdo de arbitraje y, por lo tanto, establecer su jurisdicción.

detallada en mayor medida en *Ad* Artículo 3 del Protocolo, interpretada conforme a las reglas de interpretación de los tratados, cumple con las condiciones a las que está sujeto el consentimiento que presta un Estado parte al arbitraje, expresado en el Artículo 10. Examinaré en cierto detalle el Tratado para desarrollar el punto.

29. Como cuestión subsidiaria también me merece reservas lo que el Tribunal hace en la práctica al dar efecto a la cláusula NMF en el presente caso. Admito que en virtud de la entrada en vigor del Tratado, a menos que en su texto se indique otra cosa, todas las disposiciones que contiene entran en vigor simultáneamente. La cuestión, en una impugnación de la jurisdicción como la presente, no es si alguna disposición del Tratado, o todas ellas, están en vigor²¹, sino si en el caso específico que se plantea en virtud de este Tratado el Tribunal posee jurisdicción. Ello requiere que el Tribunal considere probada la existencia de un acuerdo de arbitraje, para lo cual debe verificar que tal acuerdo se haya formado en virtud de la cláusula sobre arbitraje del Tratado.
30. Como se señala en el párrafo 11 de la Decisión, es indudable que al considerar una excepción a su competencia, un tribunal evidentemente tiene la potestad de interpretar el tratado en su totalidad para establecer si ha sido dotado de la debida jurisdicción. No obstante, no creo que la potestad a la que se refiere el principio *Kompetenz-Kompetenz* pueda utilizarse para generar la jurisdicción del Tribunal. Según mi respetuosa opinión, el enfoque adoptado parece elidir la cuestión de la competencia y la aplicación de las disposiciones del Tratado.
31. El desacuerdo se evidencia también en otra diferencia de criterio. La mayoría no cree que el incumplimiento del Artículo 10 por parte de Hochtief guarde relación con la jurisdicción del Tribunal, sino con la admisibilidad de la reclamación²². No comparto ese punto de vista, y prefiero el expresado por otros tribunales, de que la disposición que establece el requisito de acudir previamente a los tribunales locales es preceptiva y de carácter jurisdiccional.
32. Me referiré sucesivamente a estas reservas, comenzando por examinar y analizar las disposiciones pertinentes del Tratado.

Las disposiciones del Tratado

Artículo 10

33. Cabe señalar un punto sencillo desde el comienzo.: el Artículo 10 no contiene, dentro de su texto, una obligación relativa al trato NMF, lo que habría dejado perfectamente en claro que si alguna de las Partes Contratantes hubiera consentido un tratado que contuviera condiciones de acceso a la jurisdicción internacional más favorables, esas condiciones habrían debido interpretarse en beneficio de un inversionista que promoviera una reclamación al amparo del Tratado Argentina-Alemania. Como es natural, la falta de una obligación explícita sobre trato de

²¹ No debe entenderse que esté alegando que en esta etapa del procedimiento el Tribunal sólo tiene la potestad de interpretar el artículo 10.

²² Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 96.

NMF en el Artículo 10 no tiene carácter dispositivo en cuanto a interpretación, pero justifica el que se tome ese hecho como punto de partida. Existen cuatro cuestiones adicionales que guardan relación entre sí.

34. Primero, el Artículo 10 prevé un proceso que abarca tres etapas. Con respecto a las dos primeras etapas, su texto es preceptivo, ya que en él se utiliza el término “será”, en lugar de “sería”, “podría” o alguna otra fórmula verbal que indicara que someter la diferencia a los tribunales locales no es obligatorio si una parte desea estar en condiciones de acudir, en definitiva, a la jurisdicción internacional²³.
35. El más reciente análisis de la caracterización de una disposición de ese tipo (aunque con un texto levemente diferente) aparece en el caso *Impregilo S.p.A. c. República Argentina*²⁴. El tribunal en ese caso examinó la disposición análoga sobre resolución de diferencias contenida en el Tratado Argentina-Italia, y concluyó que el requisito del recurso previo constituía una “condición general que debe ser cumplida por el inversor que desea someter la controversia a arbitraje internacional”²⁵.
36. El tribunal describió el Artículo 8(3) de ese tratado como un “*requisito jurisdiccional* obligatorio – aunque limitado en el tiempo – antes de que pueda ejercerse el derecho a someter un caso ante el CIADI...” [destaque mío], y consideró que su conclusión encontraba respaldo en las decisiones adoptadas por los tribunales de los casos *Maffezini* y *Wintershall*²⁶. Al final de su análisis de la cláusula sobre resolución de diferencias, el tribunal concluyó que “En conclusión, el Artículo 8(3) contiene un requisito jurisdiccional que debe ser observado *antes de que un tribunal del CIADI pueda declararse competente*” (destaque mío), y observó que esa conclusión encuentra apoyo en el laudo del caso *Wintershall*, en que se señala que “El Artículo 10(2) contiene una cláusula de restricción temporal relativa al previo accionamiento ante los tribunales locales; dicha cláusula *obliga* (y no simplemente autoriza) al inversor a litigar (durante un

²³ Aunque en la Decisión se expresan ciertas dudas acerca de la estructura del Artículo 10 y de si éste en realidad exige someter previamente el asunto a los tribunales locales para que un demandante pueda acudir al arbitraje internacional, en el párrafo 55 de la Decisión, sin decidir la cuestión, se adopta el supuesto de que el Artículo 10 impone la obligación de someter la controversia a los tribunales locales durante 18 meses, como condición previa para que se pueda recurrir unilateralmente al arbitraje conforme al TBI.

²⁴ Con posterioridad a la decisión del caso *Impregilo*, se dictó la Decisión sobre Jurisdicción en el caso *Abaclat y otros (Anteriormente conocido como Giovanna Beccara y otros) c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/5. La mayoría de ese tribunal no creyó necesario considerar la caracterización del Artículo 8 del Tratado Argentina-Italia, ni la cuestión de si la cláusula NMF del Tratado permitía a las demandantes basarse en la cláusula sobre solución de diferencias, supuestamente más favorable, contenida en el TBI Argentina-Chile. (Decisión sobre Jurisdicción de 4 de agosto de 2011, párrafo 589). La opinión disidente, que se dijo vendría seguidamente, todavía no ha sido publicada, de allí que no pueda determinarse cuál ha sido la posición del árbitro disidente.

²⁵ *Impregilo S.p.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/17, Laudo de 21 de junio de 2011, párrafo 90.

²⁶ Ídem, párrafos 91-94.

período determinado) ante el foro local”²⁷. [Destaque agregado]. Tras citar ese pasaje del caso *Wintershall*, el tribunal del caso *Impregilo* agregó que esa cláusula preceptiva se aplica “antes de que el derecho a someter la controversia ante el CIADI pueda siquiera concretarse”²⁸. [Destaque agregado].

37. La mayoría, en el caso *Impregilo*, agregó que la cláusula NMF se aplicaba en el sentido de eximir al demandante de la obligación de cumplir ese requisito obligatorio en materia de jurisdicción. A los efectos del presente análisis, me referiré al laudo porque su caracterización del recurso previo como de carácter “obligatorio” y “jurisdiccional” coincide con mi interpretación del Artículo 10(3)(a) del presente Tratado. También comparto su comentario de que esa cláusula debe cumplirse antes de que tan siquiera surja el derecho de acudir al CIADI, lo cual es pertinente para mi análisis de lo que el Tribunal puede hacer al determinar su competencia.
38. Volviendo al Artículo 10 del Tratado Argentina-Alemania, como ya se señaló, sólo puede evitarse la aplicación del Artículo 10(3)(a) si ambas partes así lo acuerdan. Se trata de una cuestión que es importante tener en cuenta al considerar el análisis de la mayoría en materia de admisibilidad. En el párrafo 94 la mayoría señala, con respecto a ese género de cuestiones, que “[l]as partes en la diferencia tienen el derecho —pero no la obligación— de oponer excepciones basadas en cuestiones de admisibilidad, y si no las oponen, habrán consentido cualquier incumplimiento de los requisitos de admisibilidad, y ese consentimiento ‘saneará’ el incumplimiento”. El punto crítico es el que sigue: “El tribunal, *si tiene jurisdicción*, pasará a entender en el caso”. [Destaque agregado].
39. La mayoría considera que el Tribunal posee tal jurisdicción debido a la no aplicación del Artículo 10 en virtud de la cláusula NMF; entiendo que se interpreta que el Tribunal posee jurisdicción para determinar su jurisdicción, pero no tiene la potestad de aplicar los términos sustantivos del Tratado (incluida la cláusula NMF) para *crear* su jurisdicción. Esto hace retroceder el análisis a la cuestión de si la Demandante ha cumplido las condiciones preceptivas para establecer esa jurisdicción, porque, como se señala en el caso *Impregilo*, el derecho al (arbitraje del) CIADI no puede surgir si antes no se han cumplido esas condiciones.
40. El análisis del Tribunal sobre aquiescencia sería además más persuasivo, en mi modesta opinión, si el Artículo 10(3)(b) no estuviera presente en el Tratado. Al incluir la posibilidad de que un Estado demandado acceda a dispensar del cumplimiento del requisito del recurso previo, los redactores han abordado expresamente la cuestión de la aquiescencia que figura en el texto. ¿Por qué entender que entre las condiciones estipuladas en el Artículo 10(3)(a) figura la potestad de aquiescencia, siendo que el Artículo 10(3)(b) reconoce expresamente la facultad del demandado de consentir sin más trámite el arbitraje internacional? Habría creído que la presencia de esa disposición en el Tratado conduciría a la conclusión contraria, de que si la potestad de dispensar

²⁷ *Wintershall Aktiengesellschaft c. República Argentina*, Laudo de 8 de diciembre de 2008, Caso CIADI No. ARB/04/14, párrafo 118.

²⁸ *Impregilo*, párrafo 94.

del cumplimiento del requisito se expresa en un inciso, no debería entenderse que esté presente en el otro.

41. Si se consideran aplicables ambos párrafos, la conclusión lógica sería que, a falta de consentimiento del demandado, el requisito de los 18 meses del recurso previo es preceptivo en virtud de este Tratado, y el Tribunal recién adquiere jurisdicción cuando se cumple esa condición.
42. Con respecto a este enfoque, tal como se sostuvo en los casos *Impregilo*, *Maffezini* y *Wintershall*, el incumplimiento de los términos preceptivos del inciso 3(a) afecta a la jurisdicción, más que a la admisibilidad, y la insistencia de la Demandada en el cumplimiento por la Demandante de la condición expresada en la oferta de la Demandada se caracteriza, adecuadamente, como una excepción referente a la jurisdicción; no a la admisibilidad.
43. El tercero de los puntos interpretativos sobre el Artículo 10, conexo con los precedentes, radica en que a diferencia de lo que sucede en algunos tratados de protección de inversiones en que los Estados partes se someten incondicionalmente al arbitraje entre inversionistas y Estados, el texto del Artículo 10 es condicional. Dicho en otros términos, si el demandante no cumple con la condición de acudir a los tribunales locales durante 18 meses, el demandante no tendría un derecho *incondicional* de promover el arbitraje²⁹. A menos que el demandado lo dispense del cumplimiento del requisito del recurso previo, es recién cuando éste se ha cumplido que, volviendo al caso *RosInvestCo.*, existe un consentimiento obligatorio al arbitraje, cuyo efecto consiste en que una parte potencial en procedimientos de arbitraje no necesita el consentimiento de la otra parte potencial para promover tales procedimientos³⁰.
44. Finalmente, el Artículo 10 se diferencia del otro mecanismo de resolución de controversias que contempla el Tratado, el del Artículo 9: en tanto que el Artículo 10(3)(a) estipula una condición que debe cumplirse previamente para poder elevar la reclamación al nivel internacional, el Artículo 9 concede a las Partes Contratantes acceso directo e inmediato al arbitraje internacional para solucionar diferencias que surjan entre ellas (al disponer que si una diferencia no puede resolverse amigablemente “*será* sometida a un tribunal arbitral a petición de una de las Partes Contratantes”). [Destaque agregado]. En ese caso, es incuestionable el consentimiento incondicional de las Partes Contratantes al arbitraje de las diferencias entre Estados, y cualquier tribunal creado conforme al Artículo 9 posee jurisdicción para entender en reclamaciones vinculadas con la interpretación y aplicación del Tratado.

²⁹ Obviamente, la facultad de acudir directamente al arbitraje internacional conforme al Artículo 10(3)(b) tras haber logrado el consentimiento del demandado no puede considerarse como derecho incondicional al arbitraje, puesto que emana del consentimiento específico del demandado, quien, por el contrario, puede negarlo e insistir en el cumplimiento de los términos obligatorios del Tratado.

³⁰ Por esa razón, no comparto la opinión de la mayoría de que “la jurisdicción del Tribunal no se vería afectada” por el hecho de que la Demandada acepte o consienta el incumplimiento de la Demandante durante el período de 18 meses. (Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 96).

Artículo 3

45. Examinaré en detalle el Artículo 3 porque contiene frases que tomadas colectivamente me llevan a concluir que no se aplican al Artículo 10.
46. El párrafo 1 se refiere a “las inversiones de nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante o a las inversiones en las que mantengan participaciones los nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante”, y el párrafo 2 a “los nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante, en cuanto se refiere a sus actividades relacionadas con las inversiones”. Por lo tanto en esos párrafos se distingue entre el inversionista y su inversión.
47. Los párrafos 3 y 4 establecen luego dos tipos de trato que no se consideran en absoluto como “trato” en la acepción dada a ese vocablo por el Artículo 3. El “trato”, tal como se entiende en los párrafos 1 y 2, “no se extenderá a los privilegios que una de las Partes Contratantes conceda a los nacionales y sociedades de terceros Estados por formar parte” de acuerdos comerciales preferenciales, ni “se extenderá a las ventajas que una de las Partes Contratantes conceda a los nacionales o sociedades de terceros Estados como consecuencia de un acuerdo para evitar la doble imposición o de otros acuerdos en materia impositiva”. En otros términos, los párrafos 3 y 4 consideran dos tipos de trato que de lo contrario se verían como menos favorables, ya que no representarían siquiera un “trato” en la acepción dada a ese término por las Partes Contratantes.

Artículo 3(2) en especial

48. Los párrafos 1 y 2 del Artículo 3 no tienen idéntica cobertura. El párrafo 1 se aplica a todo trato menos favorable otorgado a la inversión, sin que se especifique el universo de actividades en que podría intervenir la inversión. El párrafo 2, por el contrario, no está destinado a captar un trato menos favorable otorgado al inversionista, sino un trato menos favorable “en [...] [el] territorio [del Estado]... en cuanto se refiere a sus actividades relacionadas con las inversiones”. Es necesario acudir al Protocolo para comprender mejor el significado del término “actividad” tal como se utiliza en el Artículo 3(2). Volveré a referirme a este tema más abajo.

Lo que no contiene el Artículo 3(2)

49. A esta altura es útil considerar lo que no contiene el Artículo 3(2). A ese respecto, vienen a la mente tres puntos.
50. Primero, en el Artículo 3(2) no se hace referencia al Artículo 10, ni se incluyen en su ámbito de aplicación actividades de resolución de controversias. (Esto contrasta con el TBI Modelo del Reino Unido, lo que confirma que su cláusula NMF si se aplica a resolución de controversias).
51. No menos cierto es que el mecanismo de resolución de controversias previsto en el Tratado no ha sido “excluido” expresamente del ámbito de aplicación del Artículo 3(2). La mayoría (concordando con algunos otros tribunales) así lo ha señalado³¹. Se utiliza para respaldar la

³¹ Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 74.

inferencia de que abarca, por tanto, la resolución de controversias (pues como los redactores sabían cómo excluir algo de la cobertura del artículo, cabe presumir que tuvieron la intención de incluir todo lo que no excluyeron).

52. Esta inferencia no es necesariamente exacta. Además de examinar el Artículo 3 y otros artículos del Tratado, examino la estructura del Tratado y como han sido agrupadas las disposiciones que éste contiene, porque con ello pueden obtenerse claves interpretativas sobre el sentido de determinadas disposiciones. Si, según concluyo, las Partes Contratantes concibieron los Artículos 8 a 12 como disposiciones institucionales relativas a la aplicación del Tratado en general, no habría sido necesario incluir expresamente una lista de los asuntos abordados en esos artículos como cuestiones que hayan de excluirse de la cobertura del Artículo 3. En el párrafo 77 de la Decisión se señala, con acierto, que se entiende claramente que las cláusulas NMF están sujetas a limitaciones implícitas.
53. Además es totalmente plausible que las Partes Contratantes no hayan excluido específicamente del ámbito de aplicación del Artículo 3 las condiciones para la obtención de acceso a resolución de controversias previstas en el Artículo 10, porque no se les ocurrió que la cláusula NMF pudiera utilizarse para modificar las estipulaciones del Artículo 10³². Antes del caso *Maffezini* esa opinión, no sólo razonable, sino legítima, era la opinión ortodoxa³³ (reforzada en el contexto del CIADI por la opinión, comúnmente aceptada, formulada por el Profesor Schreuer en el ámbito de un tratado, de que los consentimientos de las dos partes en la diferencia deben concurrir)³⁴.
54. Los redactores no tienen necesidad de excluir asuntos considerados en otro artículo del tratado de la obligación de conceder el trato de NMF si no creen que existe una relación entre los dos

³² Zachary Douglas señala que “en los cientos de años de actividad de las cortes y los tribunales internacionales” que precedieron al caso *Maffezini*, “sólo habían existido pronunciamientos judiciales contrarios a dicho mecanismo...” (es decir a la utilización de la cláusula NMF para dejar sin efecto las condiciones de consentimiento del Estado). Douglas señala además que antes del caso *Maffezini* “en los escritos de publicistas, la extensión de la cláusula NMF a cuestiones jurisdiccionales no parecía contar con ningún respaldo”. Zachary Douglas, *The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation Off the Rails*, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 2, No. 1 (2011), págs. 97-113, 101. Si así fuera, los redactores no habrían percibido la necesidad de excluir algo del alcance de la cláusula sobre trato de NMF, ante todo porque no lo habrían considerado relacionado con el sistema de la NMF. Esa cláusula no operaría en relación con la cuestión a la que se refiere el Artículo 10. (Las citas de la presente nota son traducciones del Árbitro.)

³³ Una indicación de la sorpresa con que fue recibida en muchos ámbitos la decisión del caso *Maffezini* se refleja en el comentario formulado por el distinguido tribunal que entendió en el caso *Salini c. Jordania*, en que, tras examinar el análisis hecho en *Maffezini*, el tribunal comentó: “El Tribunal actual comparte las preocupaciones expresadas en numerosos ámbitos con respecto a la solución adoptada en el caso *Maffezini*”. (Traducción del Árbitro.) *Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. c. Reino Hachemita de Jordania*, Caso CIADI No. ARB/02/13, Decisión sobre Jurisdicción de 29 de noviembre de 2004, párrafo 115.

³⁴ Véase el párrafo 20, *supra*.

artículos. Volviendo a los términos de la decisión del caso *Amco Asia* anteriormente citados, debemos tener en cuenta las consecuencias de los compromisos que puedan considerarse que las partes tuvieron en cuenta razonable y legítimamente.

55. Segundo, vale la pena señalar que si se compara el Artículo 3(2) con las restantes obligaciones sustantivas de trato, su fórmula nada contiene que indique que ellas difieran en alguna medida de las restantes obligaciones, desde el punto de vista de su aplicación. En otros términos, el Artículo 3, como cualquier otra disposición, ha de ser aplicado por un tribunal, pero no antes de haber asumido jurisdicción en debida forma.
56. Tercero, este Tratado no contiene la expresión “todas las demás cuestiones”, que algunos tribunales han considerado sumamente pertinente como respaldo de su decisión de que la cláusula NMF pertinente se aplica al acceso a la jurisdicción internacional³⁵.
57. No tengo dificultad en admitir la opinión de la mayoría de que si se centra la atención en el vocablo “actividad”, puede afirmarse que la iniciación, por un inversionista, de un litigio, o de un arbitraje, en relación con su inversión, constituye una actividad³⁶. También acepto que el vocablo “trato” de por sí admite una amplia interpretación. Sin embargo, la labor interpretativa no finaliza con la consideración de los vocablos “actividad” y “trato” aislados del resto del Tratado y del derecho internacional general. Es evidente, como la mayoría señala en los párrafos 61-70, que un inversionista puede realizar la actividad de promover un litigio en relación con su inversión, pero de ello no se infiere necesariamente que una reclamación internacional regulada por los términos del Artículo 10 también constituya una “actividad” en la acepción dada a este término por el Artículo 3, interpretada además por *Ad* Artículo 3 y considerada a la luz del contexto global del Tratado y del derecho internacional general.

***Ad* Artículo 3**

58. El Artículo 3 está complementado por *Ad* Artículo 3 en el Protocolo, que forma parte del Tratado. Creo que la interpretación del Artículo 3(2) dada en el Protocolo respalda mi análisis.

³⁵ En el laudo del caso *Impregilo*, la mayoría del tribunal señaló, en el párrafo 104: “El Tribunal de Arbitraje advierte, además, que existe un gran número de casos en la jurisprudencia que indica que, al menos cuando existe una cláusula NMF que se aplica a “todas las demás cuestiones” reguladas en el TBI, se incorporarán las cláusulas de resolución de controversias más favorables contenidas en otros TBI. Los casos más relevantes son *Maffezini*, *Gas Natural*, *Suez*, *Suez y Camuzzi*” [se omiten las notas al pie de página]. El árbitro disidente, la Profesora Brigitte Stern, rechazó la opinión de que la expresión “todas las demás cuestiones” sea aplicable a resolución de controversias.

³⁶ Decisión sobre Jurisdicción, párrafos 66-72.

59. El Protocolo aclara el significado del vocablo “actividad” tal como se utiliza en el Artículo 3(2). Define “actividad” (que figura como “actividades”, en plural) a través de una lista no exhaustiva, pero ilustrativa³⁷.
60. La utilización de la expresión “en especial pero no exclusivamente” lleva a focalizar la identificación del alcance del término “actividades”. La frase “se considerarán en especial pero no exclusivamente...” hace ver al intérprete que los redactores consideraban algún *genus* de actividades, en contraposición con actividades en general, pues de lo contrario no había razón para incluir la frase “se considerarán en especial” en *Ad* Artículo 3³⁸. Si el vocablo “actividades” abarcaba todas las posibles actividades del inversionista en relación con su inversión, no habría razón para emplearlo. Debe haber una relación entre los tipos de actividades expresamente mencionados y los no mencionados expresamente.
61. Vale la pena señalar asimismo que si bien en el Artículo 3 simplemente se utiliza el vocablo general “actividad”, la gama de actividades especificadas por el Protocolo es más estrecha que la utilizada en muchos otros tratados. En el Protocolo, a diferencia de lo que sucede en muchos tratados de inversiones, la obligación de conceder el trato de NMF no se aplica a toda la gama de actividades de un inversionista —desde las realizadas antes del establecimiento hasta la disposición de una inversión— sino que la atención se enfoca más bien en la administración y operación cotidianas de la inversión (su “administración, [...] utilización, [...] uso y [...] aprovechamiento...”).
62. En relación con el alcance del Artículo 3(2), por lo tanto, la técnica de redacción adoptada en el Protocolo tiende a reducir la gama de actividades de un inversionista relacionadas con su inversión. Pero esto tampoco permite resolver el problema de interpretación.
63. La clave más importante se encuentra en la parte siguiente del Protocolo: el objeto del Artículo 3 consiste en proteger a los inversionistas o a sus inversiones, según corresponda, de un trato menos favorable que el otorgado a inversionistas e inversiones de terceros Estados³⁹. Reviste suma importancia, por su influencia, el hecho de que al aprovechar la oportunidad para brindar una orientación interpretativa sobre lo que en realidad constituye un “trato menos favorable” en la acepción dada a este término por el Artículo 3(2), los ejemplos utilizados por los Estados partes distaron mucho de coincidir con las condiciones de acceso a la jurisdicción internacional estipuladas en el Artículo 10 del Tratado.

³⁷ Al parecer existe allí un leve error de redacción, ya que en el Artículo 3 se utiliza la expresión “su actividad”, en singular, en tanto que en *Ad* Artículo 3 se utiliza el término “actividades”, en plural. Ninguna consecuencia parece desprenderse de ello.

³⁸ La mayoría y yo diferimos a ese respecto. Decisión sobre Jurisdicción, párrafos 65-66.

³⁹ Vale la pena señalar, como cuestión conexa, que en la última oración de *Ad* Artículo 3 las Partes introdujeron un *genus* enteramente nuevo de medidas que no habían de considerarse como “trato menos favorable” en la acepción dada a ese término por el Artículo 3. Esos tipos de medidas (adoptadas “por razones de seguridad interna o externa y orden público, sanidad pública o moralidad”) ni siquiera se mencionaron en el propio Artículo 3.

64. También en este caso los redactores del Protocolo utilizaron la técnica de redacción consistente en insertar la frase “en especial pero no exclusivamente”. Los ejemplos mencionados “en especial” de un trato menos favorable dado por las Partes (“medidas ... que afecten la adquisición de materias primas y otros insumos, energía y combustibles, así como medios de producción y de explotación de toda clase o la venta de productos en el interior del país y en el extranjero”) están comprendidos dentro de un *genus* de trato menos favorable directamente relacionado con la administración, la explotación, el uso y el aprovechamiento de la inversión en el territorio del Estado receptor.
65. Corresponde hacer hincapié en que *todos* los tipos de medidas mencionados guardan relación con acceso a materiales, procesos de producción y ventas, y medidas de Gobiernos que pueden afectar negativamente a la competitividad de las inversiones; por ejemplo, las de acceso a insumos dentro del Estado receptor, y de acceso a mercados internos y de exportación. Se trata de tipos de trato menos favorable estrechamente relacionados, lo que debe dar una noción del tipo de “actividades” que las Partes Contratantes tenían presentes, ya que lógicamente debe existir una relación entre las actividades del inversionista y los tipos de trato respecto de los cuales las Partes Contratantes coincidieron en que pondrían en desventaja al inversionista frente a inversionistas del Estado receptor o de terceros Estados.
66. La lista ciertamente no es exhaustiva, pero aún considerando la zona de penumbra de los tratos menos favorables no especificados “en especial”, las condiciones estipuladas en el Tratado para la obtención de acceso a la jurisdicción arbitral internacional difieren, a mi juicio, de los tipos de trato menos favorable presentados⁴⁰.
67. Como los redactores del Protocolo trataban de proporcionar al intérprete un sentido más claro de la intención común de las partes en relación con el tipo de trato menos favorable abarcado por el Artículo 3(2), el Artículo 3, aclarado y detallado por el Protocolo (que forma parte del Tratado) no cumple las condiciones del Tratado aplicables a un inversionista que procura acceder a la jurisdicción internacional.

Artículo 4

68. Me referiré al Artículo 4 solamente de paso. A mi juicio, no carece de interés el hecho de que en materia de “plena protección y seguridad jurídica”, protección contra la expropiación,

⁴⁰ Dejo de lado la cuestión de si incluso la pretensión de un demandado de que el demandante cumpla las condiciones sobre iniciación de arbitraje previstas en el Tratado constituye una “medida” que, para comenzar, podría dar lugar a un trato menos favorable. Véase *Pope & Talbot Inc. y Gobierno de Canadá*, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Laudo del tribunal de arbitraje en relación con la petición preliminar del Gobierno de Canadá de rechazo de la reclamación por ser ajena al alcance y la cobertura de las “medidas relativas a inversiones” del Capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). Petición, 26 de enero de 2000, párrafos 36-37, en que se presenta la distinción que hace el tribunal entre un acuerdo internacional entre Canadá y Estados Unidos, que no constituye una “medida” comprendida en la jurisdicción del tribunal, y las medidas adoptadas por Canadá para implementar ese acuerdo que estaban siendo impugnadas en ese caso, que se declararon como aptas para ser incluidas en el régimen del Capítulo XI del TLCAN.

indemnización por pérdidas provocadas por guerras u otros conflictos armados, etc., los redactores insertaron una cláusula NMF en un artículo específico. Ello tampoco influye decisivamente sobre el resultado global de la interpretación, pero el hecho de que las Partes hayan insertado una cláusula de ese género para tres tipos de actividades del Estado da cierto peso a la idea de que la cláusula NMF contenida en el Artículo 3 se refiere sólo a un *genus* específico de tratos menos favorables y guarda relación con un *genus* específico de actividades de los inversionistas⁴¹.

69. Consideraré ahora el más amplio contexto del Tratado.

La estructura general del Tratado

70. La interpretación de los Artículos 3, 4, 9 y 10, que antecede, debería fundamentarse teniendo en cuenta no solo el sentido corriente de una o más palabras, sino las palabras en su contexto, lo que, según el Artículo 31(2) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, comprende la totalidad del texto del Tratado. Esto me lleva a considerar la estructura general del Tratado.

71. Al igual que muchos TBI, el Tratado Argentina-Alemania es breve: comprende un preámbulo seguido por 12 artículos y un protocolo. En él no aparecen títulos de los artículos, ni su texto está dividido en secciones, pero su estructura puede discernirse examinando el Tratado en conjunto⁴²:

Preámbulo

Artículo 1 [Definiciones]

Artículo 2 [Promoción y admisión de inversiones en los territorios de las Partes Contratantes]

Artículo 3 [Trato nacional y trato de NMF]

Artículo 4 [Plena protección jurídica, prohibición contra expropiaciones sin indemnización y disciplinas en materia de pérdidas provocadas por conflictos armados, revoluciones, *etc.*]

Artículo 5 [Transferencias]

Artículo 6 [Subrogación]

⁴¹ Dada la inclusión de dos cláusulas NMF en los Artículos 3 y 4, cabe preguntarse por qué los redactores no incluyeron una cláusula a ese respecto en el propio Artículo 10 si se proponían permitir que las condiciones de acceso contenidas en otros tratados se hicieran extensibles a los demandantes que formularan sus pretensiones en virtud de este Tratado. Ese sería el lugar lógico para ubicarla, dada la técnica de redacción utilizada en este tratado.

⁴² A los efectos de ilustrar su estructura, dada la inexistencia de títulos de los artículos, he insertado una descripción de cada disposición.

Artículo 7 [Extensión del trato más favorable previsto en el derecho interno o proveniente de obligaciones de derecho internacional no incluidas en el Tratado y cumplimiento de compromisos asumidos]

Artículo 8 [Aplicación del Tratado a cuestiones surgidas de él pero relativas a inversiones preexistentes realizadas por nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante]

Artículo 9 [Controversias entre las Partes Contratantes]

Artículo 10 [Controversias entre un inversionista de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante]

Artículo 11 [Aplicación del Tratado a los casos previstos en el Artículo 63 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados]

Artículo 12 [Ratificación, entrada en vigor y supervivencia de los Artículos 1 a 11 en los 15 años que sigan a la terminación]

72. Una lectura detenida del Tratado lleva a clasificar los asuntos a los que éste se refiere en tres categorías: i) Artículo 1, definiciones; ii) Artículos 2 a 7, obligaciones sustantivas asumidas por las Partes Contratantes y de las que gozan los inversionistas argentinos y alemanes, según corresponda, en los territorios de la Parte pertinente; iii) Artículos 8 a 12, características institucionales del Tratado (es decir, disposiciones referentes a la aplicación del Tratado a inversiones preexistentes, creación de dos mecanismos de resolución de controversias, impacto, sobre el Tratado, de la ruptura de relaciones diplomáticas o consulares, su entrada en vigor y las causales de terminación del mismo, junto con la supervivencia de derechos durante cierto tiempo).
73. En mi opinión, el Artículo 10, visto en el contexto del Tratado en conjunto, no es *ejusdem generis* con respecto a las obligaciones sustantivas del Tratado sobre trato de inversionistas y/o de sus inversiones, incluido el Artículo 3.

Resumen

74. En suma:
- El Artículo 10 establece un régimen de resolución de controversias que abarca varias etapas. Como otros tribunales lo han reconocido, el cumplimiento del Artículo 10(3)(a) es preceptivo y constituye un tema comprendido en la jurisdicción del Tribunal.
 - El Artículo 10 no contiene una cláusula NMF que establezca que un trato más favorable otorgado por cualquiera de las dos Partes Contratantes a inversionistas de un tercer Estado se traslada y aplica a controversias presentadas al amparo de ese artículo.

- El Artículo 3 no se refiere expresamente al Artículo 10 ni incluye expresamente en su ámbito de aplicación el tema de la resolución de controversias basadas en el Tratado. El Artículo 3 no contiene ninguna disposición que establezca específicamente que las Partes Contratantes hubieran tenido la intención de aplicarlo a los procedimientos de sometimiento de diferencias preceptuados por el Artículo 10.
- El Artículo 3(2) ni siquiera especifica que las obligaciones sobre la NMF se apliquen a “todas las cuestiones regidas por el presente Tratado”, como ocurría en el tratado considerado, por ejemplo, por los tribunales que entendieron en los casos *Maffezini* e *Impregilo*. En él se utilizan exclusivamente los vocablos “actividad” en relación con el inversionista y “trato” en relación con las medidas del Estado.
- Es de fundamental importancia el hecho de que la explicación dada por el Protocolo sobre los tipos de trato que las Partes Contratantes consideraron “menos favorables” se refiere a una conducta del Estado dotada de características enteramente diferentes de las condiciones que rigen el acceso a la jurisdicción internacional preceptuadas por el Tratado. Si bien la lista de medidas menos favorables no es exhaustiva, las no comprendidas entre las mencionadas “en especial pero no exclusivamente” lógicamente deben guardar relación con las mencionadas expresamente. El acceso a la jurisdicción internacional regulado por el Artículo 10 sencillamente no es del mismo género que las restricciones sobre disponibilidad de recursos naturales, venta de productos dentro del país o en el exterior, etc.
- El hecho de que el Artículo 3 guarde silencio acerca de si el mismo es o no aplicable a la resolución de controversias, pero sus párrafos 3 y 4 hagan referencia a cuestiones (beneficios emanados de acuerdos de preferencias comerciales y tratados de doble imposición)⁴³ excluidas expresamente de la posibilidad de que se consideren “trato”, no respalda inexorablemente el argumento de que la resolución de controversias deba, por lo tanto, considerarse comprendida dentro de sus términos, porque las Partes conocían la manera de excluir esos asuntos de la cobertura del Artículo 3. Como se señaló, si se tiene en cuenta que la opinión ortodoxa imperante antes de la decisión del caso *Maffezini* era que la cláusula NMF no revocaba las condiciones de consentimiento del Estado, parece difícil concebir la posibilidad de que desplazar el Artículo 10(3) a) fuera una consecuencia del Artículo 3 que pueda considerarse que las Partes Contratantes hubieran razonable y legítimamente contemplado.
- Finalmente, ni en el Artículo 3 ni en *Ad Artículo 3* aparece ningún texto que confiera alguna calidad temporal especial a la obligación de conceder el trato de NMF; en dicha obligación, que tiene carácter singular entre los otros estándares de trato contenidos en el Tratado, no existen indicios de que se conceda algún tipo de “acuerdo previo para someter a arbitraje” que autorice a un tribunal a utilizarlo para generar un acuerdo de someter controversias a arbitraje.

⁴³

Así como a las exclusiones de un “trato menos favorable” enunciadas en *Ad Artículo 3(b)* y (c).

Distinción, en el derecho internacional, entre obligaciones sustantivas y disposiciones que confieren jurisdicción

75. Conforme a la regla general de interpretación enunciada en el Artículo 31 de la Convención de Viena, el intérprete debe examinar el tratado a la luz de diversos elementos que, para utilizar la terminología de la Comisión de Derecho Internacional, “se meten en el crisol” y a partir de cuya interrelación “se obtendría la interpretación jurídicamente pertinente”⁴⁴. (Traducción del Árbitro). El texto del Tratado debe considerarse teniendo en cuenta no simplemente sus propios términos, sino también otros elementos⁴⁵. El párrafo 3 del Artículo 31 agrega que también debe tenerse en cuenta, conjuntamente con el contexto, “toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”. Tal como lo señaló Sir Ian Sinclair en su comentario sobre la Convención de Viena, “todas las disposiciones de un tratado deben leerse no solo en su propio contexto, sino en el más amplio contexto del derecho internacional general, convencional o consuetudinario”⁴⁶. (Traducción del Árbitro). El propio preámbulo de la Convención de Viena especifica que “las controversias relativas a los tratados, al igual que las demás controversias internacionales deben resolverse... de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional”.
76. En los párrafos 35 a 37 expresé mi coincidencia con los tribunales anteriores que han caracterizado la disposición sobre “recurso previo” como de carácter jurisdiccional. Esto me lleva a considerar el Tratado a la luz de la distinción entre obligaciones sustantivas y disposiciones jurisdiccionales de tratados. En algunos casos en que se han opuesto excepciones a su jurisdicción para entender en reclamaciones sobre supuesta violación de tratados, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) ha considerado que existe una clara distinción entre las obligaciones sustantivas de un tratado y la adjudicación, a la Corte, de jurisdicción para resolver casos⁴⁷.

⁴⁴ A/CONF.39/11/Add.2, 39, párrafo 8.

⁴⁵ *Case concerning the Arbitral Award of 31 July 1989 (Guinea-Bissau c. Senegal)*, ICJ Reports 1991, 53.

⁴⁶ Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, (Manchester University Press) (2a. edición), pág. 139.

⁴⁷ *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (República Democrática del Congo c. Rwanda)*, *Jurisdicción y Admisibilidad*, Sentencia de 3 de febrero de 2006, ICJ Reports 2006, 6, párrafos 64-65, en que la Corte señaló que anteriormente había hecho hincapié en que el carácter *erga omnes* de una norma y la regla de consentimiento a la jurisdicción son dos cosas diferentes. Véase también *Case Concerning East Timor (Portugal c. Australia)*, ICJ Reports 1995, Sentencia de 30 de junio de 1995, pág. 90, en que la Corte declaró lo siguiente:

“26. La Corte recuerda, a ese respecto, que uno de los principios fundamentales de su Estatuto es que ella no puede pronunciarse sobre una diferencia entre Estados a menos que esos Estados hayan consentido su jurisdicción. Este principio fue reafirmado en la sentencia dictada por la Corte en el caso referente a *Monetary Gold Removed from Rome in 1943* y confirmado en varias de sus subsiguientes decisiones (véanse *Continental Shelf (Jamahiriya Árabe*

77. Esto ha sido reafirmado en fecha tan reciente como abril de 2011 cuando la CIJ concluyó que las condiciones previas establecidas en el Artículo 22 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial “constituyen condiciones de cumplimiento previo para que la Corte pueda asumir jurisdicción”⁴⁸. (Traducción del Árbitro).
78. El Profesor Campbell McLachlan QC, entre otros, ha hecho constar esa distinción general en el tratado del que es autor junto con Shore y Weiniger:
- ... Tal como la CIJ señaló en el caso *Timor-Leste (Portugal) c. Australia*, la cuestión del alcance de la aplicación de una obligación sustantiva es totalmente independiente de la referente al otorgamiento de jurisdicción a un tribunal internacional. En derecho internacional, la jurisdicción depende exclusivamente del consentimiento⁴⁹. (Traducción del Árbitro).
79. Por lo tanto, considerar las disposiciones del Tratado sobre resolución de controversias como idénticas a las obligaciones sustantivas que las preceden parece no coincidir con la distinción entre ambas cosas realizada por el derecho y la práctica generales en el plano internacional.

El problema de la secuencia

80. Ya he aludido a mi preocupación sobre la aplicación, por la mayoría, de la cláusula NMF en su interpretación del Tratado conforme a la potestad que surge del principio *Kompetenz-Kompetenz*. A mi juicio, en consonancia con el enfoque articulado por la CIJ, que acaba de mencionarse, se plantea una cuestión de secuencia en el establecimiento de la jurisdicción de un tribunal al amparo de un tratado de inversiones. Durante la audiencia solicité a ambas partes que formularan

Libia/Malta), Solicitud de Autorización para Intervenir, Sentencia, I. C. J. Reports 1984, pág. 25, párrafo 40; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos de América)*, Jurisdicción y Admisibilidad, Sentencia, I. C. J. Reports 1984, pág. 431, párrafo 88; *Frontier Dispute (Burkina Faso/República de Malí)*, Sentencia, I. C. J. Reports 1986, pág. 579, párrafo 49; *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras)*, Solicitud para Intervenir, Sentencia, I. C. J. Reports 1990, págs. 114-116, párrafos 54-56, y pág. 112, párrafo 73, y *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru c. Australia)*, Excepciones Preliminares, Sentencia, I. C. J. Reports 1992, págs. 259-262, párrafos 50-55”. (Traducción del Árbitro.)

⁴⁸ El Artículo 22 de la Convención establece: “Toda controversia entre dos o más Estados partes con respecto a la interpretación o a la aplicación de la presente Convención, que no se resuelva mediante negociaciones o mediante los procedimientos que se establecen expresamente en esta Convención, será sometida a la decisión de la Corte Internacional de Justicia a instancia de cualquiera de las partes en la controversia, a menos que éstas convengan en otro modo de solucionarla”. Caso referente a *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia c. Federación de Rusia)*, Sentencia del 1 de abril de 2011. La Corte formula sus consideraciones sobre asunción de jurisdicción en el párrafo 141.

⁴⁹ McLachlan, Shore y Weiniger, nota 6, *supra*, pág. 257. Véase también Douglas, nota 32, *supra*, pág. 103.

comentarios sobre este tema, porque me parecía vinculado con el análisis de la posible relación entre la cláusula NMF específica que estaba en cuestión en este caso y el mecanismo de arbitraje de diferencias entre inversionistas y Estados⁵⁰.

81. El factor secuencial entra en juego del modo siguiente: para evitar los efectos del Artículo 10, la Demandante invoca una obligación contenida en el Tratado para “desplazar” los requisitos que éste impone para que pueda iniciarse una reclamación internacional⁵¹. A mi juicio, buscar la aplicación de determinada regla de trato en el Tratado para crear jurisdicción equivale a poner la carreta delante de los bueyes⁵².

⁵⁰ Transcripción, día 2, págs. 24-31, págs. 91-94.

⁵¹ Réplica de Hochtief sobre Excepciones a la Jurisdicción, párrafo 68.

⁵² En lugar de utilizar las distinciones entre “sustantivo/jurisdiccional” o “sustantivo/procesal” que aparecen en la literatura especializada, en su reciente opinión disidente y concurrente en el caso *Impregilo*, la Profesora Brigitte Stern distingue entre “derechos y ... condiciones fundamentales para acceder a los derechos”. Esa posición concuerda con mi interpretación de la distinción entre mecanismos de protección contenidos en los tratados y los medios para hacer efectivos dichos mecanismos, pero he utilizado el término “sustantivas” para calificar obligaciones de trato tales como la de no expropiar sino en consonancia con las condiciones del tratado, el estándar de trato justo y equitativo, etc.

82. Si hubiera de considerarse cualquier otra disposición sustantiva de un tratado de inversiones, como la de protección contra una expropiación sin indemnización, de presentar un demandante una reclamación alegando haber sufrido una expropiación en violación de un tratado, sin que ese demandante hubiera prestado primero su consentimiento al mecanismo de arbitraje en la forma especificada en el tratado, la respuesta del tribunal consistiría en declararse desprovisto de jurisdicción para entender en esa reclamación, a falta de un acuerdo para recurrir al arbitraje. Un tribunal no puede pronunciarse sobre los derechos de alguien si las partes no han cumplido los requisitos jurisdiccionales que constituyen el umbral para reclamar la observancia de esos derechos, pero es evidente que en la Decisión sobre Jurisdicción se aplica esa cláusula sobre trato para no aplicar el requisito de litigar durante un periodo de 18 meses que dispone el Artículo 10(3)(a)⁵³.
83. Por las razones que anteceden, en particular por mi discrepancia con el análisis de la mayoría sobre el Artículo 3 y su relación con el Artículo 10, no puedo compartir en su totalidad la Decisión. No obstante, acepto la decisión de mis colegas y coincido con la consideración de que la excepción ha puesto de manifiesto la dificultad que encierra la cuestión. Como lo señalo en el párrafo 1, ciertamente comparto el resto de lo decidido por el Tribunal con respecto a las excepciones puestas por Argentina.

[firmado]

J. Christopher Thomas, Q.C.

[7/10/2011]

Fecha: _____

⁵³ Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 82. El Tratado entre Argentina y Alemania no fue modificado por el Tratado entre Argentina y Chile. Douglas formula el argumento en términos similares: “El demandante debe alegar un derecho a un trato más favorable reclamando a través de la cláusula sobre trato de NMF que contenga el tratado base. Solo puede hacerlo incoando procedimientos de arbitraje y, por lo tanto, aceptando los términos de la oferta de arbitraje contenida en el tratado base. Es en ese punto que comienza a existir un acuerdo sobre arbitraje entre el demandante y el Estado receptor, acuerdo cuya existencia es una condición esencial de viabilidad del régimen de arbitraje concebido por el tratado de inversiones...” (Traducción del Árbitro), nota 32, *supra*, págs. 106-107. Douglas alega, a mi juicio con acierto, que la cláusula sobre trato de NMF no incorpora automáticamente al tratado base el contenido de un tercer tratado, lo que hace improcedente el argumento de HOCHTIEF de que el Tratado Argentina-Chile “desplaza” el Artículo 10 del Tratado Argentina-Alemania.