

EN EL ASUNTO BAJO EL REGLAMENTO DE ARBITRAJE CNUDMI

entre

NATIONAL GRID PLC
(Demandante)

y

REPÚBLICA ARGENTINA
(Demandada)

DECISIÓN SOBRE COMPETENCIA

Miembros del Tribunal

Dr. Andrés Rigo Sureda, Presidente
E. Whitney Debevoise, Árbitro
Profesor Alejandro Garro, Árbitro

Secretaria del Tribunal

Sra. Mercedes Cordido-Freytes de Kurowski

Representando a la Demandante

Sr. Nigel Blackaby
Sr. Lluís Paradell
Sra. Andrea Saldarriaga
Freshfields Bruckhaus Deringer
París, Francia

Dr. Uriel O'Farrell
Estudio O'Farrell
Buenos Aires, Argentina

Representando a la Demandada

El Dr. Osvaldo César Guglielmino
Procurador del Tesoro de la Nación
Argentina

Washington, D.C., el 20 de junio de 2006

INDICE DE MATERIAS

	Página
I. PROCEDIMIENTO	1
II. HECHOS	7
A. El proyecto de inversión	7
B. Hechos que dan lugar a la diferencia	9
C. Notificación de la controversia y la reclamación.....	11
III. CONSENTIMIENTO AL ARBITRAJE	12
IV. DERECHO APLICABLE	12
V. EXCEPCIONES A LA COMPETENCIA	13
1. Primera Excepción: <i>La cláusula de la nación más favorecida (“NMF”) invocada no se aplica a los efectos de brindar al inversor un mecanismo de solución de controversias más favorable</i>	13
a) Posiciones de las partes	
i) Posición de la Demandada.....	14
ii) Posición de la Demandante	19
b) Consideraciones del Tribunal.....	26
2. Segunda Excepción: <i>La Demandante no es un “inversor”</i>	33
a) Posiciones de las partes	
i) Posición de la Demandada.....	33
ii) Posición de la Demandante	36
b) Consideraciones del Tribunal.....	43
3. Tercera Excepción: <i>La diferencia no es una “controversia en materia de inversión”</i>	46
a) Posiciones de las partes	
i) Posición de la Demandada.....	46
ii) Posición de la Demandante	49
b) Consideraciones del Tribunal.....	54
4. Cuarta Excepción: <i>La controversia no es una “diferencia de naturaleza jurídica”</i>	56

INDICE DE MATERIAS

	Página
a) Posiciones de las partes	
i) Posición de la Demandada.....	56
ii) Posición de la Demandante.....	60
b) Consideraciones del Tribunal.....	63
5. Quinta Excepción: <i>Cartas de entendimiento</i>	64
a) Posiciones de las partes	
i) Posición de la Demandada.....	65
ii) Posición de la Demandante.....	66
b) Consideraciones del Tribunal.....	66
6. Sexta Excepción: <i>Competencia exclusiva de los tribunales federales de la Ciudad de Buenos Aires</i>	67
a) Posiciones de las partes	
i) Posición de la Demandada.....	67
ii) Posición de la Demandante.....	68
b) Consideraciones del Tribunal.....	69
VI. DECISIÓN	70

National Grid plc c. la República Argentina

Decisión sobre Competencia

I. PROCEDIMIENTO

1. Mediante notificación fechada el 25 de abril de 2003, National Grid Transco plc¹ (“National Grid” o “la Demandante”) solicitó la iniciación de un procedimiento de arbitraje contra la República Argentina (o “la Demandada”) conforme al Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (“el Reglamento”), según lo previsto en el Convenio celebrado entre el Gobierno del Reino Unido e Irlanda del Norte y el Gobierno de la República Argentina para la Promoción y la Protección de Inversiones, suscrito el 11 de diciembre de 1990, que entró en vigencia el 19 de febrero de 1993 (“el Tratado”).

2. La Demandante y la Demandada designaron como árbitros al Sr. Eli Whitney Debevoise y al profesor Alejandro Garro, respectivamente. Conforme a lo dispuesto en el Artículo 7(1) del Reglamento, los árbitros designados por las partes seleccionaron al Sr. Andrés Rigo Sureda como tercer árbitro y presidente del Tribunal.

3. El 29 de marzo de 2004 el Tribunal Arbitral dictó su Orden de Procedimiento No. 1, dejando constancia de que se había constituido conforme al Reglamento y proponiendo a las partes una fecha para una reunión preparatoria con las partes.

4. Los Sres. Nigel Blackaby, Lluís Paradell y Uriel O’Farrell y la Sra. Andrea Saldarriaga representan a la Demandante. El Dr. Osvaldo César Guglielmino, Procurador del Tesoro de la Nación Argentina, representa a la Demandada. El Dr. Juan José Galeano y la profesora Beatriz Pallarés, siguiendo

¹ Por carta del 19 de agosto de 2005, la Demandante puso en conocimiento del Tribunal que su nombre había cambiado de National Grid Transco plc a National Grid plc.

instrucciones del Procurador del Tesoro de la Nación Argentina, representaron a la Demandada en la reunión preparatoria.

5. En el curso de dicha reunión, que tuvo lugar en Washington, D.C. (Estados Unidos) el 25 de junio de 2004, las partes confirmaron que el Tribunal se había constituido en debida forma de acuerdo con lo previsto en el Reglamento, sin que se impugnara la designación de ninguno de sus miembros.

6. Las partes acordaron también otros asuntos procesales más tarde recogidos en las actas suscritas por el Presidente del Tribunal. En la reunión se acordó que Washington, D.C. fuera la sede del arbitraje. También se acordó que las partes solicitarían al Secretariado del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“el CIADI”) que prestará servicios administrativos para el procedimiento de arbitraje.

7. Por cartas del 28 de junio y del 1 de julio de 2004, las partes solicitaron dichos servicios del Secretariado del CIADI. Por carta del 9 de julio de 2004, el Secretario General interino del CIADI informó a las partes y a los miembros del Tribunal que el Centro prestaría servicios administrativos para el procedimiento de arbitraje, como se le solicitó. El 11 de agosto de 2004, el Sr. Francisco Ceballos, abogado del CIADI, fue designado como Secretario del Tribunal.

8. El 12 de julio de 2004, el Tribunal dictó la Orden de Procedimiento No. 2, referente a la presentación de los escritos de las partes. El Tribunal intimó a la Demandante a presentar su escrito de demanda dentro de un plazo de cuatro meses, contado a partir de la fecha en que recibiera la Orden de Procedimiento No. 2. Se indicó a la Demandada que si optaba por no oponer excepciones en materia de competencia debía presentar su contestación dentro de un plazo de cuatro meses, contado a partir de la fecha en que hubiera recibido el escrito de demanda, disponiendo la Demandante, para presentar su réplica, de un plazo de dos meses, contado a partir de la fecha en que recibiera el escrito de contestación, y la Demandada su dúplica dentro de un plazo de dos

meses contado a partir de la fecha en que recibiera la réplica. En caso de que la Demandada opusiera excepciones a la competencia del Tribunal, debía hacerlo dentro de un plazo de dos meses contados a partir de la fecha en que recibiera el escrito de demanda; la Demandante dispondría entonces de dos meses para presentar la contestación a dichas excepciones, y el Tribunal se pronunciaría sobre la necesidad de un intercambio ulterior de escritos o audiencias referentes a su competencia. El Tribunal dispuso asimismo que, en caso de que se declarara competente, la Demandada dispondría de cuatro meses, contados a partir de la fecha en que recibiera la decisión del Tribunal, para presentar su escrito de contestación, descontándose el tiempo transcurrido entre la fecha de la presentación del escrito de demanda y la del escrito oponiendo excepciones a la competencia.

9. El 16 de noviembre de 2004, la Demandante presentó la versión en inglés de su Escrito de Demanda, y el 1 de diciembre de 2004 presentó la respectiva traducción al español.

10. El 14 de diciembre de 2004, el Tribunal informó a las partes que, conforme a lo dispuesto en su Orden de Procedimiento No. 2, si la Demandada opusiera excepciones a la competencia debía hacerlo a más tardar el 10 de febrero de 2005. En caso contrario debía presentar su escrito de contestación de la demanda a más tardar el 11 de abril de 2005.

11. El 15 de diciembre de 2004, la Demandada recusó al Presidente del Tribunal.

12. El 23 de diciembre de 2004, la Demandante expresó su oposición a la recusación y se reservó el derecho de presentar argumentos adicionales.

13. El 7 de enero de 2005, el Tribunal dictó la Orden de Procedimiento No. 3 estableciendo un calendario de presentación de escritos por las partes y el Presidente, en observancia del procedimiento de recusación previsto en el Reglamento. Además, ratificó los plazos establecidos en la Orden de

Procedimiento No. 2. Conforme a lo acordado por las partes y reflejado en el acta de la reunión preparatoria del 25 de junio de 2004, la mayoría de los miembros del Tribunal formarían el quórum necesario para adoptar decisiones, por lo cual los dos árbitros no recusados por la Demandada suscribieron la Orden de Procedimiento No. 3.

14. Tras el intercambio de escritos por las partes con respecto a la recusación formulada por la Demandada, el 28 de febrero de 2005 el Presidente confirmó su intención de no dimitir.

15. El 11 de marzo de 2005, el Tribunal dictó la Orden de Procedimiento No. 4, por la que se otorgó a las partes un plazo de 10 días para ponerse de acuerdo sobre la designación de una autoridad nominadora a los efectos del procedimiento previsto en el Artículo 12(1)(c) del Reglamento. Dicha resolución establecía que, a falta de acuerdo, cualquiera de las partes, conforme al Artículo 6 del Reglamento, podía solicitar al Secretario General de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya (“el Secretario General de la CPA”) que designara la autoridad nominadora. El Tribunal también reservó para el laudo la determinación de los honorarios y gastos de la autoridad nominadora y del Secretario General de la CPA, según lo previsto en el Artículo 38(f) del Reglamento.

16. A comienzos de septiembre de 2005, la Demandada completó las formalidades necesarias para solicitar al Secretario General de la CPA la designación de la autoridad nominadora.

17. El 8 de septiembre de 2005, el Secretario General de la CPA designó como autoridad nominadora a la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, con sede en París.

18. Tras recibir escritos de las partes, el 16 de diciembre de 2005 la Corte Internacional de Arbitraje rechazó la recusación del Presidente formulada por la Demandada.

19. El 10 de febrero de 2005, la Demandada presentó su escrito sobre las excepciones a la competencia, en versión en español, seguida el 25 de febrero de 2005 por la traducción al inglés.

20. El 11 de marzo de 2005, el Tribunal dictó su Orden de Procedimiento No. 4, por la que confirmó los plazos establecidos en su Orden de Procedimiento No. 2, ratificados en su Orden de Procedimiento No. 3.

21. El 18 de marzo de 2005, el Sr. Francisco Ceballos fue sustituido como Secretario del Tribunal por la Sra. Claudia Frutos-Peterson. A su vez, el 10 de mayo de 2005, la Sra. Frutos-Peterson fue sustituida como Secretaria del Tribunal por el Sr. José Antonio Rivas.

22. El 29 de abril de 2005, la Demandante presentó su contestación sobre la competencia, seguido por la traducción al español el 10 de mayo de 2005.

23. El 3 de mayo de 2005, la Demandante remitió al Tribunal una carta en la que sugería que el debate sobre la competencia pasara a la etapa de audiencia oral sin necesidad de escritos adicionales.

24. El 27 de mayo de 2005, el Tribunal dictó su Orden de Procedimiento No. 5, por la que decidió que no se requerían nuevos escritos sobre la competencia, y dispuso asimismo la celebración de una audiencia, en fecha que se establecería en consulta con las partes.

25. El 17 de junio de 2005, el Tribunal dictó su Orden de Procedimiento No. 6 referente a la solicitud de recusación formulada por la Demandada.

26. El 5 de agosto de 2005, tras la celebración de consultas con las partes sobre su disponibilidad, el Tribunal confirmó que la audiencia sobre la competencia tendría lugar el 7 de noviembre de 2005.

27. El 10 de agosto de 2005, el Tribunal dictó su Orden de Procedimiento No. 7, referente a la solicitud de recusación, y confirmó los plazos establecidos en su Orden de Procedimiento No. 2 y ratificados en su Orden de Procedimiento No. 3.

28. El 30 de agosto y 27 de septiembre de 2005, respectivamente, el Tribunal dictó las Órdenes de Procedimiento No. 8 y No. 9, relacionadas con la solicitud de recusación formulada por la Demandada y confirmando que la audiencia sobre la competencia tendría lugar el 7 de noviembre de 2005.

29. La audiencia sobre la competencia tuvo lugar el 7 de noviembre de 2005, en Washington, D.C. En ella representaron a la Demandante los Sres. Nigel Blackaby, Lluís Paradell y Uriel O'Farrell y la Sra. Andrea Saldarriaga. Los Sres. Blackaby, Paradell y O'Farrell se dirigieron al Tribunal en nombre de la Demandante. La Demandada estuvo representada por los Dres. Martín Moncayo von Hase, Ariel Martins Mogo y Florencio Travieso, de la Procuración del Tesoro de la Nación Argentina, quienes se dirigieron al Tribunal en nombre de la Demandada.

30. Por carta del 9 de noviembre de 2005, el Tribunal reiteró la invitación formulada a la Demandada en el curso de la audiencia sobre competencia para que informara al Tribunal sobre el estado de las renegociaciones de determinados contratos sobre inversiones extranjeras en Argentina. Por carta del 24 de noviembre de 2005, la Demandada informó al Tribunal. Por carta del 15 de diciembre de 2005, la Demandante formuló comentarios sobre la información proporcionada por la Demandada.

31. El 23 de diciembre de 2005, el Director interino del CIADI informó al Tribunal que se había designado a la Sra. Mercedes Kurowski para sustituir al Sr. José Antonio Rivas como Secretario del Tribunal.

II. HECHOS

A. El proyecto de inversión

32. La diferencia se plantea en el contexto del programa de privatización llevado a cabo por la Demandada a principios de la década de los noventa; de las garantías ofrecidas a los inversores que adquirieron activos en el sector de la electricidad; y de las medidas adoptadas por la Demandada para poner fin a la crisis económica que experimentó en 2001-2002.

33. Antes de la privatización, el patrimonio de energía eléctrica de la Demandada era operado por *Agua y Energía Sociedad del Estado* (“A y E”), *Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires S.A.* (“SEGBA”) e *Hidroeléctrica Nordpatagónica S.A.* (“Hidronor”).

34. Esas tres empresas fueron reestructuradas a los efectos de la privatización en virtud de lo dispuesto por el Decreto 634/91, del 12 de abril de 1991², y por la Ley 24.065, del 16 de enero de 1992³ (“la Ley de Electricidad”). Conforme a ese marco jurídico, los activos de generación, transmisión y distribución de la energía eléctrica pertenecientes a esas tres empresas del Estado se dividieron en unidades operativas individuales. Así, los activos de transmisión de energía eléctrica que pertenecían a A y E, SEGBA e Hidronor fueron transferidos a una compañía nacional de transmisión de energía eléctrica de alta tensión, la *Compañía de Transporte de Energía Eléctrica en Alta Tensión S.A.* (“Transener”) y seis compañías regionales.

35. En diciembre de 1992, la Demandada ofreció en venta, a través de un proceso de licitación internacional, el 65% de las acciones de Transener, conforme a las condiciones estipuladas en las normas de la licitación⁴.

² Documento de Prueba N° 11 de la Demandante. En lo sucesivo, los documentos de prueba de la Demandante se designan con la letra “D”, seguida por el número de documento.

³ Documento de Prueba D-13.

⁴ Véase “Pliego de Bases y Condiciones de Concurso Público Internacional para la Venta del 65% de las Acciones de la Compañía de Transporte de Energía Eléctrica en Alta Tensión Transener S.A.” (“Normas de la Licitación de Transener”). Documento de Prueba D-20.

Paralelamente la Demandada aprobó las condiciones de un contrato de concesión por 95 años confiriendo a Transener el derecho de prestar servicios de transmisión de energía eléctrica de alta tensión en Argentina (“la Concesión”)⁵.

36. A su vez, las provincias argentinas privatizaron los activos de energía eléctrica bajo su jurisdicción. Así, en 1997 la Provincia de Buenos Aires (“la Provincia”) puso en marcha un proceso de licitación pública internacional para la venta del 90% de las acciones de la *Empresa de Transporte de Energía Eléctrica por Distribución Troncal de la Provincia de Buenos Aires S.A.* (“Transba”), conforme a las condiciones aprobadas por el Decreto 107/97 de la Provincia, del 10 de enero de 1997 (“Normas de la Licitación de Transba”)⁶. En julio de 1997, la Provincia aprobó las condiciones de una concesión por 95 años confiriendo a Transba el derecho de prestar servicios de energía eléctrica de alta tensión dentro de la Provincia (“la Concesión de Transba”)⁷.

37. En 1993, National Grid Finance B.V., filial en plena propiedad de National Grid, junto con dos compañías de los Estados Unidos —Duke Transener Inc. (“Duke”) y Entergy Corp. (“Entergy”)— y dos compañías argentinas —*SADE Ingeniería y Construcciones S.A.* (“SADE”), filial en plena propiedad de Pérez Companc (“Pérez Companc”), y *Eléctrica del Plata S.A.*, filial de *Sociedad Comercial del Plata S.A.* (“SCP”)— formaron un consorcio para participar en la licitación internacional de acciones de Transener (“el Consorcio”)⁸. El Consorcio constituyó una compañía argentina —la *Compañía Inversora en Transmisión Eléctrica Citelec S.A.* (“Citelec”)— como vehículo para su inversión en Transener⁹. National Grid adquirió inicialmente una participación del 15% en el capital accionario de Citelec por un monto de US\$18,5 millones.

⁵ Documento de Prueba D-26.

⁶ Documento de Prueba D-40.

⁷ Documento de Prueba D-50.

⁸ Documento de Prueba D-22.

⁹ Documento de Prueba D-24.

38. Citelec ganó la licitación, adquiriendo el 65% de las acciones de Transener por un monto de 234,1 millones de dólares de Estados Unidos (“dólares”), asumiendo deudas por un monto de 54,2 millones de dólares transferidas a Transener, y comprometiéndose a realizar inversiones por la suma de 37 millones de dólares. El 30 de junio de 1993, Transener suscribió con el Gobierno Argentino el respectivo contrato de concesión (“el Contrato de Concesión”)¹⁰, y el 17 de julio de 1993 se hizo cargo de la operación del sistema de electricidad en alta tensión. Ulteriormente, National Grid adquirió un 26,25% más de las acciones de Citelec por un monto de US\$48,8 millones, y aprobó la adquisición por parte de Transener de una participación accionaria del 90% en Transba por un monto de 220,2 millones de dólares y la asunción de una deuda de 10 millones de dólares con el Gobierno de la Provincia. Más tarde, Transener efectuó inversiones en mejorar el sistema de transmisión de energía eléctrica y en proyectos de expansión. En 1997, 1999 y 2001 se le adjudicaron a Transener sendos contratos de construcción, operación y mantenimiento de líneas de transmisión, a cambio de pagos periódicos efectuados por los beneficiarios de las líneas. Esos pagos o cánones debían calcularse en dólares de los Estados Unidos y reajustarse periódicamente en función del índice de los precios al consumidor (“IPC”) de los Estados Unidos y del índice de los precios al productor (“IPP”) de los Estados Unidos.

39. En diciembre de 1999, National Grid adquirió un 1,243% adicional del paquete accionario de Citelec a través de la capitalización de contribuciones efectuadas por National Grid en octubre de 1999, por un monto de 32 millones de dólares.

B. Hechos que dan lugar a la diferencia

40. El 6 de enero de 2002, la Ley 25.561 —Ley de Emergencia Pública

¹⁰ El Contrato de Concesión y el contrato relacionado con la Concesión de Transba se designan colectivamente “los Contratos”. Transener y Transba se designan colectivamente “los Concesionarios”. Puede consultarse el Contrato de Concesión en Documento de Prueba D-26 y la Concesión de Transba en Documento de Prueba D-50.

y Reforma del Régimen Cambiario— (“la Ley de Reforma”)¹¹ abolió el sistema de convertibilidad establecido por la Ley de Convertibilidad en 1991¹² y eliminó por ministerio de la ley el derecho de calcular las tarifas de los servicios públicos en dólares y de ajustarlas en función de índices de precios internacionales. Conforme a lo dispuesto por esa ley, las mencionadas tarifas debían convertirse a pesos argentinos (“pesos”) a razón de un peso por dólar y mantenerse congeladas en ese nivel (la denominada “pesificación”). Todas las restantes obligaciones de pagos denominadas en dólares y su reajuste en función de índices internacionales corrieron la misma suerte. En abril de 2003, el peso había caído a un nivel de 2,90 pesos por dólar.

41. La Ley de Reforma prohibió a las compañías de transmisión de electricidad y servicios públicos suspender el cumplimiento de las obligaciones que les imponían sus concesiones y licencias, o modificar sus términos. También previó la renegociación de los contratos de servicios públicos. Al presentar esta reclamación, National Grid afirmó que el proceso de renegociación había sido infructuoso. La Demandada cuestiona esa aseveración y cuestiona la competencia del Tribunal, basándose, *inter alia*, en la existencia de un proceso de negociación en curso relacionado con el objeto de la presente diferencia¹³.

42. La Demandante alega que el impacto de la Ley de Reforma y de los ulteriores reglamentos adversos adoptados por la Demandada (“las Medidas”) privaron de todo valor su inversión en Transener, estimando las pérdidas entre 100 y 130 millones de dólares¹⁴.

43. En marzo de 2004, National Grid acordó la venta de sus acciones en Citelec a Dolphin Management S.A. (“Dolphin”), por un monto de 14 millones

¹¹ Documento de Prueba D-69.

¹² Ley 23.928 del 27 de marzo de 1991, Documento de Prueba D-10.

¹³ Memorial de la Demandada sobre la Competencia, párrafos 174-182; Anexo Documental 6 de la Demandada.

¹⁴ Escrito de Demanda, párrafos 23-24; Documento de Prueba D-67.

de dólares. La Demandante alega que esa venta se realizó para mitigar sus pérdidas y que se dejó expresa constancia de que no afectaba sus derechos en este arbitraje¹⁵.

C. Notificación de la controversia y la reclamación

44. Tras la adopción de las Medidas, el 10 de abril de 2002 la Demandante notificó a la Demandada la existencia de una controversia sobre inversiones y promovió la iniciación de negociaciones y consultas para su arreglo amistoso, según lo previsto en el Artículo 8 del Tratado¹⁶. En la notificación se invocó expresamente el Artículo 3, que es el artículo del Tratado que se refiere al tratamiento de nación más favorecida, y se reclamó el beneficio del Artículo VII(2) del Tratado sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones suscrito entre los Estados Unidos y la República Argentina (el “TBI Estados Unidos-Argentina”)¹⁷, que prevé el arbitraje internacional tras un período de seis meses de negociación y exime del requisito de acudir previamente a los tribunales de justicia argentinos.

45. El 28 de agosto de 2002, la Demandante remitió a la Demandada una carta de seguimiento, reiterando la solicitud de un arreglo amistoso¹⁸.

46. El 27 de septiembre de 2002, el Procurador del Tesoro de la Nación, Rubén Miguel Citara, respondió y propuso la suspensión por mutuo acuerdo del período de negociaciones hasta la fecha en que hubiera tenido lugar el proceso de renegociación de los contratos de servicios públicos. La Demandante contestó el 17 de octubre de 2002 distinguiendo entre la renegociación de las concesiones con participación de Transener y Transba y las negociaciones con la Demandante referentes a sus reclamaciones dentro del

¹⁵ Escrito de Demanda, párr. 24.

¹⁶ Documento de Prueba D-77.

¹⁷ Tratado entre los Estados Unidos de América y la República Argentina sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, de fecha 14 de noviembre de 1991, *que puede consultarse en* http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/argentina_us.pdf.

¹⁸ Documento de Prueba D-87.

marco del Tratado¹⁹. La Demandante rechazó la propuesta de suspensión o prórroga del plazo para la realización de negociaciones amistosas, aunque se declaró dispuesta a reunirse con las autoridades para entablar negociaciones.

47. El 20 de febrero de 2003, la Demandante escribió nuevamente a la Demandada manifestando estar dispuesta a una reunión para examinar cómo solucionar la controversia, pese a la expiración del plazo de negociaciones de seis meses²⁰.

48. El 25 de abril de 2003, la Demandante presentó su Notificación del Arbitraje.

III. CONSENTIMIENTO AL ARBITRAJE

49. Salvo como se indica más adelante, las partes en la diferencia han consentido al arbitraje y no hay duda alguna o controversia sobre su consentimiento. La Demandada ha consentido al arbitraje al ofrecer, según los términos del Tratado, la opción de arreglar mediante este mecanismo las diferencias que pudieran surgir con inversores que gozan de la nacionalidad del otro Estado. La Demandante ha consentido al arbitraje al presentar su Notificación del Arbitraje. Según el Artículo 3.2 del Reglamento, el procedimiento se inició en la fecha en que la Demandada recibió la Notificación del Arbitraje²¹.

IV. DERECHO APLICABLE

50. El derecho aplicable a los efectos de la determinación de la competencia del Tribunal no ha sido objeto de controversia entre las partes, que

¹⁹ Documento de Prueba D-94.

²⁰ Documento de Prueba D-109.

²¹ El Reglamento no requiere que el consentimiento sea dado por las partes en el mismo instrumento. En el caso de arbitrajes según los términos de un convenio bilateral sobre inversiones, los tribunales arbitrales han decidido de forma uniforme que el Estado otorga su consentimiento en el convenio en cuestión y el inversor en el instrumento que inicia el procedimiento arbitral. Véase *American Manufacturing & Trading, Inc. c. República de Zaire* (Laudo) 36 *ILM* (1997) p. 1531, párr. 5.23, y *Lanco International, Inc. c. República Argentina* (Decisión Preliminar sobre Jurisdicción), 40 *ILM* (2001) p. 454, párr. 42-44.

sólo se han referido indirectamente al asunto en sus escritos²².

51. La competencia del Tribunal se rige por los términos de los instrumentos donde las partes expresan su intención de someter a arbitraje la diferencia identificada en la Notificación del Arbitraje. El Artículo 21(1) del Reglamento faculta al Tribunal para decidir sobre excepciones a su competencia. En consecuencia, la tarea del Tribunal consiste en determinar si la diferencia descrita en la Notificación del Arbitraje cae dentro de los términos del Artículo 8 del Tratado y el Tribunal tiene autoridad para decidir las excepciones planteadas por la Demandada. En la medida que esta tarea requiera interpretar el Tratado, el Tribunal debe seguir las reglas incorporadas en los Artículos 31 y 32 de la Convención sobre el Derecho de los Tratados (“la Convención de Viena”),²³ que refleja el derecho internacional consuetudinario. El Tribunal señala asimismo que la Convención de Viena es obligatoria para los Estados parte del Tratado.²⁴

V. EXCEPCIONES A LA COMPETENCIA

52. La Demandada ha opuesto seis excepciones a la competencia del Tribunal. El Tribunal las considerará en el orden en que han sido planteadas.

1. Primera excepción: La cláusula de la nación más favorecida (“NMF”) invocada no se aplica a los efectos de brindar al inversor un mecanismo de solución de controversias más favorable

53. La Demandante sometió a arbitraje su reclamación sin antes someterla a los tribunales argentinos, según lo previsto en los Artículo 8(1) y Artículo 8(2)(a) del Tratado. El Artículo 8(2)(a) sólo permite a un reclamante iniciar procedimientos de arbitraje si los tribunales de la Demandada no han

²² Véase, por ejemplo, Memorial de la Demandada sobre la Competencia, párr. 62.

²³ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, (23 de mayo de 1969), 1155 U.N. Treaty Series 331.

²⁴ La República Argentina suscribió la Convención de Viena el 23 de mayo de 1969 y la ratificó el 5 de diciembre de 1972; el Reino Unido suscribió la Convención el 20 de abril de 1970 y la ratificó el 25 de junio de 1971.

dictado una sentencia definitiva dentro de un plazo de 18 meses contado a partir de la fecha en que la controversia se haya sometido a su consideración. La Demandante consideró innecesario presentar una reclamación ante los tribunales argentinos, basándose en que la cláusula sobre solución de controversias contenida en el tratado entre Estados Unidos y Argentina²⁵ no lo requiere. Según la Demandante, el Artículo 3(2) del Tratado faculta a un inversor que goza de la nacionalidad del Reino Unido a basarse en el régimen de procedimiento más favorable contenido en dicho tratado. También sostuvo que el requisito de previa presentación de su reclamación ante los tribunales locales es un paso procesal que provoca ineficiencia y desigualdad en materia de solución de controversias y, por lo tanto, va en detrimento del objeto y fin del Tratado. Consideraremos primero los argumentos de las partes relacionados con la aplicación de la cláusula NMF, que serán seguidos por las consideraciones y conclusiones del Tribunal.

a) Posiciones de las partes

i) Posición de la Demandada

54. La Demandada se opone a la aplicación de la cláusula NMF en el presente caso. Sostiene que esa cláusula se rige por el principio *ejusdem generis*, enunciado por la Comisión de Derecho Internacional (“CDI”) en los siguientes términos: “El Estado beneficiario no podrá invocar, en virtud de la cláusula de la nación más favorecida, otros derechos que los relativos al objeto de la cláusula y que estén comprendidos en el ámbito de la misma”²⁶. Este principio fue aplicado por la comisión de arbitraje que decidió el caso *Ambatielos*: “La Comisión sostiene que la cláusula de la nación más favorecida sólo puede atraer asuntos pertenecientes a la misma categoría de aquellos con

²⁵ TBI Estados Unidos-Argentina, nota 17, *supra*.

²⁶ Artículo 7 del Proyecto de Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la cláusula de la nación más favorecida, contenido en el Volumen II del Informe Anual de la Comisión de Derecho Internacional de 1973, U.N. Doc. A/CN.4/266. Autoridad Legal de la Demandada No 1.

los que se relaciona la propia cláusula”²⁷.

55. La Demandada sostiene asimismo que la interpretación dada por la Demandante a la cláusula NMF contenida en el Tratado haría superflua la cláusula que requiere que la controversia se plantee primero ante los tribunales locales. Así lo sostuvo el Reino Unido en el caso *Anglo-Iranian Oil Co.*:

“[El Reino Unido] sostiene que todo texto jurídico debe interpretarse en forma tal que pueda atribuirse razón y sentido a cada una de las palabras que contiene. Puede afirmarse que este principio en general es de aplicación preceptiva al interpretar el texto de un tratado...”²⁸

56. Como tercer argumento, la Demandada alega que a la luz del propio Tratado resulta evidente que las partes no tuvieron la intención de incluir la solución de controversias en el ámbito de aplicación de la cláusula NMF. El Artículo 3(2) reza así:

“Ninguna Parte Contratante someterá en su territorio a los inversores de la otra Parte Contratante, **en cuanto se refiere a la gestión, mantenimiento, uso, goce o liquidación** de sus inversiones, a un tratamiento menos favorable que el otorgado a sus propios inversores o a los inversores de cualquier tercer Estado.”²⁹

57. La Demandada observa que el texto del Artículo 3(2) del Tratado difiere del de la cláusula NMF contenida en el TBI celebrado entre España y la República Argentina, en la cual se apoyó el tribunal arbitral que entendió en el caso *Maffezini*,³⁰ en el sentido de que dicha cláusula, conforme lo alega la Demandante, comprende cuestiones relacionadas con la solución de

²⁷ *Ambatielos (Grecia c. Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte)*, Laudo (6 de marzo de 1956), XII R.I.A.A. 91, 107). (Traducción al español del Tribunal.)

²⁸ *Anglo-Iranian Oil Co. (Reino Unido c. Irán)*, Excepción Preliminar (22 de julio de 1952), [1952] ICJ Reports 93, 105). (Traducción al español del Tribunal.)

²⁹ Tratado, Art. 3(2) (*como aparece en el Memorial de la Demandada sobre la Competencia*, párr. 39). (Énfasis agregado por el Tribunal.)

³⁰ *Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/97/7, Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la jurisdicción (25 de enero de 2000), 16 ICSID Rev.—FILJ 212 (2001).

controversias y en las que la Demandante basa su argumento. Contrariamente a lo que alega la Demandante, la Demandada sostiene que el texto de la cláusula NMF contenida en el Tratado no es tan claro como el de las cláusulas NMF interpretadas en los casos *Ambatielos* y *Maffezini* que se referían, respectivamente, a “todas las materias relacionadas con el comercio y la navegación”³¹ y a “todas las materias regidas por el presente acuerdo”³². La comisión de arbitraje en el caso *Ambatielos*, y el tribunal arbitral en el caso *Maffezini*, dejaron constancia de que el acuerdo de que se trataba no se refería expresamente a solución de diferencias previstas en la cláusula NMF, por lo cual era necesario averiguar la intención de las partes. La Demandada señala asimismo que en el caso *Maffezini* el tribunal arbitral se cercioró de que, si aceptaba la posición del inversor, la interpretación de dicha cláusula NMF por parte del tribunal arbitral, en ese caso en particular, no necesariamente abriría las puertas a interpretaciones expansivas de otras cláusulas NMF en futuros arbitrajes.

58. La Demandada considera que su interpretación de la cláusula y su análisis del caso *Maffezini* fueron confirmados por la decisión sobre competencia recaída en el caso *Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. c. Reino Hashemite de Jordania* (“*Salini*”)³³. En ese laudo, el tribunal señaló:

“...[L]as circunstancias de este caso son diferentes. De hecho, el Artículo 3 del TBI entre Italia y Jordania no incluye ninguna disposición que amplíe el enfoque o el alcance de su aplicación a la resolución de controversias. No contempla ‘todos los derechos abarcados por el Acuerdo’. Además, los Demandantes no han presentado nada de lo que se pudiera establecer que la intencionalidad común de las partes era que la cláusula

³¹ Memorial de la Demandada sobre la Competencia, versión en español, párr. 44 (en que se cita *Ambatielos*, nota 27, *supra*). (Traducción al español del Tribunal.)

³² *Ídem* (en que se cita *Maffezini*, nota 30, *supra*).

³³ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. c. Reino Hashemite de Jordania*, Caso CIADI No. ARB/02/13, Decisión sobre la Jurisdicción (29 de noviembre de 2004), 20 ICSID Rev.—FILJ 148 (2005).

de nación más favorecida se aplicara a la resolución de controversias”³⁴.

59. La Demandada concluye que, en el presente caso, el Tribunal tiene ante sí una situación idéntica a la que debió considerar el tribunal arbitral en el caso *Salini*. Si el texto de la cláusula NMF contenida en el Tratado es completamente diferente al de las cláusulas NMF en que basaron sus decisiones los tribunales de los casos *Ambatielos* y *Maffezini*, y diferente del de otras cláusulas NMF contenidas en otros tratados bilaterales de inversiones suscritos por el Reino Unido (como el tratado bilateral con Albania, en que la solución de controversias se incluye expresamente en el ámbito de aplicación de la cláusula NMF), la estrategia de la Demandante consiste en confundir al Tribunal. A la Demandada no le cabe duda de que las cuestiones relacionadas con la administración de justicia están excluidas del Tratado y no pueden importarse al mismo a través de la cláusula de NMF, como lo pretende la Demandante.

60. La Demandada concluye llamando la atención del Tribunal: A) sobre los objetivos reales del Artículo 8 del Tratado, que consisten en otorgar a los tribunales argentinos la posibilidad de aplicar y reivindicar el derecho internacional, y B) que sería una afrenta al derecho internacional aplicar una norma de interpretación para llegar a un resultado que difiera de la intención que tuvieron las partes al celebrar el Tratado.

61. En el curso de la audiencia, la República Argentina hizo especial hincapié en la importancia de la intención de las partes para la interpretación de la cláusula NMF. Según la Demandada, las partes del Tratado no tuvieron la intención de aplicar dicha cláusula a cuestiones de solución de controversias, lo que resulta evidente si se compara el texto de la cláusula NMF del Tratado con la incluida en el tratado bilateral de inversiones entre el Reino Unido y Albania³⁵. La Demandada invocó dos decisiones sobre jurisdicción: las de los casos

³⁴ *Ídem*, párrafo 118. (Traducción al español del Tribunal.)

³⁵ Acuerdo celebrado entre el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Gobierno de la República de Albania para la Promoción y la Protección de Inversiones, de fecha 30 de marzo de 1994, Documento de Prueba D-157.

*Salini*³⁶ y *Plama c. Bulgaria*³⁷. Esta última decisión se dictó posteriormente a la fecha en que la Demandada presentó su Memorial sobre Competencia. La Demandada señaló que en el caso *Salini* el tribunal arbitral, tras comparar el TBI España-Argentina con el TBI Italia-Jordania, concluyó que las circunstancias de ese caso eran diferentes:

“De hecho, el Artículo 3 del TBI entre Italia y Jordania no incluye ninguna disposición que amplíe el enfoque, o el alcance de su aplicación a la resolución de controversias. No contempla todos los derechos o todos los asuntos abarcados por el Acuerdo. Además, los Demandantes no han presentado nada de lo que *se pudiera* establecer que la intencionalidad común de las partes era que la cláusula de nación más favorecida se aplicara a la resolución de controversias”³⁸.

62. La Demandada llamó también la atención del Tribunal sobre las conclusiones a las que llegó el tribunal en el caso *Plama* en relación con el énfasis indebido que se hace en el objeto y fin de un tratado, la necesidad de que las partes expresen clara e inequívocamente su intención de incluir las disposiciones sobre solución de controversias, la autonomía de las cláusulas de solución de controversias y la dificultad de aplicar disposiciones de un tratado bilateral de inversiones a otro que ha sido negociado en un contexto diferente³⁹. La Demandada recordó al Tribunal la amplia crítica del caso *Maffezini* hecha por el tribunal del caso *Plama*, en particular en lo que atañe a la declaración efectuada en el primero de esos casos con respecto a la armonización de los regímenes de solución de controversias a través de cláusulas NMF:

“Este Tribunal no comprende cómo la armonización de las disposiciones

³⁶ *Salini*, nota 33, *supra*.

³⁷ *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB/03/24, Decisión sobre la Jurisdicción (8 de febrero de 2005), 20 ICSID Rev.—FILJ 262 (2005).

³⁸ Transcripción de la audiencia sobre competencia, versión en español, pág. 10 (en que se cita el caso *Salini*, nota 33, *supra*, párrafo 118), correspondiente a la Transcripción, versión en inglés, págs. 18-20.

³⁹ *Ídem*, pág. 11-12, correspondiente a la Transcripción, versión en inglés, pág. 20-21.

de resolución de controversias puede lograrse en base a la cláusula de la nación más favorecida. Más bien, la ‘cesta de trato’ y la ‘autoadaptación de una cláusula de nación más favorecida’ en relación con las disposiciones de resolución de controversias, tal como alega la Demandante, tiene el efecto de que un inversor tiene la opción de escoger disposiciones de los distintos TBI. Si eso fuera así, un Estado receptor de una inversión, que no las ha acordado específicamente, podría enfrentarse con un gran número de permutaciones de las disposiciones de resolución de controversias de los varios TBI que ha concluido. Una situación tan caótica —en realidad contraproducente a los efectos de la armonización— no se puede presumir que sea la intención de las partes contratantes”⁴⁰.

63. La Demandada mencionó asimismo la crítica que se hace en la decisión del caso *Plama* con respecto a la decisión sobre competencia recaída en el caso *Siemens*⁴¹, como prueba del peligro provocado por la manera en que la decisión en *Maffezini* aborda esta cuestión: “el principio es retenido en la forma de concatenación de citas, y las excepciones se relegan a un breve examen, propenso a caer muy pronto en el olvido”⁴².

64. La Demandada concluyó solicitando al Tribunal que respete la intención de las partes del Tratado.

ii) Posición de la Demandante

65. La Demandante sostiene que se presume que el texto de un tratado es la expresión auténtica de la intención común de las partes. La cláusula NMF es muy amplia. Se aplica a “inversiones”, “inversores” y a “gestión,

⁴⁰ Transcripción, versión en inglés, pág. 23-24 (en que se parafrasea la decisión del caso *Plama*, nota 37, *supra*, párr. 219), correspondiente a la Transcripción, versión en español, pág. 12-13.

⁴¹ *Siemens A.G. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/08, Decisión sobre Jurisdicción (3 de agosto de 2004), que puede consultarse en <http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm#award42>.

⁴² Transcripción, versión en inglés, pág. 25 (en que se cita párr. 226 del caso *Plama*, nota 37, *supra*, en que se hace referencia al caso *Siemens*, nota 41, *supra*, párrs. 105, 109 y 120), correspondiente a la Transcripción, versión en español, pág. 13.

mantenimiento, uso, goce o liquidación” de inversiones. La Demandante señala que el término “mantenimiento” comprende las nociones de preservación, protección, salvaguardia y continuación de inversiones, y que la posibilidad de recurrir a mecanismos de solución de controversias constituye un atributo normal de la gestión y el goce de una inversión.

66. La Demandante hace referencia a la adición del siguiente párrafo a la cláusula ordinaria sobre NMF en los TBI celebrados por el Reino Unido después de 1993⁴³:

“Para evitar cualquier duda, se confirma que⁴⁴ el tratamiento dispuesto en los párrafos (1) y (2) se aplicará a las disposiciones de los Artículos 1 a 11⁴⁵ de este Acuerdo”⁴⁶.

67. Según la Demandante, la frase agregada, en que se utilizan términos tales como “Para evitar cualquier duda” y “se confirma que”, demuestra que la intención de las partes en los párrafos 1 y 2 consistía en incorporar en la cláusula NMF todos los asuntos encaminados a proteger una inversión, incluidos los referentes a la solución de controversias. El párrafo resultante, no implica una ampliación del alcance de los párrafos (1) y (2), sino la confirmación del alcance que ya tenían.

68. La Demandante sostiene que, cuando las partes del Tratado quisieron limitar el ámbito de aplicación del mismo, lo hicieron expresa e inequívocamente. Así, el Artículo 7 excluye expresamente del ámbito de aplicación de la cláusula NMF el beneficio de todo tratamiento, preferencia o privilegio resultante de uniones aduaneras, acuerdos de integración económica o

⁴³ Contestación de la Demandante sobre la Competencia, versión en inglés, párr. 176 (en que se refiere al TBI Reino Unido-Honduras, al TBI Reino Unido-Albania y al TBI Reino Unido-Venezuela. Documentos de Prueba D-155, D-157 y D-159.)

⁴⁴ Énfasis agregado por la Demandante

⁴⁵ Los Artículos 1 a 11 abarcan la totalidad del Tratado, excepto las cláusulas finales, e incluyen las cláusulas sobre solución de controversias.

⁴⁶ *Ídem*, (citando el Artículo 3(3) de los TBIs citados en nota 43, *supra*). (Traducción al español del Tribunal.)

acuerdos similares, mencionando específicamente acuerdos bilaterales en que se prevé un financiamiento concesionario, así como la legislación interna o los acuerdos o convenios internacionales referentes total o principalmente a cuestiones tributarias. La Demandante concluye que la cláusula NMF estaba destinada a aplicarse a la totalidad del Tratado, y en virtud de la aplicación misma del principio *ejusdem generis* dicha cláusula se aplica a cuestiones relacionadas con el método de solución de controversias previsto en el Tratado.

69. La Demandante responde a un argumento insinuado por la República Argentina en el sentido de que la cláusula NMF es de carácter excepcional, porque limita la aplicación del principio *res inter alios acta*. La Demandante señala que la cláusula NMF misma no es *res inter alios acta* y que las cláusulas NMF no están sujetas a normas de interpretación especiales, sino que deben interpretarse como cualquier otra cláusula del Tratado, es decir, “teniendo en cuenta su objeto y fin”, según lo requiere la Convención de Viena⁴⁷. El objeto y fin del Tratado consiste en promover y proteger inversiones. Tal como claramente lo señaló el tribunal en el caso *SGS c. Filipinas*: “Es legítimo resolver las incertidumbres en la interpretación [de los TBI] a favor de la protección de las inversiones amparadas”⁴⁸. Según la Demandante, el objeto del Tratado se frustraría si se adoptara una interpretación que excluyera la aplicación de la cláusula NMF a la solución de controversias.

70. La Demandante invoca la jurisprudencia en respaldo de su afirmación de que las disposiciones sobre solución de controversias guardan relación con el trato concedido a un inversor extranjero. Así, en el caso *Ambatielos*, la comisión de arbitraje sostuvo que “la protección judicial era un elemento natural de las cuestiones relativas al comercio y navegación”⁴⁹. También en el caso *Maffezini*, el tribunal arbitral concluyó que los temas

⁴⁷ Convención de Viena, nota 23, *supra*, Art. 31(1).

⁴⁸ *Société Générale de Surveillance S.A. (SGS) c. República de Filipinas*, Caso CIADI No. ARB/02/6, Decisión del Tribunal sobre excepciones en materia de jurisdicción (29 de enero de 2004), 8 ICSID Rep. 518 (2005), párr. 116. (Traducción al español de la Demandante, Contestación de la Demandante sobre la Competencia, versión en español, párr. 190).

⁴⁹ *Ambatielos*, nota 27, *supra*.

referentes a solución de diferencias contenidas en los TBI están “inseparablemente vinculados con la protección de inversionistas extranjeros, como también se vinculan con el resguardo de los derechos de los comerciantes en los tratados de comercio”⁵⁰. El mismo tribunal arbitral consideró que los sistemas de arbitraje internacional y otros mecanismos de solución de diferencias “están estrechamente vinculados a los aspectos sustantivos del tratamiento acordado”⁵¹. En el caso *Siemens*, el tribunal arbitral llegó a una conclusión similar, recordando que la Corte Internacional de Justicia (“CIJ”) también había sostenido, en el caso *Derechos de los Nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos*,⁵² que el ámbito de aplicación de las cláusulas NMF puede abarcar disposiciones relacionadas con cuestiones jurisdiccionales.

71. La Demandante cuestiona la pertinencia del caso *Salini* al presente caso. Sostiene la Demandante: primero, que en el caso *Salini* el tribunal arbitral, al señalar que “compart[ía] las inquietudes expresadas en diversos ámbitos respecto de la solución adoptada en el caso *Maffezini*”, no identificó las inquietudes que manifestaba compartir ni quién las había planteado⁵³; segundo, que las circunstancias del caso *Salini* eran diferentes a las del caso *Maffezini*, y que el laudo se basaba en el texto específico de la cláusula NMF contenida en el TBI Italia-Jordania; y tercero, que el tribunal en *Salini* se refirió a la cuestión de si una cláusula NMF podía usarse para atribuir competencia con respecto a controversias contractuales cuando el TBI aplicable excluía expresamente del arbitraje dichas controversias y no consideró su aplicación a un requisito procesal general para el sometimiento de las diferencias a arbitraje. De hecho, siempre según la Demandante, en *Salini* “no resultó necesario que el tribunal interpretara el alcance de la cláusula NMF, dado que existía una exclusión expresa del derecho que la Demandante pretendía ejercer por vías del trato de

⁵⁰ *Maffezini*, nota 30, párr. 54, *supra*.

⁵¹ *Ídem*, párr. 55.

⁵² *Rights of Nationals of the United States of America in Morocco*, Sentencia (27 de agosto de 1952), (1952) *ICJ Reports* 176, 192.

⁵³ *Salini*, nota 33, *supra*, párr. 115. (Traducción al español de la Demandante, Contestación de la Demandante sobre la Competencia, versión en español, párr. 205).

la nación más favorecida”⁵⁴. La Demandante concluye que la decisión adoptada en el caso *Salini* no puede invocarse “para sostener, con carácter general, que las cláusulas NMF no resultan aplicables a la solución de controversias”⁵⁵.

72. La Demandante se refiere luego a la cuestión de si el orden público de la República Argentina exige someter la controversia a los tribunales locales antes de someterla al arbitraje. Según la Demandante, sólo 10 de los 57 TBI suscritos por la República Argentina imponen la obligación de someter previamente la controversia a los tribunales locales; sólo uno de los 41 TBI suscritos por la República Argentina desde octubre de 1992 impone ese requisito, y tampoco lo incluye ninguno de los 21 TBI suscritos por la República Argentina a partir de septiembre de 1994. La Demandante concluye que, tal como se señala en el caso *Maffezini*, la República Argentina ha abandonado su política de exigir que las controversias se sometan previamente a los tribunales locales. Recuerda también la observación del tribunal arbitral que entendió en el caso *Siemens*, sobre la falta de coherencia entre los TBI celebrados por la Demandada, que lleva a concluir que la obligación de iniciar procedimientos ante los tribunales locales no puede ser considerada una cuestión sensible de política económica o exterior que condicione el consentimiento de la República Argentina a someterse al arbitraje⁵⁶.

73. La Demandante concluye que la cláusula NMF contenida en el Artículo 3 del Tratado se aplica a las disposiciones de este último sobre solución de controversias, lo que permite a la Demandante recurrir al régimen procesal más favorable establecido en el TBI Estados Unidos-Argentina. Según la Demandante:

“Cualquier decisión contraria importaría una clara discriminación entre los demandantes del Reino Unido y otros demandantes extranjeros en los arbitrajes en trámite contra Argentina, así como la desnaturalización del

⁵⁴ Contestación sobre competencia de la Demandante, versión en español, párr. 207.

⁵⁵ *Ídem*, párr. 208.

⁵⁶ *Ídem*, párrs. 211-212.

propio fin de las cláusulas NMF, que consiste en evitar semejante discriminación”⁵⁷.

74. La Demandante alega asimismo que el requisito de los 18 meses constituye una cuestión meramente procesal, que conduce a la ineficiencia y desigualdad, frustrando así el objeto y fin del Tratado. Señala que la obligación de someter la controversia a los tribunales argentinos sería fútil, ya que la controversia no se resolvería en 18 meses, y costosa para National Grid que incurriría en tributos judiciales, honorarios de abogados y los costos de la República Argentina si National Grid desistiera de su juicio ante los tribunales para promover el arbitraje, lo que frustraría la finalidad del Tratado de crear condiciones favorables para incrementar las inversiones. La Demandante llama la atención del Tribunal sobre la práctica arbitral según la cual es innecesario aplicar estrictamente los requisitos procesales de los tratados de inversiones cuando hacerlo sería fútil o formalista y provocaría ineficiencia y desigualdad.⁵⁸ La Demandante concluye que un enfoque diferente generaría

“ineficiencia e inequidad, ya que la Demandante sencillamente estaría habilitada a volver a someter las mismas cuestiones a un tribunal de la CNUDMI tras esperar en vano durante dieciocho meses que los tribunales argentinos resuelvan las cuestiones controvertidas”⁵⁹.

75. La Demandante señaló en la audiencia que la República Argentina no invocó el caso *Gas Natural c. República Argentina*, decidido con posterioridad al caso *Plama*, en que el tribunal sostuvo:

“[A] menos que resulte evidente que los Estados Parte estuvieran de acuerdo con un método diferente de resolución de controversias que no sea el arbitraje, la cláusula de nación más favorecida debe entenderse

⁵⁷ *Ídem*, párr. 213.

⁵⁸ *Ídem*, párrs. 220-222.

⁵⁹ *Ídem*, párr. 223.

que se aplica a la solución de controversias”⁶⁰.

76. Según la Demandante, el verdadero cambio introducido por los TBI no consiste en la protección de los derechos sustanciales del inversor, los que han logrado un reconocimiento generalizado en el derecho internacional, sino más bien en un acceso directo a un tribunal independiente en beneficio del inversor individual. Según la Demandante, “[c]omo es una parte crucial de la protección que se otorga, cabría indicar que no es válido separar la protección del acceso a un tribunal independiente de los derechos sustanciales que los tribunales procuran proteger”⁶¹.

77. La Demandante cuestiona la pertinencia de los casos *Salini* y *Plama* al presente caso. En el caso *Salini*, la Demandante pretendía someter al arbitraje una reclamación contractual por la vía de una cláusula paraguas contenida en otro tratado bilateral, siendo que el tratado celebrado entre Italia y Jordania imponía específicamente la obligación de someter ese tipo de reclamaciones al procedimiento previsto en el acuerdo sobre inversiones. En el caso *Plama*, el tribunal tenía ante sí un antiguo TBI, en virtud del cual la única cuestión que podía someterse al arbitraje conforme al Reglamento era la suficiencia de la indemnización en caso de expropiación. En ese caso, la Demandante procuró, a través de una cláusula paraguas, “extender el alcance material del asunto sometido a arbitraje para abarcar todo, incluso el arbitraje del CIADI”⁶². Además, en el caso *Plama* se habían realizado infructuosas negociaciones entre los Estados parte del tratado con respecto a la posibilidad de enmendar este último. El tribunal arbitral concluyó que, como las partes contratantes habían examinado y rechazado la cuestión, su intención no fue

⁶⁰ Transcripción, versión en español, pág. 68 (en que se cita el párrafo 49 del caso *Gas Natural SDG, S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/10, Decisión del Tribunal sobre Preguntas Preliminares sobre la Jurisdicción (17 de junio de 2005), que puede consultarse en <http://www.asil.org/pdfs/GasNat.v.Argentina.pdf>), correspondiente a la Transcripción, versión en inglés, pág. 132.

⁶¹ *Ídem*, pág. 72, correspondiente a la Transcripción, versión en inglés, pág. 141.

⁶² *Ídem*, pág. 77, correspondiente a la Transcripción, versión en inglés, pág. 149.

ampliar las cláusulas pertinentes⁶³.

78. La Demandante concluyó, en la exposición oral de sus argumentos, que en el presente caso “no intent[a] acceder al CIADI sin un consentimiento independiente”; el consentimiento al arbitraje ya se ha dado y la cláusula sobre solución de controversias ya abarca a todas las controversias.⁶⁴

b) Consideraciones del Tribunal

79. Los argumentos de las partes en uno y otro sentido plantean las siguientes cuestiones: normas de interpretación de la cláusula NMF; interpretación de la cláusula para determinar la intención de las partes a partir de su texto; diferencias entre los términos de la cláusula NMF en el presente caso y de la cláusula NMF en el caso *Maffezini*, y significado del término “trato” de inversores extranjeros al que se hace referencia en la cláusula NMF contenida en el Tratado. El Tribunal considerará ahora, en ese orden, dichas cuestiones.

80. Como ha sido ya manifestado por el Tribunal, el Tribunal interpretará el Tratado según lo preceptuado por la Convención de Viena. El Artículo 31 de la Convención dispone que todo tratado internacional “deb[e] interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”⁶⁵. En cuanto a la intención de las partes, el enfoque de la Convención de Viena y de la CIJ consiste en que “lo que interesa es la intención de las partes expresada en el texto, que es la guía más segura para determinar la intención común más reciente de las partes”⁶⁶. La Convención no establece normas diferentes de interpretación para diferentes cláusulas. La misma norma de interpretación se aplica a todas las disposiciones de un tratado, trátase de cláusulas sobre solución de controversias o de cláusulas NMF.

⁶³ *Ídem*, pág. 77, correspondiente a la Transcripción, versión en inglés, pág. 150.

⁶⁴ *Ídem*.

⁶⁵ Convención de Viena, nota 23, *supra*, Art. 31(1).

⁶⁶ I. BROWNLIE, PRINCIPLES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW (sexta edición, 2003), pág. 602.

81. El Artículo 3 del Tratado reza así:

“Trato nacional y cláusula de la nación mas favorecida

(1) Ninguna Parte Contratante someterá en su territorio las inversiones y las ganancias de inversores de la otra Parte Contratante a un trato menos favorable que el otorgado a las inversiones y ganancias de sus propios inversores o a las inversiones y ganancias de inversores de cualquier tercer Estado.

(2) Ninguna Parte Contratante someterá en su territorio a los inversores de la otra Parte Contratante, en cuanto se refiere a la gestión, mantenimiento, uso, goce o liquidación de sus inversiones, a un trato menos favorable que el otorgado a sus propios inversores o a los inversores de cualquier tercer Estado”.

82. El Tribunal observa que la cláusula NMF no se refiere expresamente a solución de controversias ni, por lo demás, a ninguna otra norma de trato prevista específicamente en el Tratado. Por otra parte, la solución de controversias no es una de las excepciones previstas a la aplicación de la cláusula. Desde el punto de vista de la interpretación, la mención específica de un asunto excluye a los restantes: *expressio unius est exclusio alterius*⁶⁷.

83. El Tribunal observa además que, tal como señala la Demandada, la cláusula NMF del Tratado no se refiere a “todas las materias regidas por el presente Acuerdo,” como en el caso de la cláusula NMF contenida en el tratado de inversiones celebrado por España y la República Argentina. El examen de las cláusulas NMF contenidas en los tratados de inversiones celebrados por España, realizado por el tribunal en el caso *Maffezini*, llevó al tribunal a concluir que en las cláusulas NMF contenidas en todos los restantes tratados no se hace

⁶⁷ Confirma esta interpretación el siguiente enunciado de las normas generales de aplicación de la cláusula NMF contenidas en la *Encyclopedia of Public International Law*: “Por su propia naturaleza, la cláusula de incondicionalidad, a menos que se acuerde otra cosa, abarca todas las concesiones otorgadas, por la razón que fuere, por el Estado otorgante al tercer Estado”. R. Bernhardt (ed.), 8 ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW 411, 415 (1985).

referencia a “...todas las materias regidas por el presente Acuerdo,”⁶⁸ disponiéndose tan sólo que “este trato” estará sujeto a la cláusula. Sin entrar en detalles adicionales, el tribunal arbitral sostuvo que esa formulación era más restrictiva. En el caso *Ambatielos*, la comisión debía establecer si la administración de justicia ante los tribunales locales estaba comprendida en la cláusula NMF, y concluyó que así era, considerando “la intención [de las partes contratantes] de que cada uno de los países considerara, en todos sus aspectos, comprendido en el régimen de la nación más favorecida al comercio y a la navegación del otro país”⁶⁹.

84. En la decisión recaída en el caso *Salini* también se consideró pertinente que en la cláusula NMF del tratado de inversiones celebrado por Italia y Jordania no se hubiera hecho referencia a “todos los derechos o materias que abarca el presente acuerdo”, para llegar a la conclusión de que esa cláusula no se aplicaba a las cláusulas sobre solución de controversias⁷⁰. La cuestión sobre la que debe pronunciarse el Tribunal es si la referencia exclusiva a un “trato” más favorable, a falta de una referencia a “todas las materias abarcadas por el Tratado”, implica excluir un requisito procesal previo de solución de controversias del ámbito de aplicación de la cláusula NMF. Para dar respuesta a esa cuestión, el Tribunal considerará la práctica ulterior de las partes del Tratado y el contenido sustancial del trato dentro de la protección acordada a los inversores por los TBI.

85. A partir de 1991, la cláusula NMF, en el tratado modelo de inversiones del Reino Unido, incluye un tercer párrafo en el que se establece que, “[p]ara evitar cualquier duda”, dicha cláusula se aplica a los Artículos 1 a 11 del tratado y, por lo tanto, a cuestiones referentes a la solución de controversias. La consecuencia de la redacción dada a ese párrafo adicional consiste en que, en todos los casos, esa fue la interpretación constante dada por el Reino Unido

⁶⁸ *Maffezini*, nota 30, *supra*, párr. 60.

⁶⁹ *Ambatielos*, nota 27, *supra*. (Énfasis en el original.) (Traducción al español del Tribunal.)

⁷⁰ *Salini*, nota 33, *supra*, párrs. 117-119. (Traducción al español del Tribunal.)

a la cláusula NMF en tratados de inversiones anteriormente celebrados.⁷¹ Por otra parte, tras la decisión sobre competencia recaída en el caso *Siemens*, Argentina y Panamá intercambiaron notas diplomáticas con una “declaración interpretativa” de la cláusula NMF en su tratado de inversiones de 1996 excluyendo su aplicación a las cláusulas sobre solución de controversias, y manifestando que esa había sido siempre su intención.⁷² No se ha proporcionado al Tribunal prueba alguna de que en algún momento cualquiera las dos partes del Tratado hayan considerado una interpretación similar. Tampoco se ha presentado al Tribunal prueba alguna de que la República Argentina haya adoptado interpretaciones similares de la cláusula NMF incorporada en los más de 50 tratados bilaterales de inversiones celebrados con otros Estados partes. Si bien es posible concluir, conforme a la práctica de los tratados de inversiones del Reino Unido contemporáneos con la conclusión del Tratado, que el Reino Unido ha interpretado la cláusula NMF en el sentido de que se aplica a la solución de controversias, no puede llegarse a una conclusión firme con respecto a la posición de la República Argentina en ese período. Por lo tanto, el examen de la práctica seguida por los Estados parte del Tratado con respecto a su intención común no es concluyente. El Tribunal considerará ahora la cuestión de si el vocablo “trato” puede interpretarse en el sentido de que incluya a los mecanismos de solución de controversias.

86. El Tribunal recuerda que, al considerar la cuestión de si las entidades comerciales extranjeras deben tener acceso a la aplicación de la legislación nacional referente a la administración de justicia —a saber, los recursos locales—, la comisión arbitral que actuó en el caso *Ambatielos* declaró:

“Es verdad que ‘la administración de justicia’, considerada de forma aislada, constituye un asunto diferente al de ‘comercio y navegación’,

⁷¹ Esta práctica del Reino Unido de incluir la expresión “*Para evitar cualquier duda*” en el párrafo 3 de la cláusula NMF no parece carecer de excepciones. El tratado de inversiones con Honduras lo incluye; no así el tratado de inversiones con Venezuela. Véase los Documentos de Prueba D-157 y D-159.

⁷² Transcripción, versión en español, pág. 96-97, correspondiente a la Transcripción, versión en inglés, pág. 136-137.

pero esto no es necesariamente así cuando es considerada en conexión con la protección de los derechos de los comerciantes. La protección de los derechos de los comerciantes encuentra un lugar entre las cuestiones incluidas en los Tratados de comercio y navegación.

Por tanto, no se puede afirmar que la administración de justicia, en lo concerniente a la protección de estos derechos, deba necesariamente ser excluida del campo de aplicación de la cláusula de la nación más favorecida cuando esta última incluye ‘todas las cuestiones vinculadas al comercio y la navegación’. La cuestión sólo puede determinarse conforme a la intención de las partes contratantes, deducida de una interpretación razonable del Tratado”⁷³.

87. Cuando la CIJ consideró el caso *Derechos de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos*, concluyó que, conforme a la cláusula NMF contenida en el Tratado Estados Unidos-Marruecos de 1836, Estados Unidos tenía derecho a invocar las disposiciones de otros tratados referentes al régimen de capitulaciones⁷⁴.

88. En el caso *Maffezini*, el tribunal también consideró que la cláusula NMF en el TBI España-Argentina permitía al inversor argentino beneficiarse de los mecanismos para la solución de diferencias incorporados en otros tratados concluidos por España en la medida que estos mecanismos eran más favorables para proteger los derechos del inversor. El tribunal manifestó:

“...[H]ay razones suficientes para concluir que actualmente los arreglos relativos a la solución de controversias están inseparablemente vinculados con la protección de inversionistas extranjeros, como también se vinculan con el resguardo de los derechos de los comerciantes en los tratados de comercio. (...)

El arbitraje internacional y otros mecanismos de solución de

⁷³ *Ambatielos*, nota 27, *supra*, párr. 107. (Traducción al español del Tribunal.)

⁷⁴ *Rights of Nationals*, nota 52, *supra*, párr. 190.

controversias... son también esenciales para proteger los derechos previstos por los tratados pertinentes y también están estrechamente vinculados a los aspectos sustantivos del tratamiento acordado. (...)

De lo expuesto puede concluirse que si un tratado con un tercero contiene disposiciones para la solución de controversias que sean más favorables para la protección de los derechos e intereses del inversor que aquellos del tratado básico, tales disposiciones pueden extenderse al beneficiario de la cláusula de la nación más favorecida pues son plenamente compatibles con el principio *ejusdem generis*⁷⁵.

89. La comisión de arbitraje que actuó en el caso *Ambatielos*, la CIJ y el tribunal arbitral que entendió en el caso *Maffezini* coincidieron en que el elemento de solución de controversias en cuestión estaba comprendido en el régimen de protección —trato— de los inversores. La decisión más reciente referente al mismo punto lo formula en estos términos:

“la disposición referente al arbitraje internacional entre el inversor y el Estado contenida en los tratados bilaterales de inversiones constituye un incentivo y un mecanismo de protección importante para los inversores extranjeros; además, el hecho de que sólo pueda tenerse acceso a ese arbitraje después de recurrir a los tribunales nacionales y una vez transcurrido un período de espera de 18 meses, implica un mecanismo de protección menos amplio que el acceso al arbitraje inmediatamente después de expirado el período de negociación”⁷⁶.

90. En la audiencia, las partes examinaron ampliamente las decisiones recaídas en los casos *Salini* y *Plama*, dadas a conocer después de la presentación del escrito de demanda de la Demandante, y en que se llegó a conclusiones diferentes a las de los casos *Maffezini* y *Siemens* en cuanto a la aplicación de la cláusula NMF a cuestiones específicas relacionadas con la

⁷⁵ *Maffezini*, nota 30, *supra*, párrs. 54-56.

⁷⁶ *Gas Natural*, nota 60, *supra*, párr. 31.

solución de controversias.

91. Ambos tribunales consideraron la posibilidad de aplicar la cláusula NMF a situaciones muy distintas de la situación aquí considerada o, en lo pertinente, de la considerada en los casos *Maffezini*, *Siemens* y *Gas Natural*. En el caso *Salini*, la Demandante pretendió incluir una cláusula paraguas en un contexto en que el tratado básico no la contenía. En el caso *Plama*, el tratado básico no contenía una cláusula referente al CIADI. En el presente caso, las partes han convenido en la competencia de un tribunal arbitral constituido según el Reglamento, y lo que se declara es la posibilidad de evitar, a través de una cláusula NMF, un requisito procesal del que la República Argentina ha venido prescindiendo en los tratados sobre inversiones que ha celebrado a partir de 1994.

92. El Tribunal coincide con las equilibradas consideraciones de la decisión del caso *Maffezini* en su interpretación de la cláusula NMF y con la preocupación de que la cláusula NMF no se amplíe de forma impropia. Es evidente que algunos demandantes han tratado de ampliarla más allá de sus límites pertinentes. Por ejemplo, la situación, en el caso *Plama*, en que se intentó generar un consentimiento inexistente al arbitraje del CIADI, se previó en las posibles excepciones a la aplicación de la cláusula NMF en el caso *Maffezini*⁷⁷. No obstante, las decisiones de casos como *Plama* no permiten privar a la cláusula NMF de su sentido o finalidad legítimos en un determinado caso. Dicha cláusula es un elemento importante para que los inversores extranjeros sean tratados en igualdad de condiciones con otros inversores extranjeros y con los inversores nacionales cuando invierten en el exterior.

93. En conclusión, el Tribunal considera que, dentro del contexto en el cual la Demandada ha consentido someter al arbitraje el tipo de diferencias que plantea la Demandante, el “trato” previsto en la cláusula NMF del Tratado permite a los inversores del Reino Unido en la República Argentina recurrir al

⁷⁷ *Maffezini*, nota 30, *supra*, párr. 63.

arbitraje sin tener que comparecer previamente ante los tribunales argentinos, tal como lo autoriza el TBI Estados Unidos-Argentina. Por lo tanto, el Tribunal rechaza esta excepción a su competencia.

94. Habiendo llegado a esa conclusión, el Tribunal no estima pertinente considerar la aseveración de la Demandante de que la obligación de someter previamente su reclamación a los tribunales locales constituye una cuestión meramente procesal conducente a la ineficiencia del procedimiento y desigualdad de las partes, frustrando de esta manera el objeto y fin del Tratado.

2. Segunda excepción: La Demandante no es un “inversor”

a) Posiciones de las partes

i) Posición de la Demandada

95. La Demandada alega que el vínculo jurídico entre la Demandante y la inversión protegida por el Tratado dejó de existir el 18 de agosto de 2004, fecha en que National Grid transfirió a Dolphin las acciones que tenía en Citelec y, por lo tanto, conforme al Artículo 8 del Tratado, perdió la calidad de “inversor” requerida para que pudiera tomar parte en este arbitraje. Según la Demandada, el derecho internacional consuetudinario exige que la Demandante mantenga su calidad de “inversor” a lo largo de todo el procedimiento de arbitraje y no solamente cuando presenta su reclamación⁷⁸. La Demandada considera aplicables en este caso los fundamentos del caso *Loewen*. Loewen, la Demandante canadiense, no fue considerado parte interesada por el tribunal una vez que sus operaciones fueron reorganizadas en una sociedad estadounidense:

“Raymond Loewen alega que su reclamo bajo el TLCAN sobrevivió la reorganización. La Parte Demandada originalmente objetó al reclamo de Raymond Loewen sobre la base de que ya no tenía control sobre sus acciones al comienzo del procedimiento. Este Tribunal permitió que

⁷⁸ Memorial de la Demandada sobre la Competencia, versión en español, párrs. 77-79.

Raymond Loewen siguiera en el procedimiento para determinar si de hecho él aún tenía alguna tenencia accionaria en la empresa. No se adujo ninguna prueba para establecer su interés, y por cierto no fue parte en el interés en el momento de la reorganización de TLGI”⁷⁹.

96. La Demandada señala que la Demandante justifica la venta de sus acciones en Citelec como una manera para mitigar las pérdidas causadas por las Medidas. La República Argentina discrepa de esa postura, alegando que la venta fue una decisión empresarial libremente adoptada y que el Tratado no protege al inversor contra los efectos de su decisión voluntaria de vender sus acciones en una compañía en proceso de reestructuración. Si National Grid no obtuvo un precio mejor por sus acciones, ello sólo puede atribuirse al momento que eligió para venderlas. Según la Demandada, no existe nexo causal entre la decisión de National Grid de realizar la venta y los actos de la Demandada, sino que se trató de una decisión unilateral de National Grid.⁸⁰

97. La Demandada cuestiona los argumentos de la Demandante con respecto a la posibilidad de someter a arbitraje las decisiones de orden público de los Estados que, según la Demandada, no están sujetas a la competencia de ningún tribunal arbitral internacional por tratarse de actos soberanos, tal como lo reconoció en los siguientes términos el tribunal arbitral que entendió en el caso *CMS*:

“[...] las cuestiones de política económica general que no se relacionan directamente con la inversión, a diferencia de aquellas medidas que se dirigen en forma específica al funcionamiento del negocio de que se trata, normalmente no quedarán cubiertas por la jurisdicción del Centro y la competencia de sus tribunales. Una relación directa puede, no obstante, ser establecida también si acaso esas medidas generales se adoptan en violación de compromisos específicamente adquiridos con el inversionista

⁷⁹ *Ídem*, párr. 74 (en que se cita el caso *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen c. Estados Unidos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/3, Laudo (26 de junio de 2003), 7 ICSID Rep. 442 (2005), párr. 239). (Traducción al español del Tribunal.)

⁸⁰ *Ídem*, párrs. 92-93.

en los tratados, la legislación o los contratos. En tal caso, lo que queda cubierto por la jurisdicción del Centro no son las medidas generales en sí sino la manera como ellas pueden violar esos compromisos específicos”⁸¹.

98. La Demandada sostiene asimismo que, si se hubiera tratado de una expropiación, tal como afirma la Demandante, sería el nuevo inversor, y no National Grid, el que tendría derecho a una indemnización, conforme al principio general de que los derechos se transfieren tal como los poseía el vendedor⁸².

99. Finalmente, la Demandada llama la atención del Tribunal sobre el hecho de que se prevé que la Concesión y la Concesión de Transba duren 95 años. Dar valor a las reclamaciones de la Demandante implicaría tratar a los mecanismos de protección de inversiones previstos en el Tratado como una póliza de seguros frente a todos los riesgos concebibles, lo que impediría a los gobiernos adaptar los contratos a largo plazo a nuevas circunstancias cuando el interés público así lo requiera⁸³.

100. En la audiencia, la Demandada hizo hincapié en los puntos siguientes:

A) La enajenación voluntaria de las acciones de Citelec en poder de National Grid y la falta de pertinencia de los casos aducidos por la Demandante en su Contestación: *Mondev*⁸⁴ fue privada por la Municipalidad de Boston de un permiso para llevar a cabo un desarrollo urbano; Senegal rescindió un contrato de SOABI⁸⁵ para la construcción de complejos habitacionales, y CSOB⁸⁶ en ningún momento se desprendió voluntariamente de sus activos⁸⁷;

⁸¹ *Ídem*, párr. 88 (en que se cita el párrafo 27 del caso *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/8, Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la jurisdicción, versión en español (17 de julio de 2003), 42 *ILM* 788 (2003)).

⁸² *Ídem*, párr. 89.

⁸³ *Ídem*, párr. 97.

⁸⁴ *Mondev International Ltd. c. Estados Unidos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/2, Laudo (11 de octubre de 2002), 6 *ICSID Rep.* 192 (2004).

⁸⁵ *Société Ouest Africaine des Bétons Industriels (SOABI) c. el Senegal*, Caso CIADI No. ARB/82/1, Laudo (25 de febrero de 1988), 6 *ICSID Rev.—FILJ* 125 (1991).

B) El comportamiento oportunista de National Grid al iniciar este procedimiento de arbitraje cuando desde hacía meses estaba considerando y preparando la venta de sus acciones;

C) La duplicación de valor experimentada por las acciones de Transener entre 2002 y 2005; y

D) La venta de acciones por parte de National Grid se realizó en un entorno de incertidumbre, y los TBI no tienen la finalidad de proteger a los inversores contra la incertidumbre ni neutralizar el riesgo de las sociedades internacionales⁸⁸.

ii) Posición de la Demandante

101. La Demandante alega que conforme al Tratado la fecha esencial para determinar la legitimación procesal de la Demandante en cuanto a la titularidad de su inversión es la fecha en que se planteó la controversia, que conforme a una jurisprudencia firmemente establecida la competencia del Tribunal debe determinarse en el momento en que se inician las actuaciones, y que la legitimación de la Demandante para plantear esta reclamación reposa sobre principios fundamentales de equidad y justicia articulados por la jurisprudencia internacional.

102. La Demandante sostiene que el texto del Tratado es “la guía más segura para determinar la intención común más reciente de las partes”, señalando la interpretación que la Demandante considera razonable del Artículo 8(1):

“[...] [L]a competencia para arbitrar un reclamo surgido del Tratado depende de que haya surgido una controversia relativa a una inversión en

⁸⁶ *Ceskoslovenska obchodni banka, a.s. (CSOB) c. República Eslovaca*, Caso CIADI No. ARB/97/4, Decisión sobre excepciones en materia de jurisdicción (24 de mayo de 1999), 14 ICSID Rev.-FILJ 251 (1999).

⁸⁷ Transcripción, versión en español, pág. 18-19, correspondiente a la Transcripción, versión en inglés, pág. 34-36.

⁸⁸ *Ídem*, pág. 20-24, correspondiente a la Transcripción, versión en inglés, pág. 39-45.

los términos del Tratado entre un inversor de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante. Por ende, los requisitos son que haya surgido una controversia al amparo del tratado relacionada con una ‘inversión’ existente en ese momento y también que dicha diferencia haya surgido en relación con un ‘inversor’ que también tuviera la condición de tal en ese momento. La fecha en que surge la controversia es la misma fecha en la que debían existir el inversor y la inversión”⁸⁹.

103. La Demandante considera confirmado ese razonamiento a través de un análisis adicional del párrafo 1 del Artículo 8, en que se hace referencia a la presentación de controversias “a solicitud de cualquiera de las partes en la controversia”⁹⁰. Análogamente, el Artículo 8(2) hace referencia a que un asunto sea sometido a arbitraje “a solicitud de una de las partes” y cuando “las partes continúen en disputa”⁹¹. El Artículo 8(3) se refiere al “inversor y la Parte Contratante involucrados en la controversia” en el contexto del acuerdo sobre la modalidad de los procedimientos de arbitraje; el Artículo 8(3) también se refiere, en dos lugares, a “las partes en la controversia”⁹². La Demandante concluye este análisis del texto afirmando que “la controversia” es el elemento esencial de referencia:

“La legitimación para iniciar el proceso de solución de controversias se adquiere por el carácter de parte involucrada en la controversia; el carácter de parte involucrada se materializa en el momento en que surge la controversia”⁹³.

104. La Demandante sostiene asimismo que se llega a idéntico resultado considerando la perspectiva del objeto y fin del Tratado. El fin del Tratado consiste en brindar protección a los inversores frente a actos del Estado

⁸⁹ Contestación de la Demandante sobre la Competencia, versión en español, párr. 99.

⁹⁰ *Ídem*, párr. 100. (Énfasis agregado por la Demandante.)

⁹¹ *Ídem*.

⁹² *Ídem*.

⁹³ *Ídem*.

que vayan en su detrimento. Los mecanismos de protección estipulados en el Tratado pueden aplicarse a casos en que, debido a las medidas adversas adoptadas por el Estado, la inversión no subsista, haya sido destruida o se encuentre en un estado tan precario que su mantenimiento sea imposible o comercialmente no razonable. Según la Demandante:

“Si un Estado expropiara la titularidad de un activo y su anterior propietario presentara un reclamo por la expropiación, no tendría ningún sentido que el Estado alegara que se trata de una controversia no justiciable por el solo hecho de que la Demandante ya no es el propietario del bien en cuestión. Sin embargo, es éste el significado del planteo de Argentina”⁹⁴.

105. La Demandante se basa luego en el caso *Mondev*, que se decidió en el marco del Capítulo 11 del TLCAN, donde los Estados Unidos opusieron excepciones a la competencia del tribunal arbitral basándose en que la ejecución de una hipoteca relacionada con el proyecto había extinguido los derechos y acciones de la Demandante. Los Estados Unidos habían alegado que, antes de que se iniciara el procedimiento de arbitraje e inclusive antes de que tuvieran lugar algunos de los actos objeto de la reclamación, no subsistía ninguna inversión de la que fuera propietario la Demandante o controlada por éste. El tribunal rechazó esa excepción a la jurisdicción en los términos siguientes:

“el Tribunal [...] desea destacar que, frecuentemente, el Artículo 1105 y, más aún, el Artículo 1110 deben aplicarse una vez que ha fracasado la inversión en cuestión. En la mayor parte de los casos, la controversia sometida a arbitraje se refiere precisamente a la responsabilidad en torno de dicho fracaso. Exigir que la Demandante mantenga el carácter continuo de inversor con arreglo al derecho del Estado receptor al momento de iniciarse el arbitraje llevaría a la frustración del mismísimo fin del Capítulo 11, que consiste en brindar protección a los inversores contra

⁹⁴ *Ídem*, párr. 102.

conductas ilegítimas, incluida la expropiación de su inversión sin que medie indemnización, y a brindar dicha protección durante toda la duración de la inversión hasta el momento de su ‘venta u otra disposición’ [...] Fundándose en ello, la conclusión del Tribunal es que corresponde interpretar de forma amplia el TLCAN de modo tal de extender su aplicación a todo reclamo legal surgido del trato conferido a una inversión en los términos del Artículo 1139, ya sea que la inversión continúe o no existiendo como tal al momento en que se reclama por el trato conferido”⁹⁵.

106. Con respecto al argumento formulado por la Demandada sobre la base del caso *Loewen*, la Demandante observa que en dicho caso la Demandante canadiense había dejado de existir y sus operaciones se habían reorganizado en una compañía estadounidense. En ese caso, la cuestión se refería a la continuidad de la nacionalidad extranjera de la Demandante y no a la continuidad en la titularidad o el control de la inversión. A este respecto, la decisión recaída en el caso *Loewen* respalda la conclusión a la que llegó el tribunal en el caso *Mondev*, en el sentido de que:

“[...En *Mondev* el Tribunal] determinó acertadamente que la pérdida de la inversión a raíz de la ejecución de la hipoteca no podía fundar el rechazo del derecho de *Mondev* a intentar obtener una reparación con arreglo al TLCAN. Señaló que era bastante frecuente que los deudores hipotecarios se encontraran en esa situación y que si no se permitiera plantear ese tipo de controversias se estaría frustrando el mismísimo objeto de la protección que brinda el TLCAN”⁹⁶.

107. La Demandante señala que, conforme al derecho internacional, la jurisdicción se determina a más tardar a la fecha de presentación de una controversia ante un foro judicial internacional. Según la Demandante, así lo

⁹⁵ *Ídem*, párr. 103 (en que se cita el párr. 91 del caso *Mondev*, nota 84, *supra*).

⁹⁶ *Ídem*, párr. 105 (en que se cita el párr. 227 del caso *Loewen*, nota 79, *supra*).

confirman los casos de arbitrajes conforme al Convenio del CIADI en relación con cuestiones de propiedad de la inversión. Así, en el caso *CSOB*, la Demandante cedió todos sus derechos en el objeto de la controversia a su accionista mayoritario, la República Checa. Como fundamento de la legitimación del adquirente, el tribunal arbitral se declaró competente invocando las siguientes razones:

“[...G]eneralmente se reconoce que la determinación de la legitimación de una parte ante un fuero judicial internacional para efectos de la competencia para iniciar el procedimiento se realiza por referencia a la fecha en que se considera que se inició el procedimiento en cuestión. Dado que la Demandante inició el presente procedimiento con anterioridad al momento de realizarse las dos cesiones, se desprende que el Tribunal tiene competencia para conocer del caso independientemente de los efectos legales que pudieran haber tenido las cesiones respecto de la legitimación de la Demandante si se las hubiera realizado con anterioridad a la presentación de la demanda”⁹⁷.

108. Según la Demandante, los tribunales del CIADI han establecido que la fecha de iniciación del procedimiento es la esencial para determinar el control extranjero⁹⁸ y la situación jurídica de una persona⁹⁹. Análogamente, la CIJ ha declarado:

“La Corte recuerda que según sus propios precedentes jurisprudenciales, corresponde determinar la existencia de competencia al momento de la presentación del acto que da inicio al procedimiento. En consecuencia, si la Corte tiene competencia en la fecha en que se le remite el caso,

⁹⁷ *Ídem*, párr. 109 (en que se cita el párr. 31 del caso *CSOB*, nota 86, *supra*).

⁹⁸ *Amco Asia Corporation y Otros c. República de Indonesia*, Caso CIADI No. ARB/81/1, Laudo sobre la Jurisdicción (25 de septiembre de 1983), 1 ICSID Rep. 389 (1993), párr. 14, y *Liberian Eastern Timber Corp. (LETCO) c. República de Liberia*, Caso CIADI No. ARB/83/2, Laudo (31 de marzo de 1986), 2 ICSID Rep. 346 (1994), párr. 351.

⁹⁹ *SOABI*, nota 85, *supra*, párrs. 29 y 41.

continúa teniéndola independientemente de la ocurrencia de hechos posteriores.

[...]

Según la jurisprudencia, la fecha crítica para determinar la admisibilidad de una solicitud es la fecha de su presentación”¹⁰⁰.

109. La Demandante alega asimismo que por razones de equidad y justicia una parte no puede invocar en su beneficio sus propios actos ilegítimos:

“Un Estado no puede alegar incompetencia cuando ha expropiado directamente un activo en función de que el inversor no es titular de una inversión protegida y tampoco permitírsele hacerlo en el caso de una expropiación indirecta si sus actos han privado al activo en cuestión de sustancialmente todo su valor”¹⁰¹.

110. La Demandante alega que enajenó su inversión como consecuencia del desmantelamiento, dispuesto por la Demandada, del marco legal que había atraído la inversión. La alternativa, para la Demandante, consistía en seguir inyectando dinero en una empresa ruinosa, proceder temerario que nadie podía razonablemente esperar que adoptara. La Demandante procuró mitigar las pérdidas causadas por las Medidas desprendiéndose del 90% del valor de la inversión. En tales circunstancias, difícilmente podría describirse la venta como una transacción libre o voluntaria.¹⁰²

111. En el curso de la audiencia, la Demandante señaló que el carácter voluntario de la enajenación de activos, considerado como un punto clave por la

¹⁰⁰ Contestación de la Demandante sobre la Competencia, versión en español, párr. 114 (en que se citan los párrs. 24, 26 y 40 del *Arrest Warrant of 11 April 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica)*, Sentencia (14 de febrero de 2002), (2002) *ICJ Reports* 3).

¹⁰¹ *Ídem*, párr. 116.

¹⁰² *Ídem*, párrs. 117 y sigs.

Demandada, no se menciona en la jurisprudencia pertinente.¹⁰³ Según la Demandante, Transener era una inversión fallida que había incurrido en incumplimiento de sus deudas y que “[...]sólo lograba subsistir debido a otras leyes argentinas que la obligaban a seguir funcionando”¹⁰⁴. A este respecto, la Demandante hizo hincapié en la decisión adoptada en el caso *Mondev*:

“Exigir que la Demandante mantenga el carácter continuo de inversor con arreglo al derecho del Estado receptor al momento de iniciarse el arbitraje llevaría a la frustración del mismísimo fin del Capítulo XI, que consiste en brindar protección a los inversores contra conductas ilegítimas, incluida la expropiación de su inversión sin que medie indemnización, y a brindar dicha protección durante toda la duración de la inversión hasta el momento de su venta u otra disposición”¹⁰⁵.

112. La Demandante negó que National Grid hubiera actuado de mala fe cuando vendió las acciones en Citelec de las que era titular, pues de la documentación correspondiente surge con claridad que el vendedor no había transferido ninguno de sus derechos frente a la República Argentina. Recordó además que “Argentina no [exigió] que este reclamo [fuera] abandonado, suspendido o nada por el estilo cuando expresó su consentimiento a dicha transferencia”¹⁰⁶.

113. La Demandante también confirmó en la audiencia que:

A) En todos los casos analizados, y en *SOABI c. Senegal*¹⁰⁷ y *LETCO c. Liberia*.¹⁰⁸ la fecha esencial tenida en cuenta sistemáticamente por los tribunales arbitrales ha sido la del consentimiento, y la CIJ, en el caso *Orden de Detención*,

¹⁰³ Transcripción, versión en inglés, pág. 107, correspondiente a la Transcripción, versión en español, pág. 57.

¹⁰⁴ *Ídem*, pág. 109. (Traducción al español del Tribunal.)

¹⁰⁵ *Ídem*, pág. 112 (en que se cita *Mondev*, nota 84, *supra*, párr. 91). (Traducción al español del Tribunal.)

¹⁰⁶ *Ídem*, pág. 118. (Traducción al español del Tribunal.)

¹⁰⁷ *SOABI*, nota 85, *supra*.

¹⁰⁸ *LETCO c. Liberia*, nota 98, *supra*.

consideró jurisprudencia firme que la competencia de la Corte debía determinarse a la fecha de iniciación del procedimiento¹⁰⁹, y

B) Transcurridos dos años y medio de una renegociación inicialmente destinada a durar 120 días, National Grid perdió las esperanzas de que pudiera lograrse alguna solución satisfactoria. En su carácter de compañía comercial, National Grid tenía la obligación, ante sus accionistas, de mitigar sus pérdidas¹¹⁰.

b) Consideraciones del Tribunal

114. A los efectos de determinar los límites de la competencia del Tribunal, la cuestión clave a decidir es si la venta de las acciones de Citelec que poseía la Demandante después de iniciar este procedimiento privó a la Demandante de su calidad de “inversor” según los términos del Tratado.

115. El análisis del texto del Artículo 8 del Tratado realizado por la Demandante es útil, pero no resuelve enteramente la cuestión. El Tribunal coincide con la afirmación de que el sentido del Artículo 8 es que la controversia debe existir a la fecha en que se inicia el procedimiento arbitral, y es en ese momento en que las partes del procedimiento deben ser las partes de la controversia. De ello puede inferirse, como lo hace la Demandante, que los hechos posteriores a la fecha de iniciación del procedimiento carecen de interés a los efectos de la determinación de la competencia del Tribunal. No obstante, basta examinar las opiniones expresadas por la Demandada para comprender que el Artículo 8 no es tan diáfano como lo señala la Demandante. De hecho, para determinar la cuestión de la capacidad del inversor es preciso no limitarse a considerar el Tratado, sino, como las partes ya lo han hecho, acudir además a la práctica de la CIJ y de otros tribunales.

116. Antes de hacerlo, el Tribunal recuerda que en el presente caso la

¹⁰⁹ Transcripción, versión en inglés, pág. 118-120, correspondiente a la Transcripción, versión en español, pág. 62-63.

¹¹⁰ Transcripción, versión en inglés, pág. 120-125, correspondiente a la Transcripción, versión en español, pág. 63-65.

cuestión de la legitimación procesal no guarda relación con el cambio de nacionalidad de la Demandante, pues National Grid sigue siendo una compañía británica, sino con el hecho de que el inversor mantenga o no la titularidad de la inversión. La cita sobre ese tema, tomada de *Principles of Public International Law* del profesor Brownlie, que la Demandada pone a consideración de este Tribunal¹¹¹, se refiere a la continuidad de la nacionalidad a los efectos de la protección diplomática, y no a la continuidad de la titularidad de la inversión por parte de un demandante cuya nacionalidad no ha cambiado. Aun con respecto a la continuidad de la nacionalidad como requisito para mantener la legitimación procesal, el propio profesor Brownlie señaló que “existe un acervo respetable de opiniones según las cuales corresponde rechazar enteramente ese principio”¹¹². A ese respetable acervo de opiniones puede agregarse la conclusión a la que llegó el relator sobre protección diplomática de la CDI, el profesor Dugard, en el sentido de que no existe ninguna regla establecida al respecto.¹¹³

117. Como lo señala la Demandante, en el caso *Arrest Warrant* la CIJ declaró que existía jurisprudencia firme en el sentido de que

“corresponde determinar la existencia de competencia al momento de la presentación del acto que da inicio al procedimiento. En consecuencia, si la Corte tiene competencia en la fecha en que se le remite el caso, continúa teniéndola independientemente de la ocurrencia de hechos posteriores”¹¹⁴.

No obstante, la Corte siguió diciendo: “Esos hechos podrían llevar a la conclusión de que la solicitud ulteriormente ha sido privada de contenido y a una decisión de no juzgar el fondo de la misma, pero no pueden privar de

¹¹¹ I. BROWNLIE, *PRINCIPLES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW* (quinta edición, 1998), pág. 483, citado en el Memorial de la Demandada sobre la Competencia, párr. 79.

¹¹² *Ídem*. (Traducción del Tribunal).

¹¹³ Referencia tomada de J. Paulsson, “Continuous Nationality in Loewen”, 20 *Arbitration International* (2004) págs. 213-215.

¹¹⁴ Contestación de la Demandante sobre la Competencia, versión en español, párr. 114 (en que se cita *Arrest Warrant*, nota 100, *supra*, párr. 26). (Traducción al español de la Demandante.)

competencia a la Corte”¹¹⁵.

118. En principio, todos los tribunales arbitrales que entendieron en los casos examinados por las partes —*Amco*, *SOABI*, *CSOB*, *LETCO* y *Mondev*— sostuvieron que la fecha crítica para el cumplimiento de los requisitos sobre la competencia es aquélla en que se instituyen los procedimientos. La decisión del caso *Loewen* también respalda esta posición, como lo señala la Demandante y como resulta evidente al examinar la declaración anteriormente citada en la que se apoya el argumento de la Demandada.¹¹⁶

119. La República Argentina ha sostenido que en ninguno de esos casos la transferencia de activos fue voluntaria, pero los tribunales no parecen haber tenido en cuenta ese factor para llegar a sus respectivas decisiones. En el caso *CSOB*, el tribunal declaró:

“Dado que la Demandante inició el presente procedimiento con anterioridad al momento de realizarse las dos cesiones, se desprende que el Tribunal tiene competencia para conocer del caso independientemente de los efectos legales que pudieran haber tenido las cesiones respecto de la legitimación de la Demandante si se las hubiera realizado con anterioridad a la presentación de la demanda”¹¹⁷.

120. En el caso *Mondev*, el tribunal fue más allá, desvinculando la inversión del procedimiento de arbitraje, dejando de lado el requisito de que el inversor debe mantener la titularidad de derechos en la inversión a la fecha en que se inició el arbitraje:

“Exigir que la Demandante mantenga el carácter continuo de inversor con

¹¹⁵ *Arrest Warrant*, nota 100, *supra*, párr. 26. Esta oración sigue a la cita aducida por la Demandante en sus argumentos. (Traducción al español del Tribunal.)

¹¹⁶ “Raymond Loewen alega que su reclamo bajo el TLCAN sobrevivió a la reorganización. La Parte Demandada originalmente objetó a la reclamación de Raymond Loewen sobre la base de que ya no tenía control sobre sus acciones *al comienzo del procedimiento* [...]” (Énfasis agregado por el Tribunal). *Loewen*, nota 79, *supra*, párr. 239.

¹¹⁷ *CSOB*, nota 86, *supra*, párr. 31. (Traducción al español de la Demandante, Contestación de la Demandante sobre la Competencia, versión en español, párr. 109).

arreglo al derecho del Estado receptor al momento de iniciarse el arbitraje llevaría a la frustración del mismísimo fin del Capítulo 11, que consiste en brindar protección a los inversores contra conductas ilegítimas, incluida la expropiación de su inversión sin que medie indemnización, y a brindar dicha protección durante toda la duración de la inversión hasta el momento de su ‘venta u otra disposición’ [Artículo 1102(2)]”¹¹⁸.

Según la decisión del caso *Mondev*, el factor esencial consiste en haber sido un inversor y haber sido víctima de un acto ilícito antes de la venta u otro tipo de enajenación de sus activos, sin que sea necesario que el perjudicado haya seguido siendo un inversor a los efectos de los procedimientos de arbitraje.

121. La Demandada ha sostenido asimismo que, si se reconociera un derecho a llevar adelante las reclamaciones enmarcadas en la controversia, ese derecho se habría transferido al adquirente de las acciones. El Tribunal observa que la Demandante siguió siendo el titular de ese derecho en virtud de las condiciones de transferencia de las acciones, que fueron aprobadas por las autoridades competentes de la República Argentina.¹¹⁹

122. Por las razones que anteceden, el Tribunal considera infundada esta excepción.

3. Tercera excepción: La diferencia no es una “controversia en materia de inversión”

a) Posiciones de las partes

i) Posición de la Demandada

123. La Demandada repite aquí en parte el argumento antes formulado de que un inversor sólo puede solicitar la protección prevista en el Tratado si las medidas supuestamente perjudiciales adoptadas por la República Argentina han

¹¹⁸ *Mondev*, nota 84, *supra*, párr. 91. (Traducción al español de la Demandante, Contestación de la Demandante sobre la Competencia, versión en español, párr. 103).

¹¹⁹ Documento de Prueba D-132.

estado dirigidas específicamente a la inversión. Según la Demandada, las medidas generales adoptadas por un gobierno encaminadas a influir de algún modo sobre la vida económica del país no son de incumbencia de este Tribunal, el cual carece de competencia para pronunciarse sobre cuestiones de orden público; el Tribunal en cambio si es competente para resolver cuestiones jurídicas emanadas de la diferencia sobre inversiones puesta a su consideración o vinculadas con la misma. No basta que el inversor sea afectado por una medida para que el Tribunal asuma competencia; es necesario probar un nexo jurídico entre la medida y la inversión. A este respecto, la Demandada se refiere a la declaración ya citada del tribunal en el caso *CMS* de que las cuestiones de política económica general en principio no están comprendidas dentro de la esfera de la jurisdicción del CIADI y de los tribunales del CIADI; es necesario probar el incumplimiento de compromisos contractuales específicos asumidos frente al inversor.¹²⁰

124. La Demandada alega que no es suficiente que la República Argentina haya asumido obligaciones genéricas en “tratados, leyes o contratos”, sino que la Demandante debe probar cuáles fueron las obligaciones concretas asumidas por la República Argentina que fueron incumplidas en virtud de la devaluación del peso, el establecimiento de una nueva paridad, la “pesificación” temporal de tarifas y deudas, y la adopción de una política fiscal en consonancia con esas Medidas.¹²¹

125. La Demandada traza un paralelo entre la cuestión de la competencia que estaba en juego en el caso *Methanex* y la calificación de la controversia planteada por la Demandante como controversia en materia de inversiones en virtud del Tratado. En el caso *Methanex*, tal como lo explicó la Demandada, el tribunal del TLCAN se refirió a la cuestión de si las medidas adoptadas por un Estado parte del TLCAN eran “relativas a” la inversión o al inversor. *Methanex* había sostenido que bastaba que una medida afectara al

¹²⁰ Memorial de la Demandada sobre la Competencia, párrs. 100-101.

¹²¹ *Ídem*, párr. 102.

inversor o a la inversión para que pudiera plantearse una reclamación conforme al derecho internacional. Los Estados parte del TLCAN discreparon con esta interpretación. El tribunal consideró de poca utilidad realizar una interpretación literal del término “relativas a” y, a la luz del contexto, el objeto y la finalidad del Artículo 1101(1) del TLCAN, llegó a la siguiente conclusión:

“Si el umbral previsto en el Artículo 1101(1) fuera meramente el de la ‘afectación’, como lo sostiene Methanex, se cumpliría en todos los casos en que un inversor o una inversión sufrieran un impacto económico. Por ejemplo, en el presente caso ese requisito podría ser cumplido por los proveedores de Methanex, perjudicados por las supuestas pérdidas de Methanex; por los proveedores de esos proveedores, etcétera, hasta el infinito. En ese sentido, el Artículo 1101(1) no representaría ningún umbral significativo para el arbitraje del TLCAN. Un umbral que puede ser superado por una clase indeterminada de inversores que formulan una reclamación alegando pérdidas no es en modo alguno un umbral, y la atractiva simplicidad de la interpretación de *Methanex* deriva del hecho de que no impone ningún límite práctico. Puede ser cierto, para adaptar la declaración de Pascal, que la historia del mundo habría variado mucho si la nariz de Cleopatra hubiera sido diferente, pero ello no implica que estemos relacionados con la nariz de la reina. La teoría del caos no constituye una guía para la interpretación de esta importante frase, y se requiere una fuerte dosis de sentido común práctico”¹²².

126. La Demandada concluye que en la decisión del caso *Methanex* se establece acertadamente la necesidad de un nexo causal de carácter jurídico para conectar los hechos alegados con el inversor:

“En un instrumento jurídico como el TLCAN, la interpretación de *Methanex* suscitaría un resultado sorprendente, sino absurdo. Las

¹²² *Ídem*, párr. 107 (en que se cita el párr. 137 del caso *Methanex Corporation c. Estados Unidos*, Primer Laudo Parcial (7 de agosto de 2002), que puede consultarse en <http://www.state.gov/documents/organization/12613.pdf>). (Traducción al español del Tribunal.)

consecuencias posibles de la conducta humana son infinitas, en especial cuando se refieren a actos de organismos públicos, pero el sentido común no exige que esa línea se mantenga ininterrumpida hasta un horizonte infinito. En un contexto jurídico tradicional dicha línea se interrumpe en algún punto, y trátase de un juicio lógico, de política social, u otro juicio de valor, necesariamente se impone un límite que restringe las consecuencias que hayan de imputarse a dicha conducta [...]"¹²³.

127. La Demandada ha alegado también que los hechos en que se basa el nexo entre las Medidas y la Demandante deben probarse en esta fase de las actuaciones y no junto al fondo del asunto. La Demandante debe probar que su reclamación es *prima facie* legítima a la luz del derecho internacional, y no un mero conflicto contractual o un mero conflicto de intereses con la Demandada¹²⁴.

128. La Demandada concluye que la Demandante no ha probado la existencia de una conexión directa, próxima e inmediata entre las Medidas y su "supuesta inversión", ni podría probarlo, puesto que las Medidas no iban dirigidas directamente contra la inversión ni estaban relacionadas con ella.¹²⁵

ii) Posición de la Demandante

129. La Demandante afirma que su reclamación no se encuentra vinculada con medidas generales de la República Argentina, sino con obligaciones concretas contraídas por la Demandada que ésta incumplió, violando así el Tratado. La vinculación directa entre las Medidas y la inversión se basa en el hecho de que las Medidas afectaron directamente a derechos de la Demandante vinculados con su inversión que se encuentran protegidos por el derecho internacional.

¹²³ *Ídem*, párr. 109 (en que se cita *Methanex*, nota 122, *supra*, párr. 138). (Traducción al español del Tribunal.)

¹²⁴ *Ídem*, párr. 103.

¹²⁵ *Ídem*, párr. 110.

130. La Demandante encuentra apoyo en la decisión del caso *CMS*, en que se cita un pasaje mencionado por la Demandada y por el Tribunal en el párrafo 97¹²⁶ que antecede, y en el texto adicional siguiente, que la Demandante cita en su totalidad:

“Sobre la base de estas consideraciones el Tribunal concluye en este aspecto que no tiene jurisdicción sobre medidas generales de política económica adoptadas por la República Argentina y que no puede emitir juicio sobre si acaso ellas son acertadas o equivocadas. Sin embargo, el Tribunal también concluye que tiene jurisdicción para examinar si medidas específicas que afectan la inversión del Demandante [sic], 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”¹²⁷.

131. La Demandante observa que la cuestión de si determinadas medidas afectaron derechos y causaron perjuicios a la Demandante está vinculada con el fondo de la controversia. Según la Demandante, el Tribunal sólo debe comprobar la existencia, *prima facie*, de una conexión suficientemente directa entre las Medidas y la inversión de que se trata. La Demandante hace referencia de nuevo al caso *CMS*:

“Si bien conceptualmente la línea que separa una materia de otra es clara, en la práctica la determinación de si cierta reclamación pertenece a una u otra categoría sólo podrá realizarse a la luz de las pruebas que las partes deberán aportar y discutir en la fase relativa al fondo de la controversia. [...] Ello significa, en efecto, que la determinación de qué materias entran dentro de la jurisdicción del Tribunal o se encuentran fuera de ella se fusiona con la determinación de si determinada

¹²⁶ Véase párr. 97, *supra*.

¹²⁷ *CMS*, nota 81, *supra*, párr. 33 (citada en la Contestación de la Demandante sobre la Competencia, párr. 45). (Énfasis agregado por la Demandante.)

reclamación está o no relacionada con medidas específicas que afecten la inversión.

Por ahora, el hecho de que el Demandante [*sic*] haya demostrado en principio que ha sido adversamente afectado por medidas adoptadas por la República Argentina es suficiente para que el Tribunal considere que la demanda, en cuanto se refiere a esta materia, es admisible y que el Tribunal tiene jurisdicción y competencia para examinarla en cuanto al fondo de la controversia”¹²⁸.

132. La Demandante señala que esta posición adoptada por el tribunal en el caso *CMS* es compatible con “la moderación que tradicionalmente emplean los tribunales al analizar la naturaleza de las diferencias sometidas a arbitraje ante el CIADI”¹²⁹. La Demandante observa también que el requisito del umbral es el del Artículo 8 del Tratado y no el del Artículo 25(1) del Convenio del CIADI: “controversias relativas a una inversión”, en contraposición con “las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión”¹³⁰.

133. La Demandante resume así las reclamaciones incluidas en el Escrito de Demanda:

“Argentina violó las obligaciones asumidas frente a National Grid en virtud del Tratado con el Reino Unido mediante las Medidas adoptadas a partir de enero de 2002, que se explican en el Capítulo III supra, y que conculcan abierta y directamente disposiciones esenciales y específicas establecidas en el Marco Legal aplicable a la inversión, y específicamente mediante

- (i) la omisión de respetar la promesa de que la remuneración tarifaria de Transener y Transba sería ‘justa y razonable’, y suficiente para

¹²⁸ *Ídem*, párrs. 34-35 (citada en la Contestación de la Demandante sobre la Competencia, párr. 46).

¹²⁹ Contestación de la Demandante sobre la Competencia, versión en español, párr. 47.

¹³⁰ *Ídem*, párrs. 48.

- cubrir costos operativos razonables, impuestos, amortizaciones, y obtener una 'tasa de retorno favorable';
- (ii) la derogación de los derechos de Transener y Transba a calcular su remuneración en dólares estadounidenses y convertirla a pesos a la tasa de cambio vigente a la fecha de facturación;
 - (iii) la derogación de los derechos de Transener y Transba a ajustar su remuneración cada seis meses según el IPP y el IPC [de EE.UU.];
 - (iv) la conversión de la remuneración de Transener y Transba a pesos a la tasa de cambio artificial de un peso por un dólar, a pesar de la derogación de la paridad entre el dólar y el peso establecida en virtud de la Ley de Convertibilidad permitiendo la libre flotación del peso, que se depreció rápidamente para finalmente estabilizarse en un tipo de cambio de aproximadamente tres pesos por un dólar;
 - (v) el congelamiento de la remuneración tarifaria de Transener y Transba por el servicio de transporte de energía eléctrica a partir de enero de 2002, a un tercio del nivel en dólares aprobado en 2001;
 - (vi) la no realización de la Revisión Quinquenal de la remuneración de Transener (que debía realizarse en 2003) y de Transba (que debía realizarse en 2002) a fin de garantizar que las tarifas continuaran ajustándose a las garantías previstas en el Marco Legal, en especial la de mantener una tarifa 'justa y razonable' suficiente para cubrir costos operativos razonables, impuestos, amortizaciones y obtener una 'tasa de retorno razonable'; y
 - (vii) la omisión de ajustar la remuneración tarifaria de Transener y Transba sobre la base de circunstancias 'objetivas y justificadas', o en los casos en que dicha remuneración devino 'injusta, irrazonable, indebidamente discriminatoria o preferencial', como resultado de la Ley de Enero de 200[2].

Las Medidas de Argentina, junto con las pérdidas resultantes ocasionadas a National Grid y a su inversión, constituyen una violación del Tratado con el Reino Unido, en particular:

- (i) la expropiación de la inversión de National Grid sin la compensación correspondiente, en violación del Artículo 5(1) del Tratado [...] [...] [...]
- (ii) el mal trato conferido a la inversión de National Grid en violación de los estándares de tratamiento consagrados en el Artículo 2(2) del Tratado [...]”¹³¹.

La Demandante concluye que esas reclamaciones se refieren a medidas específicas que repercuten directamente sobre la inversión. Las reclamaciones no cuestionan las medidas generales de por sí, como la devaluación o el establecimiento de una paridad cambiaria diferente, sino “el repudio bien concreto y específico”, por parte de la Demandada, de compromisos previstos en el Marco Legal¹³².

134. En lo que respecta al caso *Methanex*, la Demandante observa que el Artículo 1101(1) del TLCAN establece un umbral más alto que el Artículo 8(1) del Tratado, pues se refiere a las medidas “relativas a[l]” inversor o a la inversión, en tanto que el Artículo 8(1) se refiere a una controversia “relativa a una inversión”¹³³. La Demandante alega que el Artículo 8(1) no requiere una conexión directa entre las medidas que dan lugar a la controversia y la inversión, en contraposición con la interpretación dada por el tribunal que entendió en el caso *Methanex* al Artículo 1101(1), según la cual se requiere una “conexión jurídicamente significativa” entre la medida y la inversión o el inversor¹³⁴. La

¹³¹ *Ídem*, párr. 49.

¹³² *Ídem*, párr. 52.

¹³³ *Ídem*, párrs. 54-55.

¹³⁴ *Ídem*, párrs. 54-55 (en que se establece el estándar de “relativa a” enunciado en el caso *Methanex*, nota 122, *supra*, párr. 147).

Demandante afirma que su interpretación del Artículo 1101(1) debe leerse conjuntamente con la decisión del caso *Pope & Talbot*, en que se rechazan

“los argumentos de Canadá en el sentido de que una medida solamente puede considerarse relativa a una inversión si está dirigida principalmente a esa inversión y que una medida dirigida al comercio de bienes *ipso facto* no puede también estar dirigida según lo previsto en el Capítulo 11”¹³⁵.

Por lo tanto, debe existir una “conexión jurídicamente significativa” entre las medidas en cuestión y la Demandante y su inversión, pero esta conexión no tiene por qué estar “dirigida principalmente” a las inversiones¹³⁶. La Demandante afirma que su reclamación cumple el requisito de “conexión jurídicamente significativa”, aunque dicha conexión no sea exigible en el marco del Tratado¹³⁷.

b) Consideraciones del Tribunal

135. Esta excepción de incompetencia propuesta por la República Argentina plantea la cuestión de si el Tribunal es competente para pronunciarse sobre cuestiones de orden público, y si las Medidas se tomaron en relación con la “inversión”, tal como lo requiere el Artículo 8 del Tratado.

136. El Tribunal no encuentra dificultad alguna para reconocer la prerrogativa soberana de la República Argentina de adoptar las políticas que crea convenientes. A ese respecto, comparte categóricamente lo decidido en el caso *CMS*, a saber:

“Sobre la base de estas consideraciones el Tribunal concluye en este aspecto que no tiene jurisdicción sobre medidas generales de política económica adoptadas por la República Argentina y que no puede emitir

¹³⁵ *Ídem*, párr. 55 (en que se cita la Moción Preliminar del Gobierno de Canadá de que se rechace la reclamación porque rebasa el alcance y la cobertura del TLCAN).

¹³⁶ *Ídem*, párr. 56.

¹³⁷ *Ídem*.

juicio sobre si acaso ellas son acertadas o equivocadas”¹³⁸.

137. No obstante, el tribunal que entendió en el caso *CMS* no se detuvo allí como lo sostuvo la Demandada, sino que agregó:

“Sin embargo, el Tribunal también concluye que tiene jurisdicción para examinar si medidas específicas que afectan la inversión del Demandante [*sic*], 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”¹³⁹.

138. Por lo tanto, no se trata de pronunciarse sobre medidas de política de un Estado, ni de considerar medidas que simplemente afecten a una inversión, sino de establecer si las Medidas guardaron una relación directa con la inversión y violaron obligaciones que vinculan a la República Argentina con la Demandante.

139. Las partes han analizado el significado de las expresiones “relativa a” y “relacionadas con” una inversión. El Tribunal no considera significativa la diferencia entre esas dos expresiones en el presente caso; ambas se refieren a una conexión o relación con la palabra que las sigue.¹⁴⁰ Tiene que haber una conexión entre las Medidas y la inversión. Esa conexión no tiene por qué ser exclusiva. Pueden existir otras inversiones con las que estén relacionadas las Medidas. Como se señala en el caso *CMS*, las medidas adoptadas tienen que contravenir “compromisos jurídicamente obligatorios adquiridos con el inversionista mediante los tratados, la legislación o los contratos.”¹⁴¹

140. La República Argentina sostiene que la Demandante tiene la carga

¹³⁸ *CMS*, nota 81, *supra*, párr. 33.

¹³⁹ *Ídem*.

¹⁴⁰ El Reino Unido ha utilizado indistintamente ambas expresiones en su práctica en materia de tratados. En realidad, en los dos acuerdos modelo sobre inversiones presentados en el curso de estos procedimientos usa la frase “*en relación con*”.

¹⁴¹ *CMS*, nota 81, *supra*, párr. 33.

de probar en esta etapa del procedimiento la conexión entre las Medidas y los compromisos asumidos por la República Argentina. No cabe duda de que National Grid efectuó una inversión en Argentina y de que si no se hubiera producido la venta de las acciones en Citelec, la República Argentina habría admitido que la Demandante es un inversor en el marco del Tratado. Tampoco cabe duda de que la República Argentina invitó a realizar la inversión, ni que el Tratado tenía como finalidad atraer esa inversión. Es indudable que la República Argentina sancionó determinadas leyes con el fin de lograr que ese marco legal promoviera inversiones. La controversia, tal como ha sido enmarcada y presentada por la Demandante, se refiere a las modificaciones introducidas en ese marco legal y al efecto que esos cambios ocasionaron en la inversión y en las obligaciones contraídas en acuerdos conexos. Para el Tribunal, ello es suficiente para probar, *prima facie*, la existencia de una controversia con respecto a la inversión. El Tribunal no necesita pruebas adicionales para pronunciarse sobre su competencia en el marco del Tratado.

141. En consecuencia, el Tribunal rechaza esta excepción referente a su competencia.

4. Cuarta excepción: La controversia no es una “diferencia de naturaleza jurídica”

a) Posiciones de las partes

i) Posición de la Demandada

142. Primero, la Demandada alega que, conforme al Tratado, la controversia debe guardar relación con la violación de derechos jurídicamente reconocidos, en lugar de ser un mero conflicto de intereses, y que la controversia debe ser susceptible de arreglo mediante la aplicación de la ley. Según la Demandada, la discrepancia entre las partes con respecto a una cuestión de hecho o de derecho debe estar orientada hacia las obligaciones internacionales del Estado, como lo sostuvo el tribunal en el caso *Generation*

Ukraine c. Ucrania.¹⁴² No obstante, la Demandada alega que en el presente caso las supuestas violaciones se refieren a violaciones contractuales específicas, y “deberán ser sometidas a la jurisdicción de los tribunales nacionales [argentinos] libremente consent[ida] por las partes en disputa”¹⁴³.

143. La Demandada agrega que:

A) este Tribunal no debe asumir el papel de un tribunal administrativo nacional. Es evidente que se trata de una reclamación de ajuste de tarifas debido a “mayores costos”, en relación con los cuales existe un procedimiento administrativo específico a fin de restablecer el equilibrio del contrato;¹⁴⁴

B) las meras afirmaciones acerca de supuestas violaciones del Tratado por parte de la República Argentina no bastan para convertir las alegaciones de la Demandante sobre supuestos vicios en el mecanismo administrativo de ajuste de tarifas basado en criterios de orden público y de equidad en lo que el Tratado denomina una “controversia en materia de inversión”¹⁴⁵, y

C) “la cuestión de si existe una controversia internacional es de determinación objetiva”, como lo sostuvo la CIJ en *Interpretación de Tratados de Paz*¹⁴⁶.

144. Segundo, la Demandada alega que, si la reclamación fuera de naturaleza jurídica, se trataría de una reclamación contractual. Todos los hechos presentados por la Demandante se refieren a violaciones de obligaciones contractuales, en tanto que los recursos promovidos para resolver el problema contractual están encaminados a obtener la restitución de la inversión. La Demandada hace referencia al principio de la “base esencial de una

¹⁴² *Generation Ukraine Inc. c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/00/9, Laudo (16 de septiembre de 2003), 44 ILM 404 (2005), párr. 18.4.

¹⁴³ Memorial de la Demandada sobre la Competencia, versión en español, párrs. 112-116.

¹⁴⁴ *Ídem*, párr. 119.

¹⁴⁵ *Ídem*, párr. 123.

¹⁴⁶ *Ídem*, párr. 124 (en que se cita *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania*, Primera Fase, Opinión Consultiva (30 de marzo de 1950), (1950) *ICJ Reports* 65, 74). (Traducción al español del Tribunal.)

reclamación”, introducido por el Comité de Anulación en el caso *Vivendi II*,¹⁴⁷ Según lo resuelto en ese caso, cuando la base esencial de una reclamación presentada ante un tribunal internacional es el incumplimiento de un contrato, el tribunal debe respetar toda cláusula válida de selección de foro que contenga el contrato. En el presente caso, la Demandada afirma que la base de la reclamación es una renegociación casi terminada de contratos de concesión, y no el desmantelamiento de una inversión ni el incumplimiento de normas internacionales previstas en el Tratado.¹⁴⁸

145. En la misma línea de argumentación, la Demandada alega que el Tribunal está facultado para pronunciarse sobre la admisibilidad en esta fase del procedimiento referente a la competencia, para lo cual le basta leer cuidadosamente el Escrito de Demanda. La Demandada se basa asimismo en el precedente *SGS c. Filipinas*¹⁴⁹, donde el tribunal, al pronunciarse sobre la jurisdicción, devolvió el caso a los tribunales locales. También se basa en la decisión adoptada por la CIJ en el caso *Nuclear Tests*, mencionando la conveniencia de que los tribunales limiten el alcance de su jurisdicción específica, así como la importancia de que lo hagan en la primera oportunidad posible.¹⁵⁰

146. Tercero, la Demandada alega que, siendo la presente una reclamación contractual, la Demandante carece de legitimación procesal para someterla al arbitraje. Los derechos afectados pertenecen a las compañías concesionarias y no a la Demandante¹⁵¹. Ni el derecho argentino ni el derecho internacional admiten las reclamaciones derivadas. La Demandada realiza un examen comparado del tratamiento de las reclamaciones derivadas en el marco

¹⁴⁷ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3, Decisión sobre la Anulación (3 de julio de 2002), 19 ICSID Rev.—FILJ 89 (2004).

¹⁴⁸ Memorial de la Demandada sobre la Competencia, versión en español, párrs. 128, 132 y 135.

¹⁴⁹ *SGS c. Filipinas*, nota 48, *supra*.

¹⁵⁰ Memorial de la Demandada sobre la Competencia, versión en español, párrs. 137-139 (en que se cita *Nuclear Tests (Australia c. Francia)*, Sentencia (20 de diciembre de 1974), (1974) *ICJ Reports* 253).

¹⁵¹ *Ídem*, párrs. 140-141.

del TLCAN, el Tratado de Libre Comercio Estados Unidos-Chile y el derecho estadounidense, a los efectos de probar el carácter excepcional de esas reclamaciones¹⁵².

147. La Demandada alega asimismo que, en principio, no existe un derecho a que una acción mantenga un determinado valor, y que conforme al derecho argentino, *strictu sensu*, el único derecho patrimonial de un accionista es el derecho a una cuota del valor de liquidación de la compañía. La Demandada distingue entonces entre reclamaciones directas y derivadas en función de las diferentes pretensiones reconocidas a un accionista que haya sufrido un perjuicio en concreto, en contraposición con los perjuicios experimentados por todos los accionistas. La Demandada también analiza las políticas o intereses fundamentales que se procuran proteger a través de ambos tipos de pretensiones; a saber, por una parte la integridad de la compañía, y los derechos de los acreedores, por la otra. La Demandada alega que no tener en cuenta esta distinción equivaldría a dar preferencia al interés de un accionista que decida presentar una reclamación, frente a las necesidades de la compañía y a las de los terceros interesados tomados en su conjunto¹⁵³. Señala asimismo que cuando se trata de una reclamación por daños y perjuicios en particular, la decisión del tribunal se basa en los hechos presentados en su reclamación, y no en lo alegado por la Demandante ni en los términos que éste usa para calificar su reclamación¹⁵⁴. Por todas esas razones, según la Demandada, el Tribunal no debería pasar a la etapa de consideración del fondo del asunto. Si lo hiciera, y se pronunciara a favor de los accionistas, dados los compromisos asumidos por Transener frente a la Demandada en la carta de entendimiento, la suma adjudicada por el Tribunal a los accionistas no ingresaría en las arcas de la compañía, lo que daría lugar a la liquidación de la compañía. Por lo tanto, el Tribunal estaría aniquilando el capital necesario para que la compañía se recuperara de los efectos de la supuesta expropiación. De hecho, el Tribunal

¹⁵² *Ídem*, párrs. 151-158.

¹⁵³ *Ídem*, párrs. 159-170.

¹⁵⁴ *Ídem*, párr. 163.

estaría expropiando una compañía de servicios públicos a favor de unos pocos accionistas, asumiendo por lo tanto potestades implícitas de liquidar la compañía, atribuciones que el Tribunal no tiene derecho a asumir¹⁵⁵.

ii) Posición de la Demandante

148. En primer lugar, la Demandante observa que los argumentos de la Demandada se refieren a principios de derecho societario argentino y a normas internas de ese país referentes a la doctrina de la personería jurídica de las sociedades que no son pertinentes a los efectos de este arbitraje. La Demandante reitera que sus reclamaciones se basan en el Tratado y no en la legislación interna de La República Argentina ni en ningún otro orden jurídico interno. Con respecto a la competencia, el derecho aplicable se encuentra en las disposiciones del Tratado, tal como se enuncia en los casos *CMS* y *Siemens*¹⁵⁶.

149. Segundo, la Demandante recuerda que ha presentado su Escrito de Demanda como inversor del Reino Unido en Argentina; su reclamación emana directamente de los derechos que le confiere el Tratado y del incumplimiento, por parte de la Demandada, de las obligaciones que le impone el Tratado: “Estos reclamos” —sostiene— “no tienen nada de indirecto o derivado”¹⁵⁷.

150. La Demandante señala que, en su argumentación, la República Argentina pasa por alto el hecho de que los compromisos asumidos frente a los concesionarios en sus respectivos contratos lo fueron ante los inversores extranjeros, en el contexto de los esfuerzos realizados por la República Argentina para atraer oferentes para su programa de privatización de compañías de servicios públicos. Esos compromisos formaban “parte de todo el Marco Legal de la privatización de la industria eléctrica, consagrado por Argentina mediante leyes, decretos y resoluciones así como por intermedio de los propios

¹⁵⁵ *Ídem*, párr. 173.

¹⁵⁶ Contestación de la Demandante sobre la Competencia, versión en español, párrs. 135-138 (en que se cita *CMS*, nota 81, *supra*, párr. 42, y *Siemens*, nota 41, *supra*, párr. 42).

¹⁵⁷ *Ídem*, párr. 140.

Contratos”¹⁵⁸.

151. La Demandante hace referencia a las consideraciones que llevaron al tribunal del caso *Enron c. Argentina* a concluir que la Demandante poseía *ius standi*:

“[...E]n el Memorando de Información [sobre la oferta inicial de la licitación] publicado en 1992 y otros instrumentos relativos a la privatización de la industria del gas invitaban específicamente a los inversores extranjeros a participar en este proceso. Luego se realizó un road show [“gira de promoción”] en ciudades clave de todo el mundo [...]

De ello se desprende que se buscó específicamente la participación de las Demandantes [...] No es posible sostener que las Demandantes sólo tienen una relación remota con los requisitos jurídicos de la privatización, ya que son sin duda los dueños de la inversión realizada y sus derechos se encuentran protegidos por el Tratado y se encuentran regulados en dicho tratado, y no se trata de meros derechos contractuales relativos a un intermedio. El hecho de que la inversión se realizara a través de CIESA y otras empresas relacionadas no afecta en lo más mínimo esta conclusión”¹⁵⁹.

152. La Demandante señala que estas reflexiones se aplican al proceso de privatización de Transener que se describe en la Demanda.¹⁶⁰ Es indudable que los compromisos asumidos por la Demandada iban dirigidos a los inversores; sobre todo los inversores extranjeros. Transener y luego Transba eran “simplemente las sociedades locales por intermedio de las cuales se canalizó la inversión extranjera”¹⁶¹. La Demandante agrega que los TBI

¹⁵⁸ *Ídem*, párr. 142.

¹⁵⁹ Contestación de la Demandante sobre la Competencia, versión en español, párrafo 143 (en que se citan los párrs. 55-56 del caso *Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/3, Decisión sobre Jurisdicción (14 de enero de 2004), que puede consultarse en <http://ita.law.uvic.ca/documents/Enron-Jurisdiction.pdf>).

¹⁶⁰ *Ídem*, párr. 144 (en que se cita el Escrito de Demanda, párrs. 78-83).

¹⁶¹ *Ídem*, párr. 145.

formaban parte de esos compromisos. Como se señala en *Enron (Demanda Adicional)*: “No hay duda de que el Tratado se celebró con la finalidad específica de garantizar los derechos de los inversionistas extranjeros y promover su participación en el proceso de privatización”¹⁶².

153. La Demandante concluye su segundo argumento afirmando que “tiene carácter de parte directamente interesada” y posee “un derecho independiente” a presentar su reclamación al Tribunal, por más que el supuesto incumplimiento del Tratado implique además un incumplimiento de los Contratos¹⁶³.

154. En tercer lugar, la Demandante alega que la redacción del Tratado no respalda la posición de la Demandada. El Tratado define en forma amplia el término “inversión”, incluyendo en él “acciones, [...] y toda otra forma de participación [...] en las sociedades”¹⁶⁴. Esta disposición es aplicable a la participación de la Demandante en Transener y Transba, por lo cual la Demandante se considera con derecho a formular una reclamación respecto de dichas inversiones. Si éstas son menoscabadas en virtud de un incumplimiento del Tratado, la Demandante tiene derecho a ser indemnizado por ese concepto¹⁶⁵.

155. En cuarto término, la Demandante hace referencia a los numerosos casos de arbitraje en que se rechazó una excepción similar con respecto al *ius standi*, es decir, *CMS*, *Enron*, *Azurix*, *Siemens* y *Maffezini*. El Tribunal se referirá tan sólo a unas pocas de las conclusiones de esos tribunales citadas por la Demandante.

156. Así, en el caso *CMS* el tribunal concluyó:

¹⁶² *Ídem*, párr. 146 (en que se cita el párr. 32 del caso *Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/3, Decisión sobre Jurisdicción (Demanda Adicional), versión en español (2 de agosto de 2004), que puede consultarse en <http://ita.law.uvic.ca/documents/Enron-DecisiononJurisdiction-FINAL-English.pdf>).

¹⁶³ *Ídem*, párrs. 147-149.

¹⁶⁴ *Ídem*, párr. 150 (en que se cita el Tratado, Artículo 1(a)(ii)).

¹⁶⁵ *Ídem*, párr. 150.

“[...] no encuentra en el derecho internacional actual un obstáculo al concepto de permitir reclamaciones de los accionistas en forma independiente de la sociedad relevante, ni siquiera si esos accionistas son minoritarios o no controladores [...] [lo] que puede considerarse ahora la regla general, ciertamente respecto de inversiones extranjeras y de las reclamaciones internacionales, como también crecientemente en otras materias”¹⁶⁶.

157. En el caso *Enron* el tribunal declaró:

“El hecho de que la sociedad constituida localmente pueda presentar otras demandas por vulneración de sus derechos establecidos en contratos, licencias u otros instrumentos no afecta el derecho directo de los accionistas extranjeros de entablar acciones en el marco del Tratado Bilateral sobre Inversiones para proteger sus intereses en una inversión considerada como tal conforme al Tratado”¹⁶⁷.

158. La Demandante señala también que en los casos *Goetz, AAPL, Genin* y *CME* se permitieron las reclamaciones de los accionistas, concluyendo que todos esos casos demuestran que esas reclamaciones gozaban de firme reconocimiento en el derecho internacional¹⁶⁸.

b) Consideraciones del Tribunal

159. La Demandada cuestiona la existencia de una diferencia de naturaleza jurídica y sostiene que si existe es una controversia contractual que

¹⁶⁶ *CMS*, nota 81, *supra*, párr. 48.

¹⁶⁷ *Enron Corporation*, nota 159, *supra*, párr. 49 (citada en la Contestación de la Demandante sobre la Competencia, versión en español, párrafo 154).

¹⁶⁸ Contestación de la Demandante sobre la Competencia, versión en español, párrs. 161-162 (en que se cita *Antoine Goetz et consorts c. República de Burundi*, Caso CIADI No. ARB/95/3, Laudo (10 de febrero de 1999), 6 ICSID Rep. 5 (2004), párrs. 6, 87 y 89; *Asian Agricultural Products Ltd (AAPL) c. República de Sri Lanka*, Caso CIADI No. ARB/87/3, Laudo Final (27 de junio de 1990), 6 ICSID Rev. —FILJ 526 (1991), párr. 95; *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and AS Baltoil c. República de Estonia*, Caso CIADI No. ARB/99/2, Laudo (25 de junio de 2001), 17 ICSID Rev.—FILJ 395 (2002), párrs. 323-325; y *CME Czech Republic BV c. República Checa*, Caso de la CNUDMI, Laudo Parcial (13 de septiembre de 2001), párr. 392, *que puede consultarse en* <http://ita.law.uvic.ca/documents/CME-2001PartialAward.pdf>).

debe ser sometida a los tribunales federales de la Ciudad de Buenos Aires, según lo acordado en los Contratos. Esta excepción y su razonamiento se superponen en parte con la sexta excepción. Para evitar repetición, el Tribunal se referirá a la segunda parte de la cuestión de la selección de foro en los Contratos al considerar esa excepción.

160. Para examinar las excepciones opuestas por la Demandada, el Tribunal considera útil la definición de “diferencia de naturaleza jurídica” que aparece en el Informe de los Directores Ejecutivos del [Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento] a la Asamblea de Gobernadores de ese organismo, que acompaña el borrador del Convenio del CIADI: “La diferencia debe referirse a la existencia o al alcance de un derecho u obligación de orden legal, o a la naturaleza o al alcance de la reparación a que dé lugar la violación de una obligación de orden legal”¹⁶⁹. Aunque este Informe no es pertinente para la interpretación del Tratado el lenguaje citado indica el enfoque apropiado para este caso. Los argumentos formulados por las partes y los hechos que éstas alegan muestran que existe una controversia entre ellas acerca de si se han violado los derechos de un inversor protegidos por el Tratado y si conforme a la legislación argentina, se asumieron compromisos frente al inversor que puedan dar lugar a una reclamación en el marco del Tratado. Estas reclamaciones van más allá de puros incumplimientos contractuales como señaló *Vivendi II*. Por lo tanto, el Tribunal ha llegado a la conclusión de que existe entre las partes una diferencia con respecto a una obligación de la Demandada relacionada con una inversión de la Demandante, como lo requiere el Artículo 8 del Tratado, y rechaza la excepción opuesta en la medida en que en ella se aduce la inexistencia de una diferencia de naturaleza jurídica.

5. Quinta excepción: Cartas de entendimiento

a) Posiciones de las partes

¹⁶⁹ Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, adoptado por Resolución No. 214 de la Asamblea de Gobernadores del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento el 10 de septiembre de 1964, 1 ICSID Rep. 23, 28 (1993).

i) Posición de la Demandada

161. La Demandada llama la atención del Tribunal con respecto a las cartas de entendimiento suscritas por Transener y Transba el 2 de febrero de 2005 en el contexto de la renegociación de los Contratos. En el caso de Transener, ésta y sus accionistas se comprometieron a suspender y a desistir de toda reclamación o recurso formulado ante cualquier órgano administrativo, judicial o arbitral en Argentina u otros países sobre la base de hechos o medidas adoptadas con respecto al Contrato de Concesión como consecuencia de la situación de emergencia declarada por la Ley No. 25.561. Además, si se dictara un laudo o una sentencia favorable a los accionistas o ex accionistas de Transener, ésta sería responsable del pago de la indemnización adjudicada, incluyendo los honorarios y costos, y tendría que dejar incólume a la Demandada, aun en caso de rescisión del contrato. También se acordó que la eventual indemnización y los eventuales costos y costas no podrían recuperarse incrementando los cargos aplicados a los usuarios de los servicios de Transener. Las partes de la carta de entendimiento confirman el hecho de que ésta es el resultado del proceso de renegociación previsto en la Ley No. 25.561 y disposiciones accesorias, y que el objetivo de la renegociación consiste en restablecer las condiciones de prestación del Servicio Público de Transporte de Energía Eléctrica en Alta Tensión. Transba asumió un compromiso similar¹⁷⁰.

162. La Demandada sostiene que, al haberse llegado a un claro entendimiento con Transener y Transba, los Concesionarios son los titulares de los derechos que se esgrimen en este procedimiento de arbitraje, el Tribunal carece de competencia para llevar adelante dicho procedimiento. Como ni Transener ni Transba ni los accionistas de esas compañías podrían formular reclamaciones contra la República Argentina por medidas adoptadas a partir de diciembre de 2001, tampoco podría hacerlo National Grid, que vendió sus acciones a su propio riesgo. National Grid no sufrió perjuicio alguno y, tal como lo señaló la CIJ en el caso *Nuclear Tests*, quien no sufre perjuicio no se

¹⁷⁰ Memorial de la Demandada sobre la Competencia, versión en español, párrs. 174 y sigs.

encuentra habilitado, conforme al derecho internacional, a solicitar la protección de un tribunal¹⁷¹.

ii) Posición de la Demandante

163. La Demandante sostiene que las cartas de entendimiento otorgadas por Transener y Transba después de la enajenación de su inversión por parte de National Grid no son pertinentes a los efectos de determinar la competencia del Tribunal con respecto a esta diferencia. National Grid nunca participó ni está participando en la renegociación, y sus reclamaciones en el marco del Tratado son independientes de la renegociación. La Demandante llama la atención del Tribunal con respecto a la declaración formulada por el tribunal en el caso *CMS*, respondiendo a una excepción similar de incompetencia:

“no le corresponde al Tribunal decidir sobre las perspectivas del proceso de negociación o acerca de lo que TGN pueda hacer respecto de sus accionistas, pues estas son materias a tratar entre la República Argentina y TGN o entre TGN y sus accionistas”¹⁷².

164. La Demandante observa que fue la Demandada quien impuso a los Concesionarios el proceso de renegociación y alega que un proceso en donde la Demandante no cumple ni puede cumplir papel alguno no puede bloquear sus reclamaciones en el marco del Tratado¹⁷³.

b) Consideraciones del Tribunal

165. El argumento de la Demandada se basa en la aseveración de que los accionistas carecen de derechos directos para reclamar protección en el marco del Tratado y que, no estando facultadas Transener ni Transba para impugnar las Medidas, tampoco pueden hacerlo los accionistas de Transener y

¹⁷¹ *Ídem*, párrs. 181-182 (en que se cita *Nuclear Tests*, nota 150, *supra*, párr. 53).

¹⁷² *CMS*, nota 81, *supra*, párr. 86 citada en la Contestación de la Demandante sobre la Competencia, párr. 165).

¹⁷³ Contestación de la Demandante sobre la Competencia, versión en español, párr. 166.

Transba. En este argumento, la Demandada pasa por alto la posibilidad de que National Grid formule reclamaciones directas basadas en obligaciones asumidas por la República Argentina bajo el Tratado. El Tribunal ya aceptó, *prima facie*, la alegación de que la República Argentina asumió determinados compromisos frente a los accionistas de Transener para atraer su inversión y se declaró competente para decidir la cuestión de si las Medidas infringieron alguna de las obligaciones asumidas bajo el Tratado. El Tribunal señala que ni Transener ni Transba tenían derecho a formular reclamaciones en el marco del Tratado y por lo tanto carecían de capacidad jurídica para negociarlas separadamente con la Demandada. El hecho de que, como parte de esa negociación, los Concesionarios otorgaran a la Demandada seguridades de indemnización para el caso de que el Tribunal condenara a pagar una indemnización a la Demandante, y la manifestación implícita de la República Argentina de que esa eventual adjudicación podría provocar la quiebra de una compañía de servicios públicos, no debería afectar en modo alguno a la competencia de este Tribunal para resolver la presente diferencia, por tratarse de asuntos negociados con quienes son terceros en relación con este procedimiento. La declaración del tribunal en el caso *CMS*, citada más arriba, se aplica igualmente aquí.

166. Por esas razones, el Tribunal rechaza esta excepción relativa a su competencia.

6. Sexta excepción: Competencia exclusiva de los tribunales federales de la Ciudad de Buenos Aires

a) Posición de las partes

i) Posición de la Demandada

167. La Demandada señala que en ambos Contratos el Artículo 38 prevé la competencia de los tribunales federales de la Capital Federal de la República Argentina. La Demandada invita al Tribunal a leer cuidadosamente las

decisiones adoptadas en los casos *Woodruff*¹⁷⁴ y *North American Dredging Company*¹⁷⁵, en donde se reconoce la primacía de la competencia específica acordada en un contrato con respecto a la establecida en virtud de un acuerdo internacional. La Demandada sostiene que este caso no difiere de los mencionados. Si National Grid aceptó la competencia en el Contrato, cuando los recursos previstos en el Tratado ya se conocían, sus propios actos le impiden acudir a esos recursos¹⁷⁶. La Demandada observa que este criterio ha sido confirmado por los tribunales que entendieron en los casos *SGS* y cita la siguiente declaración tomada del caso *SGS c. Filipinas*:

“[...] se trata de saber si debe permitirse que una parte base su reclamación en un contrato cuando el contrato mismo dispone que esa reclamación debe ventilarse exclusivamente en otro foro. A juicio del Tribunal, la respuesta es que no debe permitírsele que lo haga, a menos que razones valederas, como fuerza mayor, impidan a la Demandante cumplir el contrato que ha celebrado. Este impedimento, basado como está en el principio de que una parte en un contrato no puede formular una reclamación basada en ese contrato a menos que ella misma lo cumpla, se considera en forma más natural como cuestión de admisibilidad que de competencia”¹⁷⁷.

ii) Posición de la Demandante

168. La Demandante hace referencia a una larga serie de casos — *CMS, Enron, Azurix, Compañía de Aguas del Aconquija SA y Compagnie Générale des Eaux, Vivendi II, Lanco, Salini, y CME*— en el sentido de que “la jurisprudencia internacional tiene firmemente establecido que los reclamos que suponen una pretensión surgida de un TBI no están sujetos a la competencia

¹⁷⁴ *Woodruff*, Comisión Mixta Estados Unidos-Venezuela, IX R.I.A.A. 213.

¹⁷⁵ *North American Dredging Company of Texas*, Comisión General de Reclamaciones Estados Unidos-México, IV R.I.A.A. 26.

¹⁷⁶ Memorial de la Demandada sobre la Competencia, versión en español, párrs. 184-190.

¹⁷⁷ *Ídem*, párr. 192 (en que se cita *SGS c. Filipinas*, nota 48, *supra*, párr. 154). (Traducción al español del Tribunal.)

exclusiva de los tribunales locales con arreglo al contrato base”¹⁷⁸.

b) Consideraciones del Tribunal

169. El Tribunal recuerda el hecho elemental de que National Grid no es parte de los Contratos de Concesión, donde los Concesionarios convinieron en la competencia exclusiva de los tribunales federales de la Capital Federal de la República Argentina. Esto debería distinguir este caso de algunos de los restantes casos aducidos por las partes y facilitar la tarea del Tribunal. Éste considera un tanto contradictorio que la Demandada base su excepción de incompetencia en la preservación de la personalidad societaria de los Concesionarios y al mismo tiempo sostenga que la Demandante se encuentra obligado por un compromiso que no ha asumido. El Tribunal comprende que la defensa de la Demandada se basa en rechazar la posibilidad de que la Demandante pueda formular reclamaciones en el marco del Tratado independientemente de reclamaciones emanadas de los Contratos. Sin embargo, esta es una cuestión que la Demandante deberá probar cuando se analice el fondo de sus reclamaciones. Tal como las describe la Demandante, las reclamaciones planteadas ante este Tribunal se basan *prima facie* en el Tratado. Como se sostuvo en el caso *SGS c. Pakistán*: “[...s]i los hechos aducidos por la Demandante pueden considerarse como supuestos incumplimientos del TBI, lo que es congruente con la práctica de los tribunales del CIADI, la Demandante debería tener la posibilidad de que se consideren por sus fundamentos”¹⁷⁹.

170. En consecuencia, el Tribunal rechaza la sexta excepción referente a su competencia y asimismo la cuarta excepción en la medida que se refiere a la misma cuestión.

¹⁷⁸ Contestación de la Demandante sobre la Competencia, versión en español, párrs. 79-87.

¹⁷⁹ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República Islámica de Pakistán*, Caso No. ARB/01/13, Decisión del Tribunal sobre Excepciones en materia de jurisdicción (6 de agosto de 2003), párr. 145. (Traducción al español del Tribunal.)

DECISIÓN

1. Habiendo considerado los argumentos escritos y orales de las partes, y por las razones que anteceden, el Tribunal, por unanimidad:

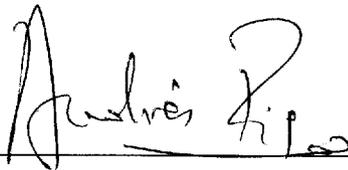
1. Se declara competente para considerar las reclamaciones de National Grid enunciadas en su Notificación del Arbitraje y en su Escrito de Demanda.

2. Declara que National Grid posee *ius standi* para presentar esas reclamaciones.

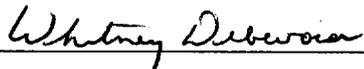
El Tribunal ha dictado, conforme a la Orden de Procedimiento No. 2, una orden de procedimiento estableciendo los plazos que disponen las partes para presentar su Contestación, y sus escritos de Réplica y Dúplica sobre el fondo del asunto.

Cada una de las partes ha solicitado que se condene a la otra parte a pagar los costos causados durante esta fase jurisdiccional del procedimiento, incluidos sus propios costos. El Tribunal resuelve que esta cuestión será considerada y decidida conjuntamente con el fondo de la controversia.

Dada en inglés y en español, siendo ambas versiones igualmente fehacientes, en Washington, D.C., el 20 de junio de 2006.



Dr. Andrés Rigo Sureda
Presidente



E. Whitney Debevoise, Esq.
Árbitro



Profesor Alejandro M. Garro
Árbitro