

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

(Caso CIADI No. ARB/04/14)

Wintershall Aktiengesellschaft
(Demandante)

c.

República Argentina
(Demandada)

LAUDO

Miembros del Tribunal

Sr. Fali S. Nariman, Presidente
Dr. Santiago Torres Bernárdez, Árbitro
Profesor Piero Bernardini, Árbitro

Secretaria del Tribunal

Sra. Claudia Frutos-Peterson

En representación de la Demandante:

Sres. Frank H. Dienemann y
Andrés O. Wertheimer
Wintershall Aktiengesellschaft
Buenos Aires, Argentina
y
Sr. José A. Martínez de Hoz (Jr.) y
Sra. Valeria Macchia
Pérez Alati, Grondona, Benites
Arntsen & Martínez Hoz (Jr.)
Buenos Aires, Argentina

En representación de la Demandada:

Dr. Osvaldo César Guglielmino
Procurador del Tesoro de la Nación Argentina
Procuración del Tesoro de la Nación
Argentina
Buenos Aires, Argentina

Fecha de envío a las Partes: 8 de diciembre de 2008

Índice

I. HISTORIA PROCESAL	5
1. PUNTOS OBJETO DE CONTROVERSIAS PLANTEADOS EN LA CARTA DE FECHA 2 DE ABRIL DE 2003 ENVIADA POR DOS DEMANDANTES AL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA ARGENTINA, DE CONFORMIDAD CON LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 10(1) DEL TRATADO BILATERAL DE INVERSIÓN CELEBRADO ENTRE LA REPÚBLICA ARGENTINA Y LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA	5
2. LLAMADO A NEGOCIACIONES	9
a) <i>Carta posterior de fecha 19 de diciembre de 2003. Derecho a recibir un trato más favorable invocado en virtud del Artículo VII del TBI Argentina-Estados Unidos, “en lugar del mecanismo para la solución de diferencias contenido en el Artículo 10 del TBI Argentina-Alemania”.</i>	9
3. CORRESPONDENCIA POSTERIOR CURSADA ENTRE LAS DEMANDANTES Y EL CENTRO.....	10
4. SOLICITUD DE ARBITRAJE Y CORRESPONDENCIA POSTERIOR CURSADA ENTRE LAS DOS DEMANDANTES (ORIGINALES) Y EL CENTRO.....	11
5. WIAR EJERCE SUS DERECHOS DE RETIRO COMO DEMANDANTE.....	12
6. SOLICITUD DE NOMBRAMIENTO DE UN TRIBUNAL Y DESIGNACIÓN DEL PRESENTE TRIBUNAL.....	13
7. PASAJES PERTINENTES DE LA SOLICITUD DE ARBITRAJE DE WINTERSHALL	13
8. PETITORIO	18
9. PRIMERA REUNIÓN DEL TRIBUNAL CELEBRADA EL 22 DE NOVIEMBRE DE 2007 —PROCEDIMIENTO ACORDADO— Y CRONOGRAMA	18
10. PRESENTACIÓN POR LA DEMANDANTE DE SU MEMORIAL SOBRE EL FONDO DE LA DIFERENCIA (10 DE MARZO DE 2006).....	19
II. ALEGATOS DE LAS PARTES SOBRE LAS EXCEPCIONES A LA JURISDICCIÓN	21
1. EXCEPCIONES PRELIMINARES OPUESTAS POR LA ARGENTINA EN EL SENTIDO DE QUE LA DIFERENCIA NO CAE DENTRO DE LA JURISDICCIÓN DEL CENTRO NI/O DENTRO DE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL (MEMORIAL SOBRE EXCEPCIONES A LA JURISDICCIÓN DE 12 DE JUNIO DE 2006); Y RESPUESTA DE LA DEMANDANTE A ESTOS ALEGATOS (MEMORIAL DE CONTESTACIÓN SOBRE JURISDICCIÓN DEL 15 DE SEPTIEMBRE DE 2006)	21
2. ALEGATOS ESCRITOS ADICIONALES PRESENTADOS Y SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO REFERENTE AL FONDO DE LA DIFERENCIA	22
3. LAS SEIS EXCEPCIONES PRELIMINARES A LA JURISDICCIÓN OPUESTAS POR ARGENTINA.....	22
4. RESUMEN DE LAS OTRAS CINCO EXCEPCIONES “PRELIMINARES” A LA JURISDICCIÓN PRESENTADAS:	24
5. ORIENTACIÓN PROCESAL IMPARTIDA POR EL TRIBUNAL: PRESENTACIÓN DE DOCUMENTOS Y DECLARACIONES DE TESTIGOS Y PERITOS Y SOLICITUD DE LA DEMANDANTE DE QUE SE RECONOZCA UNA CESIÓN (<i>PENDENTE LITE</i>) DE LA RECLAMACIÓN POR ELLA FORMULADA EN EL PRESENTE ARBITRAJE	24
6. AUDIENCIA ORAL SOBRE EXCEPCIONES PRELIMINARES A LA JURISDICCIÓN.....	25
7. NOMBRES DE LOS AGENTES, ASESORES JURÍDICOS Y ABOGADOS DE LAS PARTES.....	25
8. INTERROGATORIO DE PERITOS	26
9. ARGUMENTO ADICIONAL FORMULADO (ORALMENTE) EN NOMBRE DE ARGENTINA.....	26
10. ESCRITOS POSTERIORES A LA AUDIENCIA PRESENTADOS POR LA DEMANDADA Y LA DEMANDANTE	26
11. PREGUNTA FORMULADA POR EL PRESIDENTE (ENERO DE 2008)	27
a) <i>Correspondencia ulterior entre el Centro y las partes tras la audiencia de París (aparte de las comunicaciones a las que se hace referencia en otra parte del presente Laudo)</i>	27
III. DECISIONES SOBRE CUATRO ASUNTOS INDEPENDIENTES SURGIDOS EN EL CURSO DEL PRESENTE PROCEDIMIENTO	30
1. PREGUNTA PLANTEADA <i>SUO MOTU</i> POR EL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL TRAS EL CIERRE DE LA ETAPA DE ALEGATOS ORALES:	31
a) <i>Decisión</i>	32
2. CON RESPECTO A LA SOLICITUD DE LA DEMANDANTE, MEDIANTE CARTA DE FECHA 18 DE MAYO DE 2007 (DIRIGIDA AL CENTRO), DE QUE EL TRIBUNAL AUTORIZARA A WINTERSHALL HOLDING AKTIENGESELLSCHAFT (“WINTERSHALL HOLDING”) A PROSEGUIR COMO DEMANDANTE LA RECLAMACIÓN ANTE EL CIADI:	33
a) <i>Antecedentes de hecho de la solicitud de la Demandante fechada el 18 de mayo de 2007:</i>	33

b) <i>Manifestaciones efectuadas y pruebas presentadas sobre la solicitud de fecha 18 de mayo de 2007 en la audiencia de París:</i>	35
c) <i>Escritos posteriores a la audiencia presentados con respecto a la solicitud de la Demandante de fecha 18 de mayo de 2007:</i>	37
d) <i>Análisis por el Tribunal de la solicitud de reconocimiento de la “escisión” formulada por la Demandante</i>	38
e) <i>Decisión</i>	40
3. CON RESPECTO AL ARGUMENTO ADICIONAL, PLANTEADO POR LA DEMANDADA DURANTE LA AUDIENCIA ORAL CELEBRADA EN PARÍS, DE QUE NO SE HA DEMOSTRADO QUE LA DISPOSICIÓN SOBRE RESOLUCIÓN DE DIFERENCIAS CONTENIDA EN EL ARTÍCULO VII DEL TBI ARGENTINA-ESTADOS UNIDOS SEA MÁS FAVORABLE QUE EL MECANISMO DE RESOLUCIÓN DE DIFERENCIAS PREVISTO EN LOS ARTÍCULOS 10(2) AL 10(4) DEL TBI ARGENTINA-ALEMANIA	41
a) <i>Decisión</i>	42
4. FINALMENTE, LOS ARGUMENTOS DE LAS PARTES QUE EMANAN DE LA CARTA DE LA DEMANDANTE DEL 20 DE DICIEMBRE DE 2007 Y DE LA RESPUESTA A LA MISMA DEL GOBIERNO DE ARGENTINA DEL 15 DE ENERO DE 2008, ASÍ COMO EL CONTENIDO DE LAS COMUNICACIONES POSTERIORES DEL 18 DE ENERO DE 2008 Y DEL 7 DE FEBRERO DE 2008, A LAS QUE SE HACE REFERENCIA EN EL PÁRRAFO 38, QUE ANTECEDE	42
IV. ENFOQUE GENERAL DE UN TRIBUNAL CIADI CON RESPECTO AL TRATAMIENTO DE LAS EXCEPCIONES PRELIMINARES A LA JURISDICCIÓN	44
V. LAS DOS PARTES DE LA PRIMERA EXCEPCIÓN PRELIMINAR A LA JURISDICCIÓN FORMULADA POR ARGENTINA	48
1. LA NECESIDAD DE CONSIDERAR SEPARADAMENTE LA PRIMERA PARTE DE LOS ARGUMENTOS DE ARGENTINA CON RESPECTO A LA PRIMERA EXCEPCIÓN PRELIMINAR A LA JURISDICCIÓN	48
VI. CUESTIONES GENERALES DE DERECHO INTERNACIONAL INVOLUCRADAS EN LA CONSIDERACIÓN POR PARTE DEL TRIBUNAL DE LA PRIMERA EXCEPCIÓN PRELIMINAR A LA JURISDICCIÓN OPUESTA POR ARGENTINA	50
1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL DERECHO INTERNACIONAL APLICABLE A LAS DOS PARTES DE LA PRIMERA EXCEPCIÓN PRELIMINAR A LA JURISDICCIÓN OPUESTA POR ARGENTINA: LA INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS	50
2. ¿QUÉ PRINCIPIOS RIGEN LAS CLÁUSULAS DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA EN LOS TRATADOS BILATERALES? DIFICULTADES EN SU APLICACIÓN EN CASOS INDIVIDUALES.....	58
VII. ARGUMENTOS Y AFIRMACIONES DE LAS PARTES SOBRE LA PRIMERA PARTE DE LA PRIMERA EXCEPCIÓN PRELIMINAR A LA JURISDICCIÓN PLANTEADA POR ARGENTINA: LA CUESTIÓN DEL CUMPLIMIENTO DEL ART. 10(2) DEL TBI ARGENTINA-ALEMANIA ANTES DE LA INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE ARBITRAJE	69
1. ARGUMENTOS Y AFIRMACIONES DE LA DEMANDADA.....	69
a) <i>En su memorial sobre las excepciones a la jurisdicción</i>	69
b) <i>Escrito posterior a la audiencia de la Demandada fechado 30 de octubre de 2007</i>	70
2. ARGUMENTOS Y AFIRMACIONES DE RESPUESTA DE LA DEMANDANTE	71
a) <i>En su memorial de contestación sobre jurisdicción</i>	71
b) <i>Escrito posterior a la audiencia de la Demandante fechado el 30 de octubre de 2007</i>	72
3. ANÁLISIS Y CONCLUSIONES DEL TRIBUNAL ACERCA DE LA PRIMERA PARTE DE LA PRIMERA EXCEPCIÓN PRELIMINAR A LA JURISDICCIÓN OPUESTA POR ARGENTINA	73
a) <i>Las entidades no estatales que se rigen por los tratados bilaterales de inversión son titulares de un derecho secundario y sólo pueden invocar la doctrina de la responsabilidad del Estado en la medida que lo establezca el texto del tratado bilateral en cuestión</i>	73
b) <i>El texto del TBI Argentina-Alemania dispone el derecho al arbitraje del CIADI para los inversores alemanes en Argentina, pero este derecho de acceso al arbitraje del CIADI está sujeto al estricto cumplimiento de lo establecido en el Artículo 10(2) del TBI</i>	75
c) <i>Significado del uso de la palabra “será” en el Artículo 10(2) del TBI Argentina-Alemania</i>	78
d) <i>El argumento de la Demandante de que Argentina no había condicionado su aceptación de la jurisdicción del Centro, ni de la competencia del Tribunal, al previo agotamiento de los recursos locales, no es aceptado por el Tribunal</i>	80

e)	<i>El argumento de la Demandante de que el Artículo 10(2) del TBI Argentina-Alemania no es una cuestión de política pública para Argentina no resulta pertinente en el presente caso</i>	83
f)	<i>El argumento adicional de la Demandante de que, en caso de presentar su reclamación ante un tribunal del CIADI en virtud del Artículo 10(4), el desistimiento del tribunal local sería inadmisibles según la legislación argentina</i>	85
g)	<i>Argumento esgrimido por la Demandante (en el párrafo 17 de su escrito posterior a la audiencia) según el cual las etapas procesales previas consistentes en períodos de espera no constituyen un requisito jurisdiccional y, por lo tanto, pueden derogarse y pasarse por alto</i>	86
h)	<i>La cuestión de si el preámbulo del TBI Argentina-Alemania (“promoción y protección de los inversores”) permitiría prescindir del Artículo 10(2)</i>	98
4.	CONCLUSIÓN SOBRE EL PRIMER ASPECTO DE LA PRIMERA EXCEPCIÓN PRELIMINAR SOBRE JURISDICCIÓN DE ARGENTINA	99
VIII.	ARGUMENTOS Y AFIRMACIONES DE LAS PARTES SOBRE LA SEGUNDA PARTE DE LA PRIMERA EXCEPCIÓN PRELIMINAR A LA JURISDICCIÓN OPUESTA POR ARGENTINA: LA CUESTIÓN DE LA EXTENSIÓN DE LA CLÁUSULA DE LA NMF CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 3 DEL TBI ARGENTINA-ALEMANIA AL ARTÍCULO 10 DE DICHO TBI	100
1.	ARGUMENTOS Y AFIRMACIONES DE LA DEMANDADA.....	100
a)	<i>En su memorial sobre las excepciones a la jurisdicción</i>	100
b)	<i>Escrito posterior a la audiencia de la Demandada fechado 30 de octubre de 2007</i>	101
2.	ARGUMENTOS Y AFIRMACIONES DE RESPUESTA DE LA DEMANDANTE	102
a)	<i>En su memorial de contestación sobre jurisdicción</i>	102
b)	<i>Escrito posterior a la audiencia de la Demandante fechado 30 de octubre de 2007</i>	104
3.	ANÁLISIS Y CONCLUSIONES DEL TRIBUNAL ACERCA DE LA SEGUNDA PARTE DE LA PRIMERA EXCEPCIÓN PRELIMINAR A LA JURISDICCIÓN OPUESTA POR ARGENTINA	105
a)	<i>La Demandante sostiene que, como Argentina y Wintershall ya han consentido al arbitraje del CIADI, la aplicación de las disposiciones de la NMF del Artículo 3 del TBI Argentina-Alemania no involucra cuestiones sobre jurisdicción o consentimiento al arbitraje o la parte sustancial del mecanismo de resolución de diferencias</i>	105
b)	<i>La verdadera interpretación del Artículo 10 del TBI Argentina-Alemania en el contexto del Artículo 3 y la cláusula de la NMF contenida en este último artículo</i>	109
c)	<i>Argumentos de la Demandante basados en: (a) las excepciones previstas en el Artículo 3 del TBI Argentina-Alemania, y (b) la definición de “actividades vinculadas con las inversiones” en el Protocolo</i>	113
d)	<i>El requisito de acudir a los tribunales locales previsto en el Artículo 10(2) del TBI Argentina-Alemania es jurisdiccional y no meramente procesal: puede prescindirse de él únicamente por alguna “extensión legítima” de los derechos y beneficios por medio de la aplicación de la cláusula de la NMF</i>	115
e)	<i>La invocación por la Demandante del Artículo VII del TBI Argentina-Estados Unidos —como resultado del argumento de que la cláusula de la NMF contenida en el Artículo 3 se extiende al Artículo 10 del TBI Argentina-Alemania— no puede aceptarse ni permitirse porque el Artículo VII del TBI Argentina-Estados Unidos contempla un sistema distinto de arbitraje del previsto en el Artículo 10 del TBI Argentina-Alemania</i>	116
f)	<i>“Jurisprudencia”. Las decisiones de los tribunales arbitrales en cuanto a si una cláusula de la NMF se extiende o no a una disposición relativa a la solución de diferencias contenida en el mismo tratado no son uniformes ni homogéneas</i>	118
g)	<i>“Jurisprudencia”. Dos líneas independientes de decisiones que obedecen a dos enfoques distintos</i>	119
h)	<i>Argumento de la Demandante en el sentido de que el Artículo 4(4) del TBI Argentina-Alemania ha sido insertado por razones de “extrema cautela”, tal como se expresa en el laudo del caso Siemens</i>	125
i)	<i>Análisis pormenorizado de los argumentos específicos planteados por la Demandante con respecto a la interpretación y aplicación de la cláusula de la NMF del Artículo 3 en su respuesta a la primera excepción preliminar opuesta por Argentina con referencia a la aplicación de la cláusula de la NMF a la cláusula relativa a la resolución de diferencias</i>	129
4.	CONCLUSIÓN SOBRE EL SEGUNDO ASPECTO DE LA PRIMERA EXCEPCIÓN PRELIMINAR A LA JURISDICCIÓN OPUESTA POR ARGENTINA	133
IX.	CONCLUSIONES Y DECISIONES FINALES DEL TRIBUNAL	134

PRIMERA PARTE

I. HISTORIA PROCESAL

1. Puntos objeto de controversia planteados en la carta de fecha 2 de abril de 2003 enviada por dos Demandantes al Presidente de la República Argentina, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 10(1) del Tratado Bilateral de Inversión celebrado entre la República Argentina y la República Federal de Alemania

1. La historia de este caso se inició con una carta de fecha 2 de abril de 2003 enviada por: (1) Wintershall Aktiengesellschaft (“Wintershall”), una empresa constituida en la República Federal de Alemania, y (2) Wintershall Energía S.A. (“WIAR” o “la Empresa Argentina”), una filial argentina de plena propiedad de Wintershall, al Presidente de la República Argentina en la que se exponían los puntos objeto de controversia de las Demandantes con Argentina. En ella se indicaba cómo y de qué manera el Gobierno de Argentina habría violado los derechos y las garantías otorgados a los inversores alemanes en virtud del Tratado Bilateral de Inversión (TBI) sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones celebrado entre Argentina y la República Federal de Alemania¹, en adelante denominado el “TBI Argentina-Alemania”, tratado que fue ratificado por ambas Partes Contratantes y aprobado por Ley No. 24.098 del Congreso de Argentina.
2. Después de mencionarse que Wintershall era propietaria de inversiones protegidas en Argentina, las que incluían el control indirecto de la participación accionaria en su filial argentina de plena propiedad (WIAR), se pasaba en la carta a explicar con detalle la controversia relativa a la inversión, a saber, que WIAR, una empresa productora de petróleo y gas natural en Argentina, estaba desarrollando actividades en virtud de concesiones para la producción de hidrocarburos, permisos de exploración y contratos de producción en las provincias de Neuquén, Mendoza y Tierra del Fuego, y que el Gobierno de Argentina había formulado y establecido un marco regulatorio de los hidrocarburos en virtud de varias leyes, decretos y licencias entre los años 1989 y 1992, según el cual:

¹ La fecha de entrada en vigencia del TBI tanto para Argentina como para Alemania es el 8 de noviembre de 1993 (véase la Solicitud de Arbitraje, párrafo 38).

- (i) los productores de hidrocarburos tendrían el derecho de exportar libremente petróleo crudo², en tanto que las exportaciones de gas estarían sujetas a la aprobación previa de la Secretaría de Energía³;
- (ii) la aprobación de cualquier documentación de exportación relativa a los envíos de hidrocarburos líquidos sería confirmada dentro de los siete (7) días hábiles contados a partir de la presentación pertinente, y una vez vencido este período, la aprobación se consideraría otorgada automáticamente⁴;
- (iii) el Poder Ejecutivo notificaría con doce (12) meses de antelación en caso de que fuera a imponer restricciones a las exportaciones de petróleo crudo; en caso de que el Poder Ejecutivo estableciera dichas restricciones, los productores (incluida WIAR) tendrían derecho a recibir, respecto de cada unidad de producción, un precio no inferior al del petróleo crudo en condiciones semejantes⁵;
- (iv) las exportaciones de hidrocarburos líquidos y gaseosos estarían exentas de cargos, aranceles, derechos o retenciones vigentes o futuros⁶ y la tasa de cambio aplicable a la parte de los fondos en divisas provenientes de las ventas que sería retransferida a Argentina respecto de las exportaciones e importaciones de hidrocarburos y subproductos sería la tasa de cambio vendedor correspondiente a las transferencias de dólares de los Estados Unidos cotizada por el Banco de la Nación Argentina al cierre de las operaciones del día anterior al de la liquidación de la transacción pertinente⁷;
- (v) los productores de hidrocarburos que gozaran del derecho de disponer libremente de su producción de petróleo crudo, gas natural y/o gas licuado de acuerdo con los Artículos 6 y 94 de la Ley de Hidrocarburos, los Artículos 14 y 15 del Decreto No. 1055/1989 y los Artículos 3 y 4 del Decreto No. 1212/1989, así como también aquellos productores de hidrocarburos que se beneficiaran de dicho derecho establecido en los permisos de exploración, las concesiones y los contratos de producción en los cuales fueran parte (como sucedía con los permisos, las concesiones y los contratos de WIAR), tendrían derecho a disponer libremente del 70% de los fondos en divisas provenientes de las ventas establecidos en los contratos pertinentes, documentos de licitación y/o renegociación; lo que sería el caso si los hidrocarburos se exportaran (en cuyo caso no se les exigía que retransferieran a Argentina el porcentaje pertinente de dichas divisas) o se vendieran en el mercado doméstico (en cuyo caso tendrían derecho a adquirir divisas de libre transferibilidad equivalentes a ese porcentaje, que de todos modos no podría exceder del setenta por ciento [70%] del valor de cada transacción)⁸;

² Decreto No. 1589/1989, Artículo 3; Decreto de Reconversión, Artículo 5 y Plan Argentina, Artículo 6.

³ Ley del Gas, Artículo 3 y Decreto No. 1738/1992, Artículo 3.

⁴ Decreto No. 1589/1989, Artículo 3 y Decreto No. 1738/1992, Artículo 6.

⁵ Decreto No. 1589/1989, Artículo 6.

⁶ *Ibidem*, Artículo 3 y Plan Argentina, Artículo 6.

⁷ Decreto No. 1589/1989, Artículo 4.

⁸ *Ibidem*, Artículo 5, Decreto de Reconversión, Artículo 6 y Plan Argentina, Artículo 6.

- (vi) como los precios del petróleo crudo⁹ y del gas en la cabeza de pozo¹⁰ se habían desregulado a partir del 1 de diciembre de 1991 y el 1 de enero de 1994, respectivamente, los términos de todas las transacciones de compra y venta celebradas por los productores escapaban a todo control;
 - (vii) los derechos contractuales, incluidos los derivados de los contratos de compra y venta de hidrocarburos líquidos y gaseosos celebrados por WIAR, la empresa argentina, iban a gozar de la misma protección constitucional que la otorgada a los derechos de propiedad¹¹;
 - (viii) los hidrocarburos líquidos y gaseosos extraídos en virtud de concesiones para la producción iban a estar sujetos a una regalía máxima del 12%, pagadera a la jurisdicción donde estuviera situado dicho bloque¹², y
 - (ix) las tarifas aplicables por la distribución de gas se iban a calcular en dólares de los Estados Unidos y a expresarse en pesos a la tasa de cambio aplicable a la fecha de la facturación¹³, serían ajustables dos veces por año de acuerdo con la variación del índice de precios al productor de los Estados Unidos (“**IPP de EE. UU.**”)¹⁴ a fin de reflejar los costos del gas adquirido y del transporte¹⁵, y serían revisadas cada cinco años y reajustadas teniendo en cuenta la situación económica general, incluidos los factores relativos a la obligación de realizar inversiones y al aumento de la eficiencia¹⁶.
3. Todos los derechos y garantías antes mencionados habían sido incorporados expresamente en los textos de cada una de las concesiones para la producción, de los permisos de exploración y de los contratos de producción en los que la Empresa Argentina (WIAR) era parte, por medio de los Decretos o Autorizaciones Administrativas respectivos promulgados por el Poder Ejecutivo Nacional o por la Jefatura de Gabinete.
4. La mencionada carta de fecha 2 de abril de 2003 describía después la manera en que, en violación de los mencionados compromisos, garantías y protecciones establecidos en el TBI Argentina-Alemania, Argentina había adoptado unilateralmente algunas medidas, incluida la promulgación y/o aprobación de decretos y resoluciones durante los años 2001 y 2002 (los

⁹ Decreto No. 1212/1989, Artículo 9.

¹⁰ Ley del Gas, Artículo 83 y Decreto No. 2731/1993 del 29 de diciembre de 1993.

¹¹ Constitución Argentina, Artículos 14 y 17.

¹² Ley de Hidrocarburos, Artículos 59 y 62, Decreto de Reconversión, Artículo 10 y Plan Argentina, Artículo 6.

¹³ Licencia, Artículo 9.2.

¹⁴ *Ibidem*, Artículo 9.4.1.1.

¹⁵ *Ibidem*, Artículos 9.4.2. y 9.4.3.

¹⁶ *Ibidem*, Artículos 9.4.1.2, 9.4.1.3, 9.4.1.4 y 9.5 y Ley del Gas, Artículo 42.

que se mencionaban en dicha carta), decretos y resoluciones que violaban el derecho de los productores de hidrocarburos (incluida WIAR) de disponer libremente de su porcentaje autorizado de fondos provenientes de las exportaciones y que también menoscababan los ingresos de la Empresa Argentina y, en consecuencia, el valor de la participación de Wintershall en el capital social de la Empresa Argentina (WIAR). Se afirmaba que dichas medidas habían: (i) impedido a Wintershall la oportuna recepción de los pagos de dividendos de la Empresa Argentina (WIAR); (ii) menoscabado derechos adquiridos legales y contractuales de la Empresa Argentina (WIAR) que gozaban de la protección constitucional otorgada a los derechos de propiedad, y (iii) “viola[do] el Artículo 4(2) del Tratado [TBI Argentina-Alemania], que prohíbe a la República Argentina adoptar de manera directa o indirecta medidas expropiatorias o cualquier otra medida que en sus efectos equivalgan a expropiación, salvo por razones de utilidad pública, y mediante pago de una compensación pronta”¹⁷.

5. En la misma carta se mencionaba que las medidas adoptadas por el Gobierno de Argentina también constituían una violación de los Artículos 2(1), 2(2), 2(3), 4(1), 5 y 7(2) del Tratado (TBI Argentina-Alemania), que exigían: (i) que las inversiones protegidas **gocen** de un trato justo y equitativo, plena protección y seguridad jurídica y que ninguna de las Partes perjudicara la administración, la utilización, el uso o el goce de las inversiones a través de medidas arbitrarias o discriminatorias, (ii) que cada Parte garantizara la libre transferencia, sin demora, de los pagos relacionados con una inversión, y (iii) que cada una de las Partes cumpliera con los compromisos acordados con respecto de la inversión.
6. En la carta se pasaba luego a mencionar el Artículo 10(1) de dicho Tratado (TBI Argentina-Alemania), en el que se dispone que “[l]as controversias que surgieren entre una de las Partes Contratantes y un nacional o una sociedad de la otra Parte Contratante en relación con las inversiones en el sentido del presente Tratado deberán, en lo posible, ser amigablemente dirimidas entre las partes en la controversia [...]”. En la carta se procedía a afirmar (en los términos del párrafo 2, y luego del párrafo 3 del Artículo 10) que “[s]i la controversia no pudiera ser dirimida dentro del plazo de seis meses, contado desde la fecha en que una de las

¹⁷ Solicitud de Arbitraje, Anexo 7.

partes en la controversia la haya promovido, será sometida a petición de una de ellas a los tribunales competentes de la Parte en cuyo territorio se realizó la inversión (en este caso la República Argentina). Si la controversia fuese sometida a los tribunales judiciales argentinos, las partes podrán someter la controversia a un tribunal arbitral internacional si (i) no existiera una decisión sobre el fondo después de transcurridos dieciocho (18) meses contados a partir de la iniciación del proceso judicial, o (ii) cuando exista tal decisión pero la controversia subsista entre las partes [...]”.

2. Llamado a negociaciones

7. Sobre la base de lo expuesto, “y a la luz del Artículo 10 del Tratado”, Wintershall y la Empresa Argentina notificaron al Gobierno de Argentina (por medio de la mencionada carta de fecha 2 de abril de 2003) el inicio del período de negociaciones amigables dispuesto en dicho Tratado y la existencia de su derecho, en caso de que las diferencias no se resolvieran amigablemente a través de la negociación, a entablar uno o más procedimientos judiciales o arbitrales contra la República Argentina (*inter alia*) ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“CIADI”).

a) **Carta posterior de fecha 19 de diciembre de 2003. Derecho a recibir un trato más favorable invocado en virtud del Artículo VII del TBI Argentina-Estados Unidos, “en lugar del mecanismo para la solución de diferencias contenido en el Artículo 10 del TBI Argentina-Alemania”.**

8. En otra comunicación posterior del 19 de diciembre de 2003, enviada por Wintershall y WIAR al Presidente de la República Argentina, se señalaba que, puesto que habían transcurrido más de seis meses desde el momento en que se planteó la diferencia relativa a inversiones, sin que se tuviera ninguna respuesta del Gobierno de Argentina, Wintershall y WIAR invocaban entonces su derecho al trato más favorable dispuesto en el TBI Argentina-Alemania y otros tratados bilaterales de inversión en los cuales la República Argentina era parte, incluido el mecanismo para la solución de controversias estipulado en “el artículo VII del Tratado Bilateral de Promoción Recíproca de Inversiones suscripto entre Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones suscrito por los Estados Unidos y Argentina con vigencia a partir del 20 de octubre de 1994 (el “Tratado Argentina-

Estados Unidos”, en lugar del mecanismo de resolución de controversias contenido en el Artículo 10 del Tratado”¹⁸.

9. Tanto Wintershall como WIAR notificaron al Presidente de Argentina su disposición y consentimiento a someter la diferencia relativa a inversiones antes mencionada “a la jurisdicción exclusiva del CIADI para que dicha controversia se resuelva por medio de arbitraje internacional, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo VII del Tratado Argentina-Estados Unidos”.

3. Correspondencia posterior cursada entre las Demandantes y el Centro

10. En una carta de consentimiento a la jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), de conformidad con lo dispuesto en el Artículo VII, Sección 3(a)(i) del Tratado entre la República Argentina y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, enviada por Wintershall y WIAR al Secretario General del CIADI, se manifestaba lo siguiente:

“Se adjunta una copia de la carta que Wintershall y WIAR han enviado al Gobierno Nacional de la República Argentina. De acuerdo con la condición de nación más favorecida otorgada en virtud del Tratado sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones celebrado entre Argentina y la República Federal de Alemania (el “TBI celebrado con Alemania”), Wintershall y WIAR invocan su derecho al trato de nación más favorecida estipulado en otros tratados bilaterales de inversión celebrados por Argentina, incluida la disposición relativa a la solución de diferencias contenida en el Artículo VII del TBI Argentina-Estados Unidos (el “TBI celebrado con los Estados Unidos”), en lugar de la disposición sobre solución de diferencias contenida en el Artículo 10 del TBI celebrado con Alemania. El trato de nación más favorecida se basa en los Artículos 3(1) y 7(1) del TBI celebrado con Alemania y en las consideraciones que se abordarán en la Solicitud de Arbitraje que presentarán las Demandantes.

Mediante la carta adjunta, Wintershall y WIAR notificaron a la República Argentina su consentimiento a la jurisdicción del CIADI. Wintershall y WIAR prestaron su consentimiento a fin de solucionar una diferencia surgida directamente de una inversión.

Por la presente carta, Wintershall y WIAR respetuosamente notifican al CIADI que han prestado su consentimiento a la jurisdicción exclusiva del CIADI a los fines de

¹⁸ *Ibidem*, Anexo 8.

la solución de la diferencia surgida directamente de sus inversiones.”¹⁹ (Traducción del Tribunal).

11. En otra carta, de fecha 23 de diciembre de 2003, enviada al Secretario General del CIADI, a la que acompañaba la Solicitud de Arbitraje presentada al Centro, se afirmaba lo siguiente en nombre de Wintershall y WIAR:

“Se adjunta la Solicitud de arbitraje presentada por Wintershall y WIAR en calidad de demandantes (las “Demandantes”). En la Solicitud de arbitraje adjunta, las Demandantes respetuosamente solicitan el inicio de un procedimiento de arbitraje del CIADI contra la República Argentina según los términos del Tratado sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones celebrado entre Argentina y la República Federal de Alemania que entró en vigencia el 8 de noviembre de 1993 (el “TBI celebrado con Alemania”).

Las Demandantes también invocan respetuosamente la condición de nación más favorecida otorgada en virtud del TBI celebrado con Alemania y, por lo tanto, solicitan que el mencionado arbitraje se resuelva de conformidad con el mecanismo para la solución de diferencias estipulado en el Artículo VII del Tratado entre la República Argentina y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, que entró en vigencia el 20 de octubre de 1994. El trato de nación más favorecida se basa en los Artículos 3(1) y 7(1) del TBI celebrado con Alemania. Las Demandantes invocan el estándar de la nación más favorecida sobre la base de las consideraciones mencionadas en la Solicitud de arbitraje adjunta, y que está respaldada por la decisión del Tribunal del CIADI sobre excepciones a la jurisdicción dictada en el caso *Maffezini* (Caso No. ARB/97/7) y otros casos pendientes de arbitraje registrados ante el CIADI en los que la República Argentina también es parte en el procedimiento y en los cuales los inversores invocaron las disposiciones más favorables para la solución de diferencias de otros tratados bilaterales de inversión suscritos por Argentina.” (Traducción del Tribunal).

4. Solicitud de Arbitraje y correspondencia posterior cursada entre las dos Demandantes (originales) y el Centro

12. Como se mencionaba en la comunicación de fecha 23 de diciembre de 2003 dirigida al Centro, se adjuntó a ella la Solicitud de Arbitraje. El 30 de diciembre de 2003 se acusó recibo en nombre del Centro de la comunicación y de la Solicitud de Arbitraje. En una carta, de fecha 8 de enero de 2004, dirigida a Wintershall y WIAR, el Centro informó a las partes que el Centro aún no había determinado si debía registrarse la Solicitud de Arbitraje, e invitó

¹⁹ *Ibidem*, Anexo 9 (carta de fecha 22 de diciembre de 2003).

a las partes a considerar el procedimiento de conciliación, en caso de que estuvieran interesadas en él.

13. El 2 de febrero de 2004, Wintershall y WIAR, por intermedio de sus abogados, anunciaron al Centro que no creían que el mecanismo alternativo de conciliación reportaría resultados positivos, puesto que, desde el 2 de abril de 2003, habían venido realizando esfuerzos de buena fe para consultar y negociar con el Gobierno de Argentina, pero no habían recibido ninguna respuesta; que Argentina no había mostrado ninguna disposición a solucionar la diferencia relativa a la inversión que había dado lugar a su Solicitud de Arbitraje a pesar del prolongado período que había transcurrido desde el envío de la notificación acerca de la existencia de la diferencia.

5. WIAR ejerce sus derechos de retiro como Demandante

14. El 18 de marzo de 2004, el Consejero Jurídico del Centro solicitó a Wintershall una aclaración respecto de la posición de Wintershall Energía S.A. (WIAR) en su calidad de parte solicitante. El 5 de mayo de 2004, el abogado de Wintershall y WIAR notificó al Centro que WIAR ejercía su derecho de retirarse en virtud de lo dispuesto en la Regla 8 de las Reglas de Iniciación del Convenio, y anunció que Wintershall en adelante continuaría el procedimiento en calidad de Única Demandante.

Registro de la Solicitud de Arbitraje de Wintershall en calidad de Única Demandante - Caso CIADI No. ARB/04/14

15. El 15 de julio de 2004, el Secretario General del Centro notificó a Wintershall que el Centro había registrado su Solicitud de Arbitraje (es decir, la de Wintershall) de fecha 23 de diciembre de 2003. Se invitó a las partes a constituir un tribunal de arbitraje lo antes posible de conformidad con los Artículos 37 a 40 del Convenio. En otra comunicación del 15 de julio de 2004, el Centro informó a Wintershall que el registro de la Solicitud era sin perjuicio de las facultades y funciones del tribunal de arbitraje previstas en los Artículos 41 y 42 del Convenio respecto de la jurisdicción y el fondo de la diferencia. Se informó a las

partes que se había dado al caso la identificación Caso CIADI Número ARB/04/14.

6. Solicitud de nombramiento de un Tribunal y designación del presente Tribunal

16. El 21 de julio de 2004, la Demandante propuso, de conformidad con la Regla 2(1) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, que el Tribunal estuviera integrado por tres árbitros, y que la Demandante nombrara a un árbitro, la Demandada nombrara a otro y el Secretario General del CIADI, a un tercero que actuaría como Presidente del Tribunal. Posteriormente, en la ausencia de un acuerdo entre las Partes, la Demandante solicitó que el Tribunal fuese constituido de acuerdo al Art. 37(2)(b). Sin embargo, mediante cartas de fecha 17 y 19 de agosto de 2005, las Partes acordaron que el Presidente del Tribunal sería designado por el Secretario General del CIADI de acuerdo a lista presentada por las Partes.

17. El Tribunal quedó debidamente constituido el 7 de septiembre de 2005, de conformidad con el Artículo 37 del Convenio del CIADI mediante: (i) el nombramiento por Wintershall (la Demandante) del Prof. Piero Bernardini (de nacionalidad italiana) como Árbitro; (ii) el nombramiento por la República Argentina (la Demandada) del Dr. Santiago Torres Bernárdez (de nacionalidad española) como Árbitro, y (iii) el nombramiento por el Secretario General del CIADI del Sr. Fali S. Nariman (de nacionalidad hindú) como Presidente.

7. Pasajes pertinentes de la Solicitud de Arbitraje de Wintershall

18. En la Solicitud de Arbitraje se indicaron los detalles de las inversiones y de las diferencias relativas a ellas con el Gobierno de Argentina. Los párrafos 7 y 8 de la Solicitud de Arbitraje establecen lo siguientes:

“III. Argentina ha incumplido con el TBI, el derecho internacional y/o la legislación argentina.

7. Argentina ha incumplido con el TBI, el derecho internacional y/o la legislación argentina. El TBI impone a Argentina algunas obligaciones jurídicamente vinculantes y estándares de conducta. Esas obligaciones y estándares de conducta son las siguientes:

- Las inversiones no podrán ser objeto de expropiación o nacionalización ni estar sujetas a otras medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización, salvo en los siguientes casos:
 - por causa de utilidad pública;
 - contra el pago de una indemnización, la que deberá ser equivalente al valor de la inversión antes de la expropiación, deberá pagarse sin demora, y ser efectiva; y
 - estará sujeta a revisión en un procedimiento judicial ordinario.
- Se deberá otorgar a las inversiones un trato justo y equitativo.
- Se deberá otorgar a las inversiones plena protección y seguridad jurídica.
- Deberá otorgarse a las inversiones un trato por lo menos tan favorable como el otorgado a las inversiones de empresas o nacionales de cualquiera de las Partes o de terceros Estados.
- Las Partes no deberán perjudicar la administración, la utilización, el uso o el goce de las inversiones a través de medidas arbitrarias.
- Las Partes deberán cumplir con los compromisos contraídos con relación a las inversiones.

8. Argentina no ha cumplido con estas obligaciones y estándares de conducta con respecto a la inversión de las Demandantes. El derecho internacional también impone a Argentina cada una de las obligaciones y estándares de conducta establecidas en el TBI, incluida la prohibición de hacer expropiaciones, a menos que éstas cumplan con los criterios establecidos en el TBI y se lleven a cabo de acuerdo con ellos. Argentina ha violado el derecho internacional en lo que respecta al trato otorgado a la inversión de las Demandantes.” (Traducción del Tribunal).

18.1 Luego de objetar las diversas medidas adoptadas por la Demandada (el Gobierno de Argentina), se señaló (en la Solicitud de Arbitraje) lo siguiente:

“35. En síntesis, las medidas promulgadas por el Gobierno de Argentina violaron expresamente el TBI, las concesiones y contratos sobre hidrocarburos y las reglas específicas aplicables a la actividad del petróleo y del gas en las que se basaron las Demandantes para efectuar sus inversiones en Argentina, y WIAR para celebrar contratos con contrapartes.

“36. En consecuencia, las Demandantes sufrieron y continúan sufriendo las consecuencias de la situación de Argentina en una medida mucho mayor que la soportada por otras entidades y el público en general. De hecho, fueron escogidas por el Gobierno de Argentina para soportar la mayor carga, sin justificación ni indemnización alguna.” (Traducción del Tribunal).

18.2 Sobre la base de la cláusula de la nación más favorecida (NMF) contenida en el TBI Argentina-Alemania (Artículo 3), en la Solicitud de Arbitraje se afirmó que las Demandantes (ahora la Única Demandante) adquirieron el derecho de evitar el mecanismo

de solución de diferencias establecido en el Artículo 10 del TBI y de invocar “en lugar del mismo” el mecanismo de solución de diferencias previsto en el Artículo VII del Tratado Bilateral de Inversión celebrado entre Argentina y los Estados Unidos (es decir, el “TBI Argentina-Estados Unidos”). El párrafo 40 de la Solicitud de Arbitraje señala:

“40. Valiéndose de la condición de nación más favorecida otorgada en virtud del TBI, las Demandantes invocan su derecho al trato de nación más favorecida estipulado en otros tratados bilaterales de inversión suscritos por Argentina (“otros TBI”), en este caso, la disposición relativa a la solución de diferencias contenida en el Artículo VII del TBI Argentina-Estados Unidos ^(a) (el “TBI celebrado con los Estados Unidos”), en lugar del mecanismo de solución de diferencias establecido en el Artículo 10 del TBI^(b). Las Demandantes también invocan toda otra disposición de otros TBI suscritos por Argentina que pueda ser más beneficiosa para invertir.”

“(a) El TBI Argentina-Estados Unidos fue suscrito por Argentina y los Estados Unidos de América y entró en vigencia el 20 de octubre de 1994.

“(b) Caso CIADI No. ARB 97/7. Véase la decisión sobre excepciones a la jurisdicción dictada en el caso *Maffezini*, párrafo 56: “Si un tratado con un tercero contiene disposiciones para la solución de diferencias que sean más favorables para la protección de los derechos e intereses del inversor que aquéllas 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*”. (Traducción del Tribunal).

18.3 En los párrafos 41 a 46 de la Solicitud de Arbitraje, que se reproducen en su totalidad a continuación, se mencionan los fundamentos para invocar el trato de NMF:

Fundamentos para invocar el trato de NMF

“41. La solicitud de disposiciones más favorables para la solución de diferencias se efectúa de conformidad con las disposiciones del TBI antes mencionadas, que garantizan a los inversores alemanes el derecho a un trato más favorable respecto de sus inversiones. Por lo tanto, las Demandantes afirman que el TBI les da la opción de someter al arbitraje del CIADI la diferencia con Argentina en relación con la inversión, sin necesidad de someterla previamente ante los tribunales nacionales de Argentina sobre la base de las consideraciones mencionadas a continuación.

“42. La invocación por parte de las Demandantes del estándar de la nación más favorecida también se ve respaldada por la decisión del Tribunal del CIADI sobre excepciones a la jurisdicción dictada en el caso *Maffezini*^(c), y otros casos pendientes de arbitraje registrados ante el CIADI en los que la República Argentina también es parte en el procedimiento y en los que se permitió a los inversores valerse de disposiciones más favorables para la solución de diferencias ^(d).

“(c) Véase la decisión sobre excepciones a la jurisdicción dictada en el caso *Maffezini*, párrafo 56:

“Si un tratado con un tercero contiene disposiciones para la solución de diferencias que sean más favorables para la protección de los derechos e intereses del inversor que aquéllas 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*.”

“(d) Véanse *Camuzzi International S.A. c. República Argentina, Siemens A.G. c. República Argentina y Telefónica S.A. c. República Argentina*”. (Traducción del Tribunal).

Trato de NMF otorgado en virtud de una disposición específica del TBI

“43. El derecho de las Demandantes a un trato más favorable se otorga en virtud de una disposición específica en la materia y, por lo tanto, no se limita a ningún derecho o estándar de trato específicos. Asimismo, la redacción del Artículo 3(1) dispone el trato más favorable de las inversiones de los inversores extranjeros en general”.

“44. El Artículo 3(1) del TBI es aplicable a las disposiciones relativas a la solución de diferencias puesto que es compatible con la regla de *ejusdem generis*. Como lo señaló la Comisión de Arbitraje en el caso *Ambatielos*, “la cláusula de la nación más favorecida sólo puede atraer asuntos pertenecientes a la misma categoría de aquéllos con los que se relaciona la propia cláusula”²⁰. Se reconoció entonces que la cláusula de la nación más favorecida se extiende a la administración de justicia, y que los mecanismos para la solución de diferencias están estrechamente relacionados con la protección de los inversores extranjeros, ya que son esenciales para la debida protección de los derechos que los tratados procuran garantizar²¹.

“45. Además, se cumple con el requisito establecido en el caso *Maffezini* en el sentido de que el tratado con un tercero tiene que referirse **a la misma materia que el tratado básico**, puesto que el tratado con un tercero invocado por las Demandantes se relaciona con la protección de las inversiones²².

“46. Por último, aunque en el TBI se disponen excepciones al trato de la nación más favorecida, ninguna de éstas se aplica a las disposiciones relativas a la solución de diferencias. Las restricciones son específicas y se mencionan expresamente en el TBI.”²³ (Énfasis en el original).

18.4 Los párrafos 53 a 57 de la Solicitud de Arbitraje establecen lo siguiente:

“53. A la luz de las razones antes expuestas, las Demandantes respetuosamente

²⁰ Naciones Unidas, Informes de laudos arbitrales internacionales, 1963, en 107.

²¹ Véase *Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España* (Caso CIADI No. ARB/97/7), Decisión del Tribunal sobre excepciones a la jurisdicción de 25 de enero de 2000, párrafo 54. (“*Maffezini c. España*”).

²² *Ibidem*, párrafo 56.

²³ Véase TBI, Artículos 3(3) y 3(4).

invocan su derecho a recibir el trato más favorable previsto en la disposición relativa a la solución de diferencias incluida en el Artículo VII del TBI celebrado con los Estados Unidos, en lugar del mecanismo de solución de diferencias establecido en el Artículo 10 del TBI. (Traducción del Tribunal).

“54. El TBI celebrado con los Estados Unidos fue firmado y ratificado por el Gobierno de Argentina y por los Estados Unidos de América y entró en vigencia el 20 de octubre de 1994. En el TBI se dispone que las diferencias relativas a inversiones pueden remitirse al CIADI para que las resuelva:

“Cada una de las Partes [la República Argentina y los Estados Unidos de América] por el presente expresa su voluntad de someter la solución de cualquier controversia en materia de inversión al arbitraje obligatorio de acuerdo con la elección especificada en la manifestación escrita de voluntad del nacional o la sociedad según lo previsto en el párrafo 3. Dicha expresión de voluntad, junto con la manifestación escrita de voluntad del nacional o la sociedad, cuando se expresara según el párrafo 3, satisfará lo requerido por: a) la manifestación escrita de voluntad de las partes en la controversia a los efectos del Capítulo II de la Convención del CIADI [...]”.

“55. En el párrafo 3 del Artículo VII del TBI celebrado con los Estados Unidos se dispone que, en caso de una controversia en materia de inversión, las partes:

[...] procurarán primero solucionar la mediante consultas y negociaciones. Si la controversia no pudiera ser solucionada en forma amigable, la sociedad o el nacional involucrados podrán elegir someter la controversia para su solución:

- a) A los tribunales judiciales o administrativos de la Parte que sea parte en la controversia; o*
- b) A los procedimientos de solución de controversias aplicables, previamente acordados; o*
- c) A lo dispuesto en el párrafo 3 de este Artículo”.*

“56. A su vez, en el párrafo 3 del Artículo VII del TBI celebrado con los Estados Unidos se dispone que:

“En el caso en que el nacional o sociedad no hubiera sometido la solución de la controversia a lo previsto por el párrafo 2 (a) o (b), y que hubieran transcurrido seis meses desde la fecha en que se planteó la controversia, la sociedad o el nacional involucrados podrá expresar por escrito su voluntad de someter la controversia al arbitraje obligatorio: (i) del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones [...]”.

“57. En consecuencia, Argentina dió su consentimiento al arbitraje del CIADI como foro para la solución de esta diferencia. Como se analiza más adelante, las Demandantes también han dado su consentimiento a la jurisdicción del CIADI respecto de esta controversia.” (Traducción del Tribunal).

8. Petitorio

18.5 En la Solicitud de Arbitraje, la Demandante formuló el petitorio siguiente en contra de la República Argentina, a saber, que se dicte:

- Una decisión y declaración de que Argentina ha incumplido el TBI, el derecho internacional y/o la legislación argentina;
- Una decisión y declaración de que las acciones y omisiones en cuestión constituyen una expropiación sin pago de indemnización oportuna, adecuada y efectiva; de que constituyen un incumplimiento de los compromisos asumidos respecto de las inversiones (*sic*); son injustas, inequitativas y arbitrarias, y que Argentina no ha proporcionado protección y seguridad jurídica plenas a la inversión de las Demandantes;
- Una declaración de que Argentina adoptará las medidas adecuadas para cumplir con los términos del TBI, el derecho internacional, la Constitución Argentina, la legislación argentina, los marcos regulatorios de los hidrocarburos, las concesiones y contratos sobre hidrocarburos, los términos y condiciones originales de todo contrato denominado en dólares celebrado por WIAR y todas las medidas necesarias para anular las medidas gubernamentales discutidas en el presente caso;
- Una medida cautelar respecto de la continuación de las medidas gubernamentales objetadas en el presente caso;
- Un laudo en el que se ordene pagar a las Demandantes una indemnización por todos los daños y perjuicios sufridos, y que puedan sufrirse, como consecuencia del incumplimiento por parte de Argentina del TBI, el derecho internacional y/o la legislación argentina, incluyendo intereses, y
- Un laudo por el que se disponga el pago a las Demandantes del total de las costas de este procedimiento, incluido los honorarios de los abogados. (Traducción del Tribunal).

9. Primera reunión del Tribunal celebrada el 22 de noviembre de 2007 —procedimiento acordado— y cronograma

19. El Tribunal de Arbitraje celebró su primera sesión el 22 de noviembre de 2007, en la cual las partes acordaron, entre otras cosas, el siguiente procedimiento y cronograma (según consta en el Acta de la primera sesión del Tribunal celebrada en París, en las oficinas del Banco Mundial, el 22 de noviembre de 2005):

“B. Jurisdicción (en caso que Argentina plantee excepciones a la jurisdicción)

1. Si Argentina decide plantear excepciones a la jurisdicción, lo hará dentro de los setenta y cinco (75) días siguientes a su recibo del Memorial sobre el fondo de la Demandante;
2. El procedimiento sobre el fondo se suspenderá entonces de conformidad con la Regla 41(3) de las Reglas de Arbitraje;
3. La Demandante presentará su Memorial de Contestación de jurisdicción dentro de los setenta y cinco (75) días siguientes a su recepción del Memorial con las excepciones a la jurisdicción de la Demandada;
4. En ese momento, el Tribunal decidirá, en base a las presentaciones escritas de las partes (el Memorial sobre el fondo de la Demandante, el Memorial de jurisdicción de la Demandada, y el Memorial de Contestación de jurisdicción de la Demandante) si bifurcar la cuestión de la jurisdicción y el fondo de la diferencia o tratar conjuntamente la cuestión de la jurisdicción con el fondo de la diferencia.
5. Si el Tribunal decide no bifurcar, uniendo la cuestión de jurisdicción al fondo de la diferencia, la Demandada deberá presentar su Memorial de Contestación sobre el fondo dentro de ciento diez (110) días desde la fecha de la decisión del Tribunal de no bifurcar. El calendario establecido en el punto 17(A)(3) a (5) se aplicará entonces, teniendo en cuenta que la audiencia del punto 17(A)(5) incluirá tanto la jurisdicción como el fondo;
6. Si el Tribunal decide bifurcar, tratando la cuestión de la jurisdicción como un asunto preliminar, el Tribunal fijará una fecha para una audiencia de jurisdicción en consulta con las partes;
7. Si después de dicha audiencia el Tribunal decide acoger las excepciones a la jurisdicción de la Demandada,, dictará un laudo a tal efecto;
8. Si, alternativamente, después de dicha audiencia el Tribunal rechaza las excepciones a la jurisdicción de la Demandada o decide trata la cuestión de la jurisdicción conjuntamente con fondo de la diferencia, la Demandada presentará su Memorial de Contestación sobre el fondo dentro de los ciento diez (110) días siguientes a la fecha en que el Tribunal dicte tal decisión. El calendario establecido bajo el punto 17(A)(3) a (5) se aplicará entonces, teniendo en cuenta que si el Tribunal decide unir la cuestión de jurisdicción al fondo de la diferencia, la audiencia a que se refiere el punto 17(A)(5) incluirá tanto la jurisdicción como el fondo [...]”.

10. Presentación por la Demandante de su Memorial sobre el fondo de la diferencia (10 de marzo de 2006)

20. La Demandante presentó después su Memorial sobre el fondo de la diferencia el 10 de marzo de 2006, en el cual resumió su reclamación de la siguiente manera:

“B. Reclamo

25. La Demandante interpone este reclamo porque Argentina ha:

- efectivamente expropiado derechos legales y contractuales claves e ingresos asociados de la Demandante;
- omitido tratar las inversiones de la Demandante de manera justa y equitativa;
- omitido cumplir con sus obligaciones asumidas frente a las inversiones;
- impedido por medidas arbitrarias o discriminatorias la administración, operación, uso y goce de la inversión de la Demandante, y
- omitido proveer entera protección y seguridad legal a las inversiones de la Demandante”.

SEGUNDA PARTE

II. ALEGATOS DE LAS PARTES SOBRE LAS EXCEPCIONES A LA JURISDICCIÓN

1. Excepciones preliminares opuestas por la Argentina en el sentido de que la diferencia no cae dentro de la jurisdicción del Centro ni/o dentro de la competencia del Tribunal (Memorial sobre excepciones a la jurisdicción de 12 de junio de 2006); y respuesta de la Demandante a estos alegatos (Memorial de contestación sobre jurisdicción del 15 de septiembre de 2006)

21. Sobre la base de las disposiciones del Artículo 41 del Convenio del CIADI²⁴ y la Regla 41 de las Reglas de Arbitraje²⁵, Argentina presentó, el 13 de junio de 2006, un “Memorial sobre objeciones a la jurisdicción del Centro y a la competencia del Tribunal”; cuyo párrafo 1 establece así:

“1. La República Argentina presenta en tiempo y forma su memorial sobre falta de jurisdicción y de competencia y solicita al Tribunal que declare i) que la presente disputa cae fuera de la jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante, CIADI o el Centro) y ii) que no tiene competencia respecto de la presente disputa”.

²⁴ Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (“Convenio del CIADI”), Artículo 41.

“(1) El Tribunal resolverá sobre su propia competencia.

(2) Toda alegación de una parte que la diferencia cae fuera de los límites de la jurisdicción del Centro, o que por otras razones el Tribunal no es competente para oírla, se considerará por el Tribunal, el que determinará si ha de resolverla como cuestión previa o conjuntamente con el fondo de la cuestión”.

²⁵ Reglas procesales aplicables a los procedimientos de arbitraje (“Reglas de Arbitraje del CIADI”), rev. enero 2003, Regla 41: Excepciones a la jurisdicción (en vigor a la fecha de la Solicitud de Arbitraje)

“(1) Toda excepción que la diferencia o una demanda subordinada no cae dentro de la jurisdicción del Centro o que, por otras razones, no es de la competencia del Tribunal, deberá oponerse lo antes posible. La parte que oponga la excepción deberá presentársela al Secretario General a más tardar antes del vencimiento del plazo fijado para la presentación del memorial de contestación o, si la excepción se refiere a una demanda subordinada, para la presentación de la réplica, a menos que la parte no haya tenido conocimiento entonces de los hechos en los que se funda la excepción.

(2) El Tribunal podrá considerar de oficio en cualquier estado del procedimiento, si la diferencia que se le ha sometido cae dentro de la jurisdicción del Centro y es de su propia competencia.

(3) En cuanto se oponga formalmente una excepción sobre la diferencia, se suspenderá el procedimiento sobre el fondo de la cuestión. El Presidente del Tribunal, después de consultar a los demás miembros, fijará un plazo dentro del cual las partes podrán hacer presente su parecer sobre la excepción.

(4) El Tribunal decidirá si las actuaciones adicionales relacionadas con la excepción serán orales. Podrá pronunciarse sobre la excepción como una cuestión preliminar o conjuntamente con el fondo de la diferencia. Si el Tribunal decidiere rechazarla o decidirla junto con el fondo de la diferencia, fijará nuevamente plazos para las actuaciones adicionales.

(5) Si el Tribunal decidiere que la diferencia no cae dentro de la jurisdicción del Centro o que no es de su competencia, dictará un laudo declarándolo”.

22. Se opusieron seis excepciones preliminares a la jurisdicción y se hizo el petitorio siguiente:

“V. Petitorio

151. Por todas las razones aquí expuestas, la República Argentina respetuosamente solicita al Tribunal Arbitral que, al no estar Wintershall habilitada para someter la presente controversia al arbitraje del CIADI:

- 1) *resuelva*, conforme a la Regla 41(4) de las Reglas de Arbitraje, *admitir* la presente *Excepción de Jurisdicción* y *declarar* la falta de jurisdicción del Centro; y, en consecuencia,
- 2) *determine*, de conformidad con la Regla 41(5), la falta de competencia del Tribunal para entender en el presente caso y, por tanto, *rechace* la Solicitud de Arbitraje y el Memorial de Demanda con costas a la Demandante, conforme a la Regla 47(1)(j) de las Reglas de Arbitraje”. (Énfasis en el original).

2. Alegatos escritos adicionales presentados y suspensión del procedimiento referente al fondo de la diferencia

23. La Demandante presentó su memorial de contestación sobre jurisdicción el 15 de septiembre de 2006.

24. Sobre la base de los argumentos escritos presentados por las partes (a saber, el memorial de la Demandante sobre el fondo de la diferencia, el memorial de Argentina sobre objeciones a la jurisdicción de fecha 20 de junio de 2006, y el memorial de contestación de la Demandante sobre jurisdicción de fecha 15 de septiembre de 2006), el Tribunal decidió, el 8 de diciembre de 2006, bifurcar la cuestión de la jurisdicción y la del fondo de la diferencia, y, conforme a la Regla 41 de las Reglas de Arbitraje, se mantuvo la suspensión del procedimiento sobre el fondo de la diferencia.

3. Las seis excepciones preliminares a la jurisdicción opuestas por Argentina

25. Como ya se señaló, en el memorial de Argentina (sobre excepciones a la jurisdicción del Centro y a la competencia del Tribunal), se formularon seis “excepciones preliminares”. Cualquiera de estas seis excepciones, si fueran realmente “preliminares” (y se declararan las mismas con lugar), harían que las reclamaciones formuladas en la Solicitud de Arbitraje

fueran declaradas inadmisibles por estar fuera de la competencia del Tribunal, conforme a lo previsto en el Artículo 41(2) del Convenio del CIADI leído en conjunción con la Regla 41(1) de las Reglas de Arbitraje (en el texto vigente en la fecha de la Solicitud de Arbitraje).

26. La primera excepción preliminar a la jurisdicción opuesta por la Demandada que figura en el memorial de Argentina (sobre excepciones a la jurisdicción del Centro y a la competencia del Tribunal), se reproduce a continuación:

Primera excepción preliminar a la jurisdicción:

1) Que antes de recurrir a un tribunal arbitral, Wintershall debió someter la cuestión a los tribunales argentinos competentes conforme al Artículo 10(2) del TBI y no lo hizo.

2) Que Wintershall no puede invocar la cláusula de la nación más favorecida prevista en el Artículo 3 para incumplir los requisitos establecidos en el Artículo 10(2) del TBI porque:

a) La cláusula de la NMF contenida en el Artículo 3 del TBI Argentina-Alemania no puede aplicarse a las cláusulas sobre solución de controversias;

b) Que la interpretación de la cláusula de la NMF que hace la Demandante (Wintershall) viola “el principio de *ejusdem generis*”;

c) Que la interpretación de la cláusula de la NMF que hace la Demandante (Wintershall) viola “el principio de interpretación del *effet utile*”;

d) Que la “jurisprudencia” (que se cita) confirma la imposibilidad de Wintershall de invocar con éxito la cláusula de la NMF para la solución de la controversia.

27. Siendo verdaderamente “preliminar” la excepción a la jurisdicción que antecede, aparece destacada, ya que si bien Argentina opuso seis excepciones “preliminares” independientes a la jurisdicción, y las partes han presentado alegatos escritos (y expuesto argumentos) referentes a cada una de esas excepciones, es la primera excepción preliminar a la jurisdicción la que esta decisión y Laudo acogen y confirman.

4. Resumen de las otras cinco excepciones “preliminares” a la jurisdicción presentadas:

28. (1) Que el CIADI no tiene jurisdicción para revisar las medidas dictadas con motivo de una emergencia nacional por tratarse de cuestiones que caen exclusivamente bajo la jurisdicción interna de la República Argentina; (2) que el reclamo se refiere a cuestiones contractuales sobre las cuales el CIADI no tiene jurisdicción; (3) que el Tribunal carece de competencia porque todas las controversias relativas a los instrumentos invocados por Wintershall deben, de conformidad con lo establecido en sus disposiciones y lo pactado por las partes, ser sometidas a tribunales argentinos; (4) que Wintershall no tiene legitimación activa para demandar por derechos legales correspondientes a otra persona, y finalmente (5) que Wintershall no puede reclamar por las áreas que adquirió después de que se tomaron las medidas que cuestiona.

29. No se transcriben ni hacen constar las presentaciones y respuestas detalladas de las partes con respecto a la segunda, tercera, cuarta, quinta y sexta de las excepciones a la jurisdicción ni las decisiones respecto de las mismas. Cualquier discusión acerca de las excepciones segunda a la sexta es innecesaria y superflua, por dos razones. Primero, porque a juicio del Tribunal, esas excepciones adicionales no son exclusivamente de carácter preliminar; y segundo, porque es la primera excepción preliminar a la jurisdicción opuesta por Argentina la que se acoge en la presente decisión y Laudo.

5. Orientación procesal impartida por el Tribunal: presentación de documentos y declaraciones de testigos y peritos y solicitud de la Demandante de que se reconozca una cesión (*pendente lite*) de la reclamación por ella formulada en el presente arbitraje

30. Habiendo el Tribunal decidido bifurcar el procedimiento y tratar las cuestiones sobre jurisdicción planteadas como cuestiones preliminares (si se concluye que ello es admisible), se impartieron orientaciones procesales con respecto a la presentación de observaciones a las excepciones a la jurisdicción y también a la presentación de declaraciones de testigos y de documentos. La Demandante y la Demandada han presentado diversos documentos, incluidas copias de informes de casos sobre los que se han pronunciado diferentes tribunales del CIADI y de la CNUDMI con respecto a cuestiones sobre jurisdicción. La Demandante

también presentó declaraciones de tres peritos propuestos para ser interrogados por ella en la audiencia oral, a saber, el Profesor Christoph Schreuer, el Dr. Héctor Mairal y el Dr. Juan Carlos Cassagne.

31. Al mismo tiempo, la Demandante, mediante carta del 18 de mayo de 2007, dio a conocer al Centro una “escisión” consistente en una reestructuración societaria de todos los activos y pasivos de la Demandante, incluida la cesión de todos los derechos y obligaciones de la Demandante contra la República Argentina en el caso arriba referido —Caso CIADI No. ARB/04/14— a una nueva entidad jurídica, solicitándosele al Tribunal el reconocimiento de esta nueva entidad la cual continuaría promoviendo, como Demandante, la reclamación ante el CIADI presentada por la Demandante original. La Demandada se opuso a esta solicitud. La cuestión se considerará y decidirá más adelante.

6. Audiencia oral sobre excepciones preliminares a la jurisdicción

32. Tal como lo solicitaron las partes, los días 14, 15 y 16 de octubre (de 2007) se celebró la audiencia oral (sobre las excepciones preliminares a la jurisdicción) en las oficinas del Banco Mundial en París, lugar acordado mutuamente por las partes. El 9 de octubre de 2007, la Secretaria del Tribunal notificó a las partes que la cuestión de la “escisión” (planteada en la carta de la Demandante del 18 de mayo de 2007) también debía ser abordada por las partes en sus respectivos alegatos de apertura sobre jurisdicción. En consecuencia, en la referida audiencia oral en París, las partes hicieron afirmaciones y presentaron alegatos a través de sus abogados y representantes legales.

7. Nombres de los agentes, asesores jurídicos y abogados de las partes

33. En la audiencia oral que tuvo lugar en París comparecieron en nombre de la Demandante y la Demandada las siguientes personas:

Representaron a la Demandante: Sr. José A. Martínez de Hoz, Sras. Valeria Macchia y Jimena Vega Olmos, Sres. Gustavo Topalian, Peter Flory y Sra. Brenda Anthony.

Representaron a la Demandada: Sr. Ignacio Torterola, Sra. Gisela Makowski y Sr. Ignacio Pérez Cortés.

8. Interrogatorio de peritos

34. Aparte de las presentaciones de las partes en las audiencias orales sobre cuestiones de jurisdicción (y sobre la “escisión”), la Demandante interrogó (en la audiencia celebrada en París) a tres peritos: el Profesor Christoph Schreuer, el Dr. Héctor Mairal y el Dr. Juan Carlos Cassagne, quienes ya habían presentado dictámenes, y el abogado de Argentina los contrainterrogó. Los Miembros del Tribunal también formularon preguntas a los peritos, dejándose debida constancia de sus respuestas.

9. Argumento adicional formulado (oralmente) en nombre de Argentina

35. Durante la audiencia sobre las excepciones a la jurisdicción celebrada en París —14 al 16 de octubre de 2007—, el abogado de la República Argentina sostuvo también (con respaldo de ciertos datos) que, suponiendo que la cláusula de la nación más favorecida se aplicara a la disposición de resolución de diferencias prevista en el TBI Argentina-Alemania (como lo sostiene la Demandante), la Demandante no había probado que el recurrir con anterioridad ante los tribunales internos de Argentina (durante un período de 18 meses), según lo estipulado en el Artículo 10(2) del TBI Argentina-Alemania, fuese menos favorable para la Demandante, que un pronto acceso directo al arbitraje del CIADI. Por lo tanto, aunque la cláusula de la NMF contenida en el TBI Argentina-Alemania se interpretara según lo sostenido por la Demandante no podría invocarse para solicitar que se dispensara a la Demandante del cumplimiento de las disposiciones del Artículo 10(2). Esa aseveración fue refutada (y debatida) por la Demandante.

10. Escritos posteriores a la audiencia presentados por la Demandada y la Demandante

36. Conforme a lo indicado por el Tribunal, cada una de las partes, independientemente de la otra, presentó debidamente el 30 de octubre de 2007 escritos posteriores a la audiencia.

11. Pregunta formulada por el Presidente (enero de 2008)

37. En enero de 2008, el Presidente del Tribunal formuló una pregunta sobre una nueva cuestión de jurisdicción no planteada ni prevista en el escrito sobre excepciones preliminares a la jurisdicción presentado por la Argentina. El Tribunal se referirá a esta cuestión más adelante.

a) Correspondencia ulterior entre el Centro y las partes tras la audiencia de París (aparte de las comunicaciones a las que se hace referencia en otra parte del presente Laudo)

38. A continuación se presenta un breve resumen de la correspondencia ulterior a la audiencia de París mutuamente mantenida entre el Centro y las partes:

- (1) 19 de octubre de 2007, carta del Asesor Jurídico del Gobierno de Argentina, en que se hace referencia a tres cuestiones planteadas durante la audiencia celebrada en París, en que el Tribunal había solicitado documentos y aclaraciones adicionales.
- (2) 30 de octubre de 2007, respuesta de los abogados de la Demandante a la carta del Gobierno de Argentina fechada el 19 de octubre de 2007.
- (3) 20 de diciembre de 2007, carta dirigida al Centro por los abogados de la Demandante, quienes llaman la atención del Tribunal sobre “la reciente adopción, por parte del Gobierno de Argentina, de nuevas medidas que son arbitrarias y no están sujetas a límites temporales”.
- (4) 14 de enero de 2008, carta dirigida al Centro por el Gobierno de Argentina, que llama la atención del Tribunal sobre una decisión (laudo de fecha 21 de abril de 2006) recaída en el caso *Vladimir Berschader y Moise Berschader c. Federación de Rusia*.
- (5) 15 de enero de 2008, contestación de la República Argentina a la carta de los abogados de la Demandante de fecha 20 de diciembre de 2007, referente a “recientes medidas

adoptadas por la República Argentina”, en que solicita que, a la luz de lo expresado en la misma, se declare inadmisibile la carta de la Demandante del 20 de diciembre de 2007.

- (6) Comunicación del 18 de enero de 2008 de los abogados de la Demandante al Centro, en que se formulan consideraciones para el Tribunal en relación con la carta de la República Argentina de fecha 14 de enero de 2008 y se comenta el laudo recaído en el caso *Vladimir Berschader y Moise Berschader c. Federación de Rusia*.
- (7) 7 de febrero de 2008, carta del Gobierno de Argentina dirigida al Centro en relación con la carta de la Demandante del 18 de enero de 2008, donde se le solicita al Tribunal (por razones que en ella se exponen) que rechace los alegatos de la Demandante referentes a la “presunta falta de independencia del Poder Judicial argentino y a la supuesta coerción ejercida por el gobierno [de Argentina]”.
- (8) 14 de febrero de 2008, carta de la Demandante dirigida al Centro, en que se llama la atención del Tribunal sobre un laudo arbitral internacional dictado en el caso *Rosinvest (Rosinvest Co. UK Ltd. c. Federación de Rusia*, octubre de 2007), y se da respuesta a la carta de Argentina de fecha 7 de febrero de 2008.
- (9) 15 de febrero de 2008, carta de la Demandante (acompañada por un informe jurídico del Profesor Schreuer) y carta de la Demandada del 15 de febrero de 2008, en respuesta a la pregunta formulada por el Presidente (en relación con un nuevo punto de jurisdicción). Carta ulterior de la Demandada del 6 de marzo de 2008, con respecto a la carta de la Demandante del 15 de febrero y al informe jurídico del Profesor Schreuer de fecha 7 de febrero de 2008.
- (10) 6 de marzo de 2008, carta detallada del Gobierno de Argentina al Centro en respuesta a la carta de la Demandante del 15 de febrero de 2008 (con respecto al nuevo punto de jurisdicción planteado por el Presidente): Argentina sostuvo que el consentimiento de Wintershall a la jurisdicción del CIADI, otorgado conforme al Artículo VII del TBI Argentina-Estados Unidos, debía considerarse inválido, y “subsidiariamente” reiteró su

solicitud de que “ciertas disposiciones fundamentales del TBI Argentina-EE.UU. como la disposición sobre medidas no excluidas del Artículo XI de ese tratado, sean aplicadas a esta controversia”.

- (11) 11 de marzo de 2008, comunicación dirigida al Centro por el Gobierno de Argentina, en que se invoca el Artículo 43(b) del Convenio del CIADI y las Reglas 34(2)(b) y 37 de las Reglas de Arbitraje y se solicita al Tribunal que acepte la invitación del Gobierno de Argentina de visitar la República Argentina “a fin de llevar a cabo indagaciones respecto de la alegada falta de independencia de los tribunales argentinos y que dicte una resolución a tal efecto de conformidad con la Regla 37 de las Reglas de Arbitraje”. El Centro respondió a esta comunicación en los términos siguientes:

“El Presidente del Tribunal me ha encomendado informar a ustedes lo siguiente:

El Tribunal acusa recibo de las cartas de las partes del 15 de febrero de 2008, así como las cartas de Argentina del 6 y 11 de marzo de 2008.

El Tribunal ha decidido que no será necesario que las partes presenten documento adicional alguno en relación con las excepciones a la jurisdicción opuestas por la Demandada. Tampoco considera necesario visitar la República Argentina, según lo solicitado por la Demandada, en virtud de lo dispuesto por el Artículo 43(b) del Convenio del CIADI y la Regla 37(1) de las Reglas de Arbitraje del CIADI”. (Traducción del Tribunal).

- (12) 4 de abril de 2008, carta presentada por la Demandante en que se solicita al Tribunal que la autorice específicamente a formular una respuesta a las alegaciones formuladas en la carta detallada de la Demandada del 6 de marzo de 2008 (con respecto a un nuevo punto de jurisdicción planteado por el Presidente); se concedió tal autorización.

TERCERA PARTE

III. DECISIONES SOBRE CUATRO ASUNTOS INDEPENDIENTES SURGIDOS EN EL CURSO DEL PRESENTE PROCEDIMIENTO

39. El Tribunal estima conveniente abordar y hacer constar a estas alturas del Laudo ciertas decisiones independientes que ha adoptado respecto de cuatro temas diferentes surgidos en el curso de las presentes actuaciones arbitrales, a saber:

- (A) Primero, en relación con una pregunta planteada *suo motu* por el Presidente del Tribunal tras el cierre de la etapa de alegatos orales.
- (B) Luego, en relación con la solicitud de la Demandante, a través de la carta dirigida al Centro de fecha 18 de mayo de 2007, de que se autorizara a Wintershall Holding Aktiengesellschaft (“Wintershall Holding”) a proseguir como Demandante la reclamación ante el CIADI.
- (C) En tercer lugar, en relación con el argumento adicional, planteado por la Demandada durante la audiencia oral celebrada en París, de que no se ha demostrado que la disposición sobre resolución de diferencias contenida en el Artículo VII del TBI Argentina-Estados Unidos sea más favorable que el mecanismo de resolución de diferencias previsto en los Artículos 10(2) y 10(4) del TBI Argentina-Alemania.
- (D) Finalmente, la discusión surgida a raíz de la carta de la Demandante del 20 de diciembre de 2007 y la respuesta a la misma del Gobierno de Argentina del 15 de enero de 2008, así como el contenido de las comunicaciones posteriores, del 18 de enero de 2008 y del 7 de febrero de 2008, a las que se hace referencia en el párrafo 38, que antecede.

Estos cuatro asuntos se tratarán separadamente.

1. Pregunta planteada *suo motu* por el Presidente del Tribunal tras el cierre de la etapa de alegatos orales:

40. Tras el cierre de etapa de alegatos orales, el Presidente del Tribunal, tras un examen detallado de los documentos y procedimientos, concluyó que, habiendo la Demandante —en toda la correspondencia anterior a la Solicitud de Arbitraje y también en ésta— reclamado el arbitraje del CIADI conforme al Artículo VII del TBI Argentina-Estados Unidos, en lugar del Artículo 10 del TBI Argentina-Alemania, no podía sostenerse válidamente que la iniciación del caso (a través de la Solicitud de Arbitraje) debiera considerarse como el “consentimiento escrito” de la Demandante previsto en el Artículo 25 del Convenio del CIADI; que, en las circunstancias del caso, por falta de efectivo “consentimiento escrito” de la Demandante al arbitraje del CIADI conforme al Artículo 10(4) del TBI Argentina-Alemania -que es un requisito esencial conforme al Artículo 25 del Convenio del CIADI-, el Tribunal podía carecer de competencia para entender en el caso del CIADI No. ARB/04/14 o para conceder alguna indemnización a la Demandante. En consecuencia, se notificó a las partes este nuevo asunto, para que pudieran responder. La carta dirigida por el Centro a las partes, con fecha 24 de enero de 2008, reza:

“El Presidente del Tribunal me ha encomendado informar a ustedes lo siguiente:

Del expediente del presente caso surge que el consentimiento por escrito a la jurisdicción previsto en el Artículo 25, por parte de la Demandante, ha sido expresado conforme al Artículo VII del Tratado Bilateral de Inversión entre Argentina y los Estados Unidos de América y (aparentemente) no conforme al Tratado Bilateral de Inversión celebrado entre Argentina y Alemania. La cuestión no fue considerada ni debatida en la audiencia de París, pero como surge del expediente, el Tribunal desearía que las partes formularan por escrito sus comentarios al respecto a más tardar el viernes 15 de febrero de 2008”. (Traducción del Tribunal).

41. La Demandada presentó su respuesta (al nuevo punto planteado por el Presidente) el 15 de febrero de 2008. En ella solicitó “que el consentimiento de la Demandante a la jurisdicción del CIADI- que fue dado bajo el Artículo VII del TBI Argentina-EE.UU.- sea considerado inválido”. La Demandada solicitó, subsidiariamente “que ciertas disposiciones fundamentales del TBI Argentina-EE.UU. (siendo el ejemplo más obvio el del Artículo XI), cuya inclusión contrarresta disposiciones que pueden ser consideradas favorables para los

inversores protegidos, como las disposiciones sobre solución de controversias contenidas en ese tratado, sean aplicadas a esta controversia”. La República Argentina presentó sus argumentos en forma más detallada en una carta ulterior, de fecha 6 de marzo de 2008, en que sostuvo que el nuevo punto planteado por el Presidente era correcto y debía acogerse.

42. La Demandante ofreció en primer lugar su respuesta al nuevo punto (planteado por el Presidente), mediante carta de fecha 15 de febrero de 2008, enviada al Centro junto con un dictamen jurídico del Profesor Schreuer, de fecha 7 de febrero de 2008. En su respuesta, la Demandante declaró enfáticamente que sería insostenible y manifiestamente injusto cuestionar en esa etapa tardía del procedimiento la regularidad del consentimiento que había dado a la jurisdicción del CIADI; que ambas partes, así como el CIADI y el Tribunal, habían actuado tomando como premisa la existencia de consentimiento a la jurisdicción del CIADI en relación con las reclamaciones planteadas en el marco del TBI Argentina-Alemania, y que la Demandada nunca había objetado anteriormente la regularidad de ese consentimiento; que, por razones de buena fe, todas las dudas referentes a la existencia del consentimiento de la Demandante debieron haberse planteado a la fecha de registro del caso o poco después (es decir, durante la primera sesión relativa a la constitución del Tribunal), lo que habría permitido a la Demandante aclarar cualquier duda referente a la expresión de ese consentimiento, o subsanar cualquier vicio que lo afectara²⁶.
43. En carta de fecha 4 de abril de 2008, la Demandante respondió a la presentación detallada formulada por Argentina (con respecto al nuevo punto planteado por el Presidente) en su carta complementaria, del 6 de marzo de 2008.

a) Decisión

44. El Tribunal ha considerado cuidadosamente las respuestas recibidas de cada una de las partes con respecto a la pregunta planteada por el Presidente. Aunque sin declararse en modo alguno incompetente para examinar cualquier nueva cuestión (sobre jurisdicción) no planteada anteriormente por las partes y pronunciarse *motu proprio* a su respecto, el

²⁶ Véase carta de la Demandante de 15 de febrero de 2008, párrafos 12, 13 y 14.

Tribunal (incluido el Presidente) ha decidido, en el presente caso, considerar exclusivamente las cuestiones específicamente planteadas en la primera excepción preliminar a la jurisdicción formulada por Argentina (y las contestaciones a las mismas), cuestiones sobre las que cada una de la partes ha formulado detallados argumentos ante el Tribunal. Así se decide.

2. Con respecto a la solicitud de la Demandante, mediante carta de fecha 18 de mayo de 2007 (dirigida al Centro), de que el Tribunal autorizara a Wintershall Holding Aktiengesellschaft (“Wintershall Holding”) a proseguir como Demandante la reclamación ante el CIADI:

a) Antecedentes de hecho de la solicitud de la Demandante fechada el 18 de mayo de 2007:

45. Del material aportado al expediente por la Demandante surge que, en noviembre de 2006, se registró en Lunenburg, Alemania, una nueva persona jurídica, Wintershall Holding Aktiengesellschaft, a la que se habían cedido los derechos y las obligaciones de Wintershall en el presente arbitraje y los emanados del mismo; así lo dio a conocer la Demandante a la Demandada por primera vez mediante carta de fecha 18 de mayo de 2007, dirigida al Centro, en donde la Demandante describió lo que denominó “escisión”, que formaba parte natural de una reestructuración societaria de todos los activos y pasivos de la Demandante Wintershall —salvo unos pocos activos que se especificaban— a Wintershall Holding Aktiengesellschaft, y en su favor, una filial que es propiedad en un 100% de la Demandante Wintershall. En la carta se hacía saber al Centro que, a través de la “escisión”, Wintershall había transferido a Wintershall Holding AG, los Activos y Pasivos Transferidos como un todo, incluidas sus acciones en *Wintershall Explorations und Produktions Beteiligungsgesellschaft mbH* (WIEP) y en Wintershall Bank GmbH, a través de las cuales era la única propietaria de Wintershall Energía S.A. (WIAR). Se señalaba que los Activos y Pasivos Transferidos incluían los derechos y las obligaciones de Wintershall en los procedimientos arbitrales seguidos contra la República Argentina en el Caso CIADI No. ARB/04/14 y los emanados de dichos procedimientos.

46. La carta de fecha 18 de mayo de 2007 indicaba que, a los efectos de asegurar el pago de

todas y cada una de las obligaciones emanadas de la reclamación formulada ante el CIADI, así como la continuidad de los procedimientos pertinentes para esa reclamación ante el CIADI, Wintershall Holding había celebrado un acuerdo con la Demandante (el “Acuerdo de Respaldo”), en virtud del cual la Demandante había aceptado i) asumir responsabilidad solidaria por todos los costos y obligaciones emanados de la reclamación formulada ante el CIADI, y ii) en la medida en que el Tribunal lo requiriera, mantener su calidad de demandante en relación con la reclamación formulada ante el CIADI, ya sea en forma exclusiva o conjuntamente con Wintershall Holding AG, para cumplir cualquier requisito que el Tribunal considerara aplicable conforme al Convenio del CIADI y al TBI Argentina-Alemania. Se anexó una copia del Acuerdo de Respaldo de fecha 15 de noviembre de 2006 (“fecha de la escisión”).

47. El petitorio contenido en la carta del 18 de mayo de 2007 tenía el texto siguiente:

“9. La “Demandante Original” (Wintershall, la Demandante) y Wintershall Holding AG solicitan al Tribunal que se sirva tener presente que:

(i) Por escisión, Wintershall ha cedido a Wintershall Holding, como un todo, los Activos y Pasivos Transferidos, incluido sus derechos respecto a WIAR; ii) la Demandante Original cedió expresamente la reclamación del CIADI a Wintershall Holding; iii) conforme a las disposiciones del derecho alemán, Wintershall Holding es la sucesora universal parcial en intereses de Wintershall en relación con la reclamación del CIADI, y iv) como sucesora universal parcial de la Demandante Original, Wintershall Holding continuará promoviendo la reclamación del CIADI en calidad de demandante. Para el caso de que el Tribunal considere que la Demandante Original, en forma exclusiva o conjuntamente con Wintershall Holding, debe mantener su calidad de demandante en el presente procedimiento, solicitamos al Tribunal que se sirva tener debidamente en cuenta que Wintershall está dispuesta a actuar en tal calidad conforme a lo especificado en el punto 6, que antecede, y en el Acuerdo de Respaldo”. (Énfasis añadido).

48. Mediante carta del 15 de agosto de 2007, la Demandada respondió a la comunicación de la Demandante del 18 de mayo de 2007, manifestando que no accedía a lo solicitado, y sostuvo que el Tribunal debería rechazar la solicitud de la Demandante de reconocimiento de la “escisión” o de que se permitiera a la nueva sociedad de cartera llevar adelante la reclamación.

49. A través de su respuesta de fecha 18 de septiembre de 2007 (con copia a la Demandada), la Demandante sostuvo que las objeciones de Argentina eran infundadas, y presentó al respecto

dictámenes de peritos. Señaló que, sobre la base del Acuerdo de Respaldo celebrado entre Wintershall y Wintershall Holding AG, la Demandante había ofrecido al Tribunal la posibilidad de que Wintershall mantuviera la calidad de demandante en el presente procedimiento, ya fuera sola o conjuntamente con Wintershall Holding AG. En la carta se solicitaba al Tribunal que rechazara las objeciones opuestas por Argentina y reconociera a Wintershall Holding AG como sucesora universal parcial en los intereses de Wintershall como demandante en el presente procedimiento. La carta contenía asimismo una tercera solicitud, enunciada en los términos siguientes en el párrafo 33(iii):

“(iii) para el caso de que el Tribunal considere que Wintershall, en forma exclusiva o conjuntamente con Wintershall Holding, debe mantener su calidad de demandante en el presente procedimiento, reconozca a Wintershall, en forma exclusiva o conjuntamente con Wintershall Holding, como demandante en el presente procedimiento del CIADI”. (Énfasis añadido).

b) Manifestaciones efectuadas y pruebas presentadas sobre la solicitud de fecha 18 de mayo de 2007 en la audiencia de París:

50. La razón que llevó a la Demandante a insistir en el reconocimiento, por parte del Tribunal, de Wintershall Holding AG, la nueva compañía a la que se había cedido la reclamación en el presente arbitraje del CIADI, obedeció a que (como se sostuvo en la audiencia oral en París) las concesiones que habían sido otorgadas por el Gobierno de Argentina a favor de la filial argentina de plena propiedad de la Demandante seguían vigentes, y se consideró pertinente para el interés de la sucesora dar a ésta calidad de parte de la reclamación. Así lo expuso francamente el abogado de la Demandante durante el segundo día de la audiencia, en respuesta a una pregunta formulada por uno de los Miembros del Tribunal:

ÁRBITRO TORRES BERNÁRDEZ: “El segundo tema tiene que ver con la escisión. Hay un aspecto de la escisión que me preocupa. ¿Cuál es el interés de su parte?

¿Por qué insisten en la sucesión procesal?

¿Por qué interesa tanto a la Demandante que la nueva compañía esté sentada aquí, en torno a esta mesa?

¿Qué interés tienen ustedes en la acción toda? Vamos.

SR. MARTÍNEZ DE HOZ: Bien, la cuestión planteada por el Sr. Presidente, creo que él hizo una pregunta hacia el final de la reunión de ayer cuando preguntó: “¿Las concesiones siguen vigentes?” Y contestamos: “Sí”.

Por lo tanto, creo que la respuesta a su pregunta fue la pregunta formulada por el Sr. Presidente, y la cuestión de si las concesiones seguían vigentes.

Por lo tanto, las concesiones siguen vigentes; es pertinente por el interés de ser parte en la presente reclamación”. (Traducción del Tribunal de la transcripción en inglés, páginas 111-112).

51. No obstante, el abogado de la Demandada explicó por qué ésta no había dado su consentimiento a la solicitud de la Demandante y mencionó también otras razones de su oposición a dicha solicitud (en una carta de fecha 18 de mayo de 2007), a saber, que una cesión de una entidad a otra, posterior a la presentación, de una reclamación ante el CIADI era inadmisibles en derecho internacional. La Demandada invocó: (a) la decisión adoptada por el tribunal del CIADI en el caso *Mihaly c. Sri Lanka*, en donde se señalaba: “Una reclamación basada en el Convenio del CIADI, con su sistema cuidadosamente estructurado, no es un derecho contra terceros fácilmente cedible [...]”²⁷; (b) otra decisión de un tribunal del CIADI, en *The Loewen Group Inc. y Raymond L. Loewen c. los Estados Unidos de América*, en donde el tribunal dijo: “[P]uede ser inapropiado utilizar el concepto de derecho interno de un derecho ejercitable contra terceros libremente cedible como analogía para (la cesión) de una reclamación del TLCAN”²⁸, y (c) el comentario del Profesor Christoph Schreuer, formulado en su libro *ICSID Convention: A Commentary* (pág. 184), de que: “[s]i el Estado receptor tiene conocimiento y da su autorización a la cesión de derechos y obligaciones, se supondrá la aprobación de la ampliación de la jurisdicción *ratione personae* a la sucesora; (no así) si el Estado receptor no tiene conocimiento de la cesión o se ha opuesto a la sucesión”. (Traducción del Tribunal).
52. El Profesor Christoph Schreuer, perito propuesto por la Demandante, fue interrogado como tal (en la audiencia oral) y se le formularon preguntas sobre la “escisión” (Día 2, París):

²⁷ *Mihaly International Corporation c. República Socialista Democrática de Sri Lanka* (Caso CIADI No. ARB/00/2), Laudo de 15 de marzo de 2002. (Traducción del Tribunal). (“*Mihaly c. Sri Lanka*”).

²⁸ *The Loewen Group Inc. y Raymond L. Loewen c. los Estados Unidos de América* (Caso CIADI No. ARB(AF)/98/3), Laudo de 26 de junio de 2003. (Traducción del Tribunal). (“*Loewen c. EE.UU.*”).

P.: “¿Conoce usted algún principio de derecho internacional que impida a Wintershall Holding, que es la compañía a la que se confirieron por escisión los activos de Wintershall AG, la Demandante original, ser una única demandante, o codemandante junto con Wintershall AG?”

R.: “No. No conozco la existencia de ninguna norma a ese respecto. Ha habido unos pocos casos, que no reflejan exactamente esa situación pero que también se refieren a constitución de compañías por sucesión, notablemente los casos Vivendi II y LESI Astaldi, que indican que ello es posible y, en especial, que el derecho del lugar de constitución de la compañía es el derecho aplicable” [...]

En la etapa de repreguntas, el abogado de Argentina preguntó al Profesor Schreuer (página 138) si conocía algún caso en la historia del CIADI “en que la compañía hubiera sido sucedida por otra compañía en una reclamación pendiente sin disolución de la compañía anterior, sin que dejara de existir la compañía anterior”.

La respuesta del Profesor Schreuer fue la siguiente:

R.: “No creo que se haya planteado esa situación específica hasta ahora. Me vienen a la memoria dos casos, *Vivendi* y *LESI*, pero en ambos casos se produjo una absorción, no una escisión, por lo cual creo que las viejas compañías dejaron de existir”²⁹.

c) Escritos posteriores a la audiencia presentados con respecto a la solicitud de la Demandante de fecha 18 de mayo de 2007

53. En los escritos posteriores a la audiencia se sostuvo que el derecho internacional no registraba ningún caso en que se hubiera cedido una reclamación de una compañía a otra mientras el demandante original aún existiera, y se hizo hincapié en que el Profesor Schreuer (perito presentado por la Demandante en el caso) no había podido recordar ningún precedente;³⁰ todos los casos por él mencionados se referían a situaciones en que la compañía original se había fusionado con la sucesora o en que la transferencia de la

²⁹ Declaración pericial de Christoph Schreuer, Transcripción de la Audiencia en inglés, 15 de octubre de 2007, págs. 121-122. (Traducción del Tribunal).

³⁰ *Ibidem*, pág. 139; véase escrito posterior a la audiencia de la Demandada del 30 de octubre de 2007, párrafo 3, pág. 1. (“Escrito post audiencia de la Demandada”).

reclamación había ocurrido antes de la presentación de la reclamación³¹. Por lo tanto, se trataba de un caso de “sucesión parcial” mientras estuviera pendiente el arbitraje del CIADI, en donde Wintershall AG (la Demandante) seguía existiendo. Ambas partes estuvieron de acuerdo en que la escisión era una sucesión universal parcial y que a ella se aplicaba la Ley de Transformación de Alemania. Las partes discreparon, en cambio, en cuanto al derecho aplicable a la cesión de la reclamación en un procedimiento arbitral. La Demandada sostuvo que, si fuera aplicable el derecho internacional (y no el derecho alemán), entonces la Demandante debería haber solicitado la autorización del Tribunal antes de llevar a cabo la escisión³².

54. Durante la audiencia oral celebrada en París, el abogado de la Demandante (ante las excepciones opuestas por la Demandada) propuso que ambas compañías, es decir, Wintershall AG y Wintershall Holding AG, permanecieran como Demandantes en el presente procedimiento, pero la Demandada siguió rehusándose a consentir esa posibilidad y solicitó al Tribunal que rechazara la solicitud de la Demandante.

d) Análisis por el Tribunal de la solicitud de reconocimiento de la “escisión” formulada por la Demandante

55. La adopción de una decisión sobre la solicitud formulada por la Demandante en su carta de fecha 18 de mayo de 2007 bien puede haberse convertido en académica a la luz de la decisión (dictada por el presente Laudo) sobre la primera excepción preliminar a la jurisdicción. Aún así, el Tribunal no puede dejar de pronunciarse al respecto. Por carta de fecha 18 de mayo de 2007, la Demandante presentó una solicitud, a la que se respondió; se han presentado pruebas orales con respecto a esta solicitud; la solicitud fue luego ampliamente discutida por cada una de las partes, y la Demandada solicitó expresamente un pronunciamiento. En consecuencia, se enuncia a continuación la decisión adoptada por el Tribunal respecto del tema.

56. Los tratados bilaterales de inversiones entre Estados Contratantes ofrecen derechos y

³¹ Transcripción de la audiencia en inglés, 15 de octubre de 2007, pág. 4.

³² Escrito post audiencia de la Demandada, párrafo 6, pág. 2.

recursos a las personas, que éstas pueden promover independientemente del Estado del que sean nacionales. Por lo tanto, la Solicitud de Arbitraje fue formulada correctamente por la Demandante (Wintershall) —nacional de la República Federal de Alemania— en su propio nombre. Es ésa la reclamación que ha sido sometida a arbitraje del CIADI. Si el derecho aplicable lo permite, nada impide a la Demandante (que es una beneficiaria conforme al TBI Argentina-Alemania) ceder voluntariamente a un tercero la reclamación que promueve ante el CIADI, independientemente de que ese tercero sea o no tan sólo un sucesor parcial de la Demandante en los intereses de esta última. Si una reclamación como la del presente caso hubiera sido planteada ante los tribunales nacionales, estos últimos hubieran normalmente permitido la sustitución o la agregación de partes al procedimiento en virtud de la cesión *pendente lite* de la reclamación.

57. No obstante, se alegó que, en los procedimientos de arbitraje internacional, los terceros no pueden adquirir la calidad de partes, a menos que leyes (u otras normas) específicas lo prevean. En el tratado del Profesor Mouro Rubino Sammartano titulado *International Arbitration – Law and Practice*, se señala (página 295) que, en los procedimientos arbitrales, los terceros no pueden convertirse en partes, a menos que normas legales específicas dispongan lo contrario, pero la misma página contiene también el siguiente pasaje:

“La intervención de un tercero (en un procedimiento de arbitraje) sólo puede tener lugar con el consentimiento de las partes al acuerdo de arbitraje original”.³³
(Traducción del Tribunal).

58. Las potestades y funciones del Tribunal consisten en decidir la “diferencia” planteada en la Solicitud de Arbitraje de la Demandante —Artículo 42(1)—, y ese procedimiento de arbitraje debe realizarse conforme a las disposiciones del Artículo 44 (del Convenio del CIADI), cuyo texto es el siguiente:

“Todo procedimiento de arbitraje deberá tramitarse según las disposiciones de esta Sección y, salvo acuerdo en contrario de las partes, de conformidad con las Reglas de Arbitraje vigentes en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento al

³³ Mouro Rubino Sammartano, “*International Arbitration – Law and Practice*”, Kluwer Law International, segunda edición revisada, primera reimpresión en indostánico, 2007, pág. 295.

arbitraje. Cualquier cuestión de procedimiento no prevista en esta Sección, en las Reglas de Arbitraje o en las demás reglas acordadas por las partes, será resuelta por el Tribunal”. (Énfasis añadido).

59. En el presente caso, cabe la posibilidad de oponerse a la sustitución de la Demandante por una nueva entidad durante el curso del procedimiento de arbitraje del CIADI, si el Tribunal carece de la potestad de admitirla, a falta de consentimiento de las partes (véase el Artículo 44 del Convenio del CIADI). Pero, a juicio del Tribunal, nada obsta a que éste disponga (en el presente caso de arbitraje) que tanto la Demandante como Wintershall Holding AG continúen los procedimientos del CIADI como Demandantes Conjuntas, por las razones siguientes:

(i) Ello está en consonancia con la solicitud expresa de la Demandante del 18 de mayo de 2007, confirmada por el escrito posterior a la audiencia de la Demandante del 30 de octubre de 2007 (párrafo 44), en que se expresa:

“44. Las objeciones de Argentina a la capacidad de Wintershall Holding AG de proseguir el reclamo ante el CIADI también carecen de fundamentos debido a que la única razón esgrimida por Argentina fue la de mantener a la Demandante original responsable por las potenciales costas y responsabilidades y esta preocupación ya está satisfecha al mantener a Wintershall AG como co-demandante además de Wintershall Holding AG tal como lo solicitó la Demandante. El Artículo 44 de la Convención del CIADI confiere facultades suficientes al Tribunal para agregar a Wintershall Holding AG como co-demandante o sustituir a Wintershall AG por Wintershall Holding AG”.

(ii) También es congruente con la posición alternativa de la Demandada, expresada en su escrito posterior a la audiencia, del 30 de octubre de 2007, en cuyo párrafo 35 la Demandada solicitó al Tribunal:

“(a) que rechace la solicitud de la Demandante de hacer recaer su decisión sobre Wintershall Holding o, alternativamente, que ordene que tanto Wintershall AG como Wintershall Holding sean demandantes en el presente arbitraje”. (Énfasis añadido).

e) **Decisión**

60. Habiendo Argentina acordado (y, por lo tanto, dado su consentimiento) que las dos

compañías Wintershall adquirieran conjuntamente la calidad de demandantes en el presente arbitraje, el Tribunal es competente y está facultado para disponer que se agregue a Wintershall Holding Aktiengesellschaft como Demandante junto con la actual Demandante Única, es decir, Wintershall. Y así se dispone.

3. Con respecto al argumento adicional, planteado por la Demandada durante la audiencia oral celebrada en París, de que no se ha demostrado que la disposición sobre resolución de diferencias contenida en el Artículo VII del TBI Argentina-Estados Unidos sea más favorable que el mecanismo de resolución de diferencias previsto en los Artículos 10(2) al 10(4) del TBI Argentina-Alemania

61. Se sostuvo oralmente en París que una disposición de un tratado básico menos favorable que la de un tratado con un tercero no puede suponerse ni presumirse, sino que debe probarse. Uno de los primeros tribunales del CIADI—el que entendió en el caso *Asian Agricultural Products Ltd. c. República de Sri Lanka*— tuvo ocasión de examinar la aplicación del tratamiento de nación más favorecida mutuamente acordado por Sri Lanka y el Reino Unido a la luz del argumento de que un tratado Sri Lanka-Suiza contenía disposiciones más favorables, a las que pretendía acogerse el inversor. No obstante, las disposiciones analizadas no estaban relacionadas con la solución de diferencias, sino con las normas sobre responsabilidad previstas en los tratados en cuestión. Al igual que en la decisión del caso *Ambatielos*, dictada por la Comisión de Arbitraje, ese tribunal del CIADI declaró: “[...] no se ha probado que el Tratado Sri Lanka/Suiza contenga normas más favorables que las previstas en el Tratado Sri Lanka/Reino Unido; por tal razón, el Artículo 3 de este último Tratado no puede invocarse justificadamente en el caso actual”³⁴.

62. En el presente caso también, la Demandada sostuvo (oralmente) que no está probado que el Artículo VII del TBI Argentina–Estados Unidos sea más favorable a la Demandante que el Artículo 10 del TBI Argentina-Alemania, suponiendo que la cláusula de la nación más favorecida del Artículo 3 se aplique a la disposición sobre resolución de diferencias contenida en el Artículo 10. Por lo tanto, el Artículo VII del TBI Argentina-Estados Unidos no podría invocarse justificadamente. Se dice que acudir a un tribunal nacional para obtener

³⁴ *Asian Agricultural Products Limited c. República Socialista Democrática de Sri Lanka* (Caso CIADI No. ARB/87/3), Laudo del 27 de junio de 1990, párrafo 54. (“AAPL c. Sri Lanka”).

medidas provisionales podría considerarse más eficaz que acudir en forma inmediata y directa a un tribunal del CIADI, especialmente porque las medidas provisionales previstas en el Convenio del CIADI no son más que recomendaciones. Argentina sostiene que en el presente caso se ha demostrado fehacientemente que los recursos internos, si se hubieran adoptado debidamente conforme al Artículo 10(2), habrían sido eficaces. (Véase la transcripción de la audiencia en inglés del 14 de octubre de 2007, Día 1, páginas 48 a 67). La Demandante, en su escrito posterior a la audiencia, sostuvo, por el contrario, que diversos obstáculos dificultan el logro de una reparación ante los tribunales argentinos (párrafo 1.7). Durante la audiencia celebrada en París sobre las excepciones a la jurisdicción, el abogado de Argentina (con cierto respaldo documental) mencionó casos en donde los tribunales internos de ese país, incluida la Corte Suprema argentina, habían concedido, no sólo a la generalidad de los inversores extranjeros, sino también, en casos específicos, a la filial argentina de plena propiedad de Wintershall (la Demandante), pronta reparación, mediante decisiones interlocutorias, en contra de las medidas que eran consecuencia del programa de emergencia financiera dictado por decretos del Gobierno argentino. Se señaló que el hecho de que la propia Demandante optara por no demandar poco cambiaba las cosas, pues si hubiera querido, podía haberlo hecho directamente ante los tribunales nacionales al amparo del TBI, proceder autorizado por la Ley argentina No. 24.098, sancionada por el Congreso argentino.

a) Decisión

63. El Tribunal sostiene *pro tem* que, en esta etapa preliminar del procedimiento, esta petición adicional de la Demandada es prematura, porque la petición requiere que cada una de las partes pruebe los fundamentos de hecho; la cuestión en realidad corresponde al fondo del caso. Y así se decide.

4. **Finalmente, los argumentos de las partes que emanan de la carta de la Demandante del 20 de diciembre de 2007 y de la respuesta a la misma del Gobierno de Argentina del 15 de enero de 2008, así como el contenido de las comunicaciones posteriores del 18 de enero de 2008 y del 7 de febrero de 2008, a las que se hace referencia en el párrafo 38, que antecede**

64. No se analizan ni aluden en el presente Laudo los argumentos de las partes que emanan de la carta de la Demandante del 20 de diciembre de 2007 referente a la “reciente adopción, por parte del Gobierno de Argentina, de nuevas medidas que son arbitrarias y no están sujetas a límites temporales”, y de la contestación del Gobierno argentino del 15 de enero de 2008, ni del contenido de las comunicaciones ulteriores, del 18 de enero de 2008 y del 7 de febrero de 2008 (que se mencionan en el párrafo 38, *supra*), ya que no forman parte de las excepciones a la jurisdicción que se consideran. Y así se decide.

CUARTA PARTE

IV. ENFOQUE GENERAL DE UN TRIBUNAL CIADI CON RESPECTO AL TRATAMIENTO DE LAS EXCEPCIONES PRELIMINARES A LA JURISDICCIÓN

65. Los tribunales internacionales (como éste) establecidos para decidir casos registrados ante el Centro en el marco del Convenio de Washington (como el presente caso de arbitraje) son órganos dotados de limitada competencia. Están facultados para pronunciarse sobre esos casos sólo si se cumplen las condiciones que les permiten ejercer su competencia. En la esfera del derecho internacional (comenzando con la Corte Permanente de Justicia Internacional [CPJI], predecesora de la Corte Internacional de Justicia [CIJ]) existen numerosos precedentes sobre la manera en que esos órganos de competencia limitada deben abordar cuestiones sobre jurisdicción.
66. En el caso *Mavrommatis (Grecia c. Gran Bretaña)*, el Gobierno británico opuso una excepción preliminar a la competencia de la Corte en el caso, y en la sentencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) se señaló, al comienzo, lo siguiente:

“Derecho.

Antes de entrar a considerar el procedimiento en el caso de las concesiones de Mavrommatis, la Corte Permanente de Justicia Internacional ha tomado conocimiento de una excepción opuesta por el Gobierno de Su Majestad Británica en el sentido de que la Corte no puede entender en el procedimiento. La Corte no está llamada a determinar cuáles son, en los diversos códigos de procedimiento y en las diversas terminologías jurídicas, las características específicas de tal excepción; en especial, no está llamada a considerar la cuestión de si “competencia” y “jurisdicción”, *incompétence* y *fin de non-recevoir* deben considerarse invariablemente y en todos los contextos como expresiones sinónimas. Basta con señalar que el alcance extremadamente amplio de la excepción con respecto a la cual, antes de que puedan formularse argumentos sobre el fondo del caso, la Corte debe adoptar una decisión (sin que, al hacerlo, sin embargo, prejuzgue en modo alguno sobre el resultado final de ese argumento) ha sido señalado por las partes mismas en sus escritos preliminares de contestación y réplica o en el curso de las declaraciones orales formuladas en su nombre [...]”³⁵. (Énfasis añadido).

67. En la misma decisión (la del caso *Mavrommatis*), uno de los jueces, el juez Moore, aunque

³⁵ *Asunto de las Concesiones Mavrommatis en Palestina (Grecia c. Gran Bretaña)*, CPJI, Serie A, No. 3, 1924, pág. 10. (“*Mavrommatis*”). (Traducción del Tribunal).

disintiendo por lo demás de la sentencia de la Corte, coincidió con el enfoque de la misma en materia de jurisdicción, manifestando:

“Hay ciertas concepciones elementales comunes a todos los sistemas de jurisprudencia, y una de ellas es el principio de que nunca se justifica que un tribunal de justicia entienda en el fondo de una causa, y se pronuncie al respecto, si carece de competencia. En ningún lugar está expresado más claramente este principio que en la gran compilación de jurisprudencia francesa de Dalloz, en que se señala que, siendo la competencia esencialmente una cuestión de orden público, ya que es una cuestión de interés general que ninguna autoridad rebase los límites a los que debe ceñirse su actividad, una excepción a la competencia de un tribunal puede oponerse en cualquier etapa del procedimiento, por lo cual, aunque las partes guarden silencio, el tribunal, si concluye que carece de competencia, está obligado a desentenderse de oficio del caso (se dessaisir d’office), y se cita una sentencia del más alto tribunal de justicia de Francia en el sentido de que un tribunal puede oponer por sí mismo la excepción aunque las partes no hayan planteado la cuestión ante los tribunales de primera instancia y de apelación. (Dalloz, *Repertoire, Competence*, Art. 2, No. 36)”³⁶. (Énfasis añadido).

68. Cincuenta años más tarde, en el caso *Aegean Sea Continental Shelf (Grecia c. Turquía)*³⁷, en diciembre de 1978, la Corte Internacional de Justicia dijo, en gran medida, eso mismo. Señaló que tiene siempre la obligación de examinar *motu proprio* la cuestión de su propia competencia, aunque alguna de las partes no comparezca ante ella o se abstenga de defender su caso, y que la Corte, antes de llegar a una conclusión sobre el fondo de la diferencia, debe cerciorarse de que es competente. En una decisión posterior *Caso relativo al personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán (Estados Unidos c. Irán)*, Sentencia del 24 de mayo de 1980, la CIJ señaló que, conforme a su jurisprudencia firme, la Corte, al aplicar el Artículo 53³⁸ de su Estatuto, debe en primer lugar considerar, *motu proprio*, cualquier cuestión preliminar, de admisibilidad o de jurisdicción, que de la información que tenga ante sí parezca surgir en el caso y cuya decisión podría constituir un impedimento a cualquier examen ulterior del fondo del caso planteado por el demandante.

69. Al igual que la CPIJ y la CIJ, el Centro y los tribunales del CIADI designados por el Centro

³⁶ *Ibidem*, págs. 57-58.

³⁷ *Aegean Sea Continental Shelf (Grecia c. Turquía)*, Decisión del 19 de diciembre de 1978, *ICJ Reports*, 1978, párrafo 15, pág. 116. (“*Aegean Sea c. Turquía*”).

³⁸ El Artículo 53 del Estatuto impone a la Corte la obligación, de asegurarse, antes de hacer lugar a la reclamación de un peticionario, de que es competente para ello conforme a las disposiciones de los Artículos 36 y 37.

carecen de jurisdicción general con respecto a los Estados; son tribunales con potestades limitadas, y no puede haber presunción a favor de su competencia. Por el contrario, la aceptación, por parte de un Estado, de la competencia de una corte o un tribunal internacional invariablemente debe expresarse mediante un acto o una conducta positiva de participación en la relación contractual (de “*contracting in*”).

70. En consecuencia, lo primero que corresponde en este caso del CIADI es examinar si el Tribunal tiene competencia para proceder a conocer y considerar el fondo de la Solicitud de Arbitraje formulada por la Demandante. El término “jurisdicción del Centro” se utiliza en el Artículo 25 del Convenio como una expresión de comodidad para describir los límites dentro de los cuales han de aplicarse las disposiciones del Convenio y facilitarse los servicios del Centro para procedimientos de conciliación y arbitraje³⁹. “Competencia” del Tribunal es el término utilizado también como expresión equivalente a “jurisdicción” en el Artículo 41 del Convenio. Si bien existe una sutil distinción jurisprudencial entre una excepción liminar a la “jurisdicción” del Tribunal y una excepción a su “competencia”⁴⁰, las excepciones comprendidas en cada uno de esos términos se tratan, como regla general, como “excepciones preliminares” conforme al Convenio del CIADI.
71. El hecho de que el presente caso haya sido registrado por el Secretario General no impide al Tribunal considerar las excepciones a la jurisdicción opuestas por la Demandada, ni pronunciarse sobre ellas. El registro de la Solicitud de Arbitraje realizado por el Secretario General y el Centro, por el que se asigna un número de caso a la Solicitud, constituye un acto administrativo de ejercicio de potestades conferidas por el Artículo 36(3)⁴¹ del Convenio. No impide —ni en éste ni en ningún otro caso— el ejercicio de potestades y

³⁹ Véase Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, párrafo 22.

⁴⁰ “La excepción con respecto a la admisibilidad sustancial de la reclamación debe versar sobre algún fundamento distinto de las cuestiones de fondo de la diferencia; la excepción liminar a la jurisdicción es una petición en relación con la cual el tribunal mismo no está facultado para pronunciarse en ninguna medida, ni en cuanto al fondo ni tampoco siguiera en cuanto a la admisibilidad de la reclamación”. Véase Sir Gerald Fitzmaurice, “*The Law and Procedure of the International Court of Justice*”, Cambridge, Grotius Publications, 1986, vol. 2, págs. 438-439. (“*The Law and Procedure*”).

⁴¹ Artículo 36(3): “El Secretario General registrará la solicitud salvo que, de la información contenida en dicha solicitud, encuentre que la diferencia se halla manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro. Notificará inmediatamente a las partes el acto de registro de la solicitud, o su denegación”.

funciones por parte del un tribunal de arbitraje conforme al Artículo 41 del Convenio y a la Regla 41 de las Reglas de Arbitraje. El registro de la Solicitud confiere validez formal al procedimiento; su validez esencial corresponde ser determinada por el Tribunal.

QUINTA PARTE

V. LAS DOS PARTES DE LA PRIMERA EXCEPCIÓN PRELIMINAR A LA JURISDICCIÓN FORMULADA POR ARGENTINA

72. Por razones de comodidad conviene comenzar considerando las cuestiones planteadas para su determinación en el marco de la primera excepción preliminar a la jurisdicción formulada por la Demandada distinguiendo dos partes independientes, a saber:

(A) En la primera parte, la Demandada sostiene que, antes de recurrir a un tribunal de arbitraje, Wintershall debió haber sometido la cuestión a los tribunales argentinos competentes (y luego haber dejado transcurrir un período de 18 meses), según lo previsto en el Artículo 10(2) del TBI Argentina-Alemania. Agrega que no habiéndolo hecho, el Tribunal no es competente para entender en el fondo de la reclamación y pronunciarse al respecto;

(B) En la segunda parte, el argumento de la Demandada es que Wintershall no puede invocar la cláusula de la nación más favorecida del Artículo 3 del TBI Argentina-Alemania para evitar cumplir con los requisitos establecidos en el Artículo 10(2) del TBI Argentina-Alemania; es decir, no puede darse a la cláusula de la NMF contenida en el Artículo 3 del TBI Argentina-Alemania una interpretación extensiva que la haga aplicable al régimen de resolución de diferencias (Artículo 10). Las razones expuestas por Argentina en respaldo de esa aseveración son las siguientes: i) que la cláusula de la NMF del TBI Argentina-Alemania no puede aplicarse a las cláusulas sobre resolución de diferencias; ii) que la interpretación de la cláusula de la NMF que hace la Demandante viola los principios de *ejusdem generis* y del *effet utile*, y iii) que la “jurisprudencia” confirma que Wintershall no puede invocar la cláusula de la NMF para la resolución de su diferencia con la República Argentina.

1. La necesidad de considerar separadamente la primera parte de los argumentos de Argentina con respecto a la primera excepción preliminar a la jurisdicción

73. No habría sido necesario considerar el argumento de si (*de hors* cualquier cláusula de la NMF) la Demandante podría acudir al arbitraje del CIADI sin antes cumplir el Artículo

10(2) del TBI Argentina-Alemania si el caso se hubiera limitado a los argumentos y conclusiones de las partes, contenidos en sus respectivos memoriales escritos, presentados antes de la audiencia de París. En su Memorial de contestación a las excepciones preliminares a la jurisdicción, la Demandante subrayó que las disposiciones que permiten recurrir a los tribunales locales (párrafo 2 del Artículo 10) no eran “superfluas”: cabía admitir que el párrafo 2 del Artículo 10 era aplicable cuando la cláusula de la NMF no era extensiva al Artículo 10⁴². Independientemente de cualquier extensión eventual (por vía interpretativa) del alcance de la cláusula de la NMF del Artículo 3 al Artículo 10, la Demandante (Wintershall) parecía haber aceptado entonces la posición de que la regla del cumplimiento de los recursos locales contenida en el párrafo 2 del Artículo 10 era un requisito previo al arbitraje del CIADI.

74. Sin embargo, en la audiencia celebrada en París (del 14 al 16 de octubre de 2007), el Profesor Schreuer (quien prestó declaración oral como perito propuesto por la Demandante) manifestó que, a su juicio, una cláusula como la del Artículo 10(2) del TBI Argentina-Alemania podría tratarse como “prescindible”, porque sólo se refería a un “período de espera”; lo que llevó a la Demandante, en su escrito posterior a la audiencia (fechado el 30 de octubre de 2007), a sostener —en el párrafo 17 (por primera vez)— que, siendo el Artículo 10(2) de carácter meramente procesal, no era un requisito de jurisdicción y que podía ser “prescindido o dejado de lado”. De ahí, que sea necesario considerar separadamente (es decir *de hors* la cláusula de la NMF) la primera parte de las cuestiones planteadas por la primera excepción preliminar a la jurisdicción opuesta por la Argentina.

⁴² Véase Memorial de contestación a las excepciones preliminares a la jurisdicción de la Demandante, párrafos 94 y 96, donde se señaló:

“94. En la opinión de Argentina, el hecho de que en determinados casos los inversores puedan beneficiarse de disposiciones contenidas en otros tratados de inversión desplazando a las del tratado básico, torna inútil a éste último. Sin embargo, el Artículo 10(2) del TBI Alemania-Argentina regula la resolución de controversias entre los inversores y el Estado receptor, a menos que el inversor que plantea la controversia elija una disposición más favorable contenida en otro tratado de inversión. De hecho, el Artículo 10(2) del TBI habría resultado aplicable a este caso si la Demandante no hubiera invocado disposiciones más favorables contenidas en el TBI entre Estados Unidos y Argentina, a través de la cláusula NMF. Por lo tanto, las disposiciones sobre resolución de controversias en el tratado básico no pierden sentido porque el inversor tenga la “opción” (no la obligación) de recurrir a un mecanismo de resolución de controversias más favorable, en virtud de una cláusula NMF”.

“96. Por eso, resulta aplicable el Artículo 10(2) del TBI, a menos que la Demandante decida acogerse a las disposiciones relativas a la resolución de controversias contenidas en otros TBIs”. (Énfasis añadido).

SEXTA PARTE

VI. CUESTIONES GENERALES DE DERECHO INTERNACIONAL INVOLUCRADAS EN LA CONSIDERACIÓN POR PARTE DEL TRIBUNAL DE LA PRIMERA EXCEPCIÓN PRELIMINAR A LA JURISDICCIÓN OPUESTA POR ARGENTINA

75. Como las dos primeras partes, antes mencionadas, de la primera y segunda partes de la primera excepción preliminar a la jurisdicción involucra i) una interpretación del texto del TBI Argentina-Alemania conforme a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, y ii) una aplicación de los “principios del trato de NMF” previstos en tratados bilaterales de inversiones, sería más apropiado comenzar por considerar ambos aspectos.

1. Consideraciones generales sobre el derecho internacional aplicable a las dos partes de la primera excepción preliminar a la jurisdicción opuesta por Argentina: la interpretación de los tratados

76. El derecho de interpretación de los tratados está ahora codificado, tras la adopción, por casi todos los países del mundo, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969⁴³ (“CVDT”). Los Artículos 31 y 32 de la CVDT de 1969 (**el Artículo 33 no se transcribe a continuación**) tienen el texto siguiente:

“Artículo 31-Regla general de interpretación

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

(a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;

(b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

⁴³ La CVDT entró en vigencia el 27 de enero de 1980.

(a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;

(b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;

(c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes”.

“Artículo 32. Medios de interpretación complementarios

Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del Artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el Artículo 31:

(a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o

(b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable”.

77. Para la interpretación de tratados (incluidos los TBI), este Tribunal debe aplicar la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, porque ambos Estados son Partes de la CVDT y (lo que es más fundamental) porque, tal como lo ha declarado la Corte Internacional de Justicia, las reglas de interpretación establecidas en la CVDT reflejan el derecho internacional consuetudinario en la materia.

78. La cuidadosa redacción del Artículo 31 se basa en la opinión de que debe presumirse que el texto es la expresión auténtica de la intención de las partes. El punto de partida de toda interpretación de un tratado consiste en desentrañar el significado del texto, no en realizar una investigación independiente sobre la intención de las partes a partir de otras fuentes (como por ejemplo, haciendo referencia a los *travaux préparatoires*, o expresando predilecciones basadas en la supuesta intención). Aún antes de la entrada en vigencia (en 1980) de la CVDT de 1969, el Instituto de Derecho Internacional⁴⁴ había adoptado un

⁴⁴ El Instituto de Derecho Internacional es una entidad de existencia permanente dedicada al estudio y a la promoción del derecho internacional; y sus miembros gozan de amplia reputación como los más destacados abogados especializados en derecho internacional público. Aunque las deliberaciones y resoluciones del Instituto carecen de

enfoque textual en materia de interpretación de los tratados⁴⁵, señalando “*le texte signé est, sauf de rares exceptions, la seule et la plus récente expression de la volonté commune des parties*” (“el texto suscrito, salvo raras excepciones, es la única y más reciente expresión del acuerdo común [o voluntad común] de las partes”).

79. Las sentencias de tribunales internacionales (la CPJI y la CIJ) contienen pronunciamientos según los cuales, cuando el sentido ordinario de las palabras (el texto) es claro y las palabras tienen sentido en el contexto, no cabe recurrir a otros medios de interpretación. Por ejemplo, en la Opinión Consultiva emitida por la Corte Internacional de Justicia en *Admission of a State to Membership in the United Nations*,⁴⁶ la Corte declaró que, a su juicio, no correspondía apartarse de la práctica firme de la Corte, que consistía en no recurrir a los trabajos preparatorios cuando el “*texto de una convención sea, en sí mismo, suficientemente claro*”. En una de sus más recientes sentencias, la CIJ enunció en los siguientes términos la regla general de derecho internacional sobre interpretación de tratados:

“[L]a primera obligación de un tribunal llamado a interpretar y aplicar las disposiciones de un tratado consiste en tratar de dar efecto a éstas en su sentido natural y corriente en el contexto en que se dan. Si las palabras pertinentes, en su significado natural y ordinario, tienen sentido en su contexto, se acabó el problema. Si, en cambio, las palabras, en su sentido natural y corriente, son ambiguas o conducen a un resultado irrazonable, entonces, y sólo entonces, la Corte, recurriendo a otros métodos de interpretación, debe tratar de establecer lo que las partes realmente quisieron expresar cuando las utilizaron”⁴⁷. (Énfasis añadido). (Traducción del Tribunal).

80. Y en una decisión más reciente de la CIJ, en *Case concerning Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar c. Bahrein, ICJ Reports 1995*, párrafo 33, página 18), la Corte recordó específicamente lo que había expresado el año anterior en el *Case concerning Territorial Dispute Libyan Arab Jamahiriya/Chad* (sentencia

autoridad oficial, en las cancillerías y parlamentos del mundo han sin embargo influido considerablemente sobre la opinión ilustrada.

⁴⁵ Instituto de Derecho Internacional, “*Annuaire de l’Institut de droit international*”, vol. 44, tomo 1, 1952, pág. 199.

⁴⁶ *Admission of a State to Membership in the United Nations, ICJ Reports*, 1948, página 63.

⁴⁷ *Case concerning the Arbitral Award of 31 July 1989 (Guinea-Bissau c. Senegal)*, Sentencia del 12 de noviembre de 1991, *ICJ Reports*, 1991, párrafo 48, pág. 69, en que se cita un pronunciamiento anterior de la Corte, contenido en la opinión consultiva sobre *Competence of the General Assembly for the Admission of a State to the United Nations, ICJ Reports*, 1950, pág. 8.

del 3 de febrero de 1994):

“[C]onforme al derecho internacional consuetudinario, reflejado en el Artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin. La interpretación debe basarse sobre todo en el texto del tratado. Como una medida complementaria puede recurrirse a medios de interpretación tales como los trabajos preparatorios del tratado y las circunstancias de su celebración”. (*ICJ Reports* 1994, párrafo 41, págs. 21-22.). (Énfasis añadido).

81. En *International Law* de Oppenheim, se enuncia la regla general de interpretación de tratados en los términos siguientes:

“La regla general de interpretación establecida en el Artículo 31 de la Convención de Viena adopta el enfoque textual: un “tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. El hecho de que ese enfoque textual —acogido por unanimidad por la Comisión de Derecho Internacional— sea un componente aceptado del derecho internacional consuetudinario lo sugieren numerosos pronunciamientos de la Corte Internacional de Justicia, que también ha hecho hincapié en que la interpretación de un tratado no consiste en revisarlo ni en leer en él lo que no contiene en forma expresa o no se deduce necesariamente de él, ni en aplicar una regla de interpretación que produzca un resultado contrario a la letra o el espíritu del texto del tratado”. (Traducción del Tribunal).⁴⁸

82. La CIJ ha destacado a menudo en muchos casos que la función de interpretación no se cumple revisando los tratados o leyendo en ellos lo que no contienen expresamente o de ellos se deduce; que los términos (el texto) de un tratado siempre deben respetarse, debido a que el tratado expresa la voluntad mutua de los Estados contratantes. Un caso ilustrativo clásico es el de *Interpretación de los Tratados de Paz celebrados con Bulgaria, Hungría y Rumania (Segunda Fase)* —(Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia del 18 de julio de 1950)⁴⁹. En ese caso se preguntó a la Corte si el Secretario General de las Naciones Unidas podía designar al tercer miembro de la Comisión de un Tratado a solicitud de una de las partes de la diferencia en un caso en que la otra parte (los Estados de Bulgaria, Hungría y Rumania) se había rehusado a designar a su propio representante. En su sentido

⁴⁸ *International Law*, de Oppenheim, vol. I (partes 2 a 4), novena edición, páginas 1271 a 1272, editado por Sir Robert Jennings Q.C. y Sir Arthur Watts K.C.M.G. Q.C. (publicado en 1992).

⁴⁹ *ICJ Reports*, 1950.

natural y corriente, los Tratados de Paz celebrados con los tres Estados en cuestión preveían la designación del tercer miembro sólo después de designados los otros dos. Los Artículos 36, 40 y 38 (respectivamente) de los Tratados de Paz celebrados con Bulgaria, Hungría y Rumania, tras disponer que las diferencias referentes a la interpretación o ejecución de los Tratados, que no se hubieran resuelto a través de negociaciones directas, debían someterse a los Tres Jefes de Misiones, establecían:

“A menos que las partes de la diferencia acuerden otro mecanismo de resolución, cualquiera de esas diferencias que ellas no resuelvan dentro de un plazo de dos meses deberá someterse, a solicitud de cualquiera de las dos partes de la diferencia, a una Comisión formada por un representante de cada una de las partes y un tercer miembro seleccionado de común acuerdo por las dos partes entre nacionales de un tercer país. Si dentro de un plazo de un mes las dos partes no llegaren a un acuerdo en cuanto a la designación del tercer miembro, cualquiera de las partes podrá solicitar al Secretario General de las Naciones Unidas que efectúe la designación.

2. La decisión de la mayoría de los miembros de la Comisión se tendrá por decisión de la Comisión, y las partes deberán aceptarla como definitiva y vinculante”⁵⁰.

83. La cuestión en disputa consistía en establecer si la disposición arriba mencionada, que facultaba al Secretario General a designar al “tercer miembro” de la Comisión, se aplicaba en un caso en que una de las partes originalmente se había rehusado a designar a su propio representante ante la Comisión. Se sostuvo que la expresión “tercer miembro” se utilizaba simplemente para distinguir al miembro neutral de los dos miembros de la Comisión designados por las partes, sin que ello implicara que el tercer miembro sólo pudiera ser designado cuando los otros miembros nacionales de la Comisión ya hubieran sido designados; también se sostuvo que el mero hecho de que las partes no hubieran seleccionado de común acuerdo al tercer miembro cumplía la condición requerida para la designación del tercer miembro por el Secretario General. La Corte rechazó estos argumentos sosteniendo lo siguiente:

“La Corte considera que el texto de los Tratados no admite esta interpretación [...].

[...] La potestad del Secretario General de designar a un tercer miembro emana exclusivamente del acuerdo de las partes, tal como se expresa en la cláusula sobre diferencias de los Tratados; por su propia naturaleza, una cláusula de ese género

⁵⁰ *Ibidem*, pág. 226. (Traducción del Tribunal).

debe ser interpretada en forma estricta y sólo puede aplicarse en el caso expresamente previsto en ella. El caso al que se refieren los Tratados es exclusivamente aquél en donde las partes no han podido ponerse de acuerdo sobre la selección de un tercer miembro, y en modo alguno se refiere al caso, mucho más grave, de la completa negativa a colaborar de una de ellas, que consista en rehusarse a su propio miembro en la Comisión. La potestad conferida al Secretario General para ayudar a las partes a superar la dificultad que experimentan para ponerse de acuerdo en un tercer miembro no puede extenderse a la situación que ahora existe”⁵¹.

84. La CIJ dijo que el principio expresado en la máxima *Ut res magis valeat quam pereat*, a la que suele hacerse referencia como regla de efectividad o eficacia, no podría justificar el que la Corte atribuyera a las disposiciones de resolución de diferencias contenidas en los Tratados de Paz un significado contrario a su letra y a su espíritu. La Corte expresó luego lo siguiente:

“Una cosa es que la maquinaria establecida para resolver diferencias falle en virtud de la imposibilidad práctica de crear la Comisión prevista en los Tratados; otra es la responsabilidad internacional. El incumplimiento de una obligación prevista en un tratado no puede corregirse creando una Comisión que no es el tipo de comisión prevista por los Tratados. La obligación de la Corte consiste en interpretar los Tratados; no en revisarlos”⁵².

Si ésta es la obligación de una corte internacional, la obligación de un tribunal del CIADI no es diferente.

85. El Profesor Christoph Schreuer prestó declaración oral ante el Tribunal como perito en derecho internacional propuesto por la Demandante. En el período de repreguntas se le preguntó si como profesor de Derecho Internacional Público realmente creía que dos Estados soberanos negociarían, suscribirían y ratificarían un Tratado Bilateral de Inversión sin preocuparse de considerar su contenido. Como la pregunta estaba expresada en esos términos, el Profesor contestó francamente lo siguiente:

“[...] muchas veces —de hecho, en la mayoría de las veces—, los TBI forman parte

⁵¹ *Ibidem*, pág. 227. (Traducción del Tribunal).

⁵² *Ibidem*, pág. 229. Esta conclusión fue reafirmada por la CIJ en una sentencia ulterior, del 27 de agosto de 1952, en *Case concerning Rights of Nationals of the United States of America in Morocco*, *ICJ Reports*, 1952, pág. 196. (Traducción del Tribunal).

de tratados que no se negocian adecuadamente. Los TBI frecuentemente son sacados de una gaveta, basándose a menudo en algún tipo de modelo, y se presentan en ocasión de visitas de Estado, cuando los Jefes de Estado tienen necesidad de algo que firmar, y los dos documentos que son candidatos típicos en una situación como ésta son los tratados bilaterales de inversiones y los tratados de cooperación cultural. En otros términos, muy a menudo no se negocian en ninguna medida: simplemente se ponen sobre la mesa, y he tenido ocasión de escuchar a varios representantes que efectivamente habían tomado parte activa en ese proceso de celebración de tratados, si así puede llamarse, que manifestaban: “No teníamos idea de que esto surtiría consecuencias reales en el mundo real.”⁵³

Luego se le preguntó con la siguiente pregunta:

P.: “¿Quiere usted decir que los Estados negocian cláusulas sin sentido? ¿Coincide conmigo?”

Como abogado internacional de renombre que es, el Profesor Schreuer respondió:

[...] a veces lo hacen, pero ello no significa que esos textos no deban tenerse en cuenta. Creo que, de todos modos, el texto del tratado debe tomarse en su tenor literal. No estoy recomendando clasificar las disposiciones de los tratados entre las que tienen sentido y las que carecen de sentido. La interpretación de los tratados debe partir del sentido ordinario de los términos, aunque no nos gusten [...]”. (Énfasis añadido).⁵⁴

86. Luego se le preguntó si la intención de las partes era un factor pertinente para la interpretación de tratados de acuerdo con la Convención de Viena, a lo que respondió:

“No. No. Sin duda que no. Si se examina el Artículo 31 y el Artículo 32 de la Convención de Viena, se verá que en ellos no se menciona nunca la intención de las partes, y ello por razones válidas. En Viena, en ese momento, estaban teniendo lugar prolongadas negociaciones sobre las modalidades de arbitraje de tratados (*sic*)⁵⁵, y había, esencialmente, dos escuelas de pensamiento...”. (Se le interrumpió, y luego reanudó su declaración).

“¿Puedo continuar? [...] La intención no es un concepto que utilice la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Ella se refiere al texto del tratado, más específicamente al sentido corriente dado a los términos del tratado o, para

⁵³ Declaración pericial de Christoph Schreuer, Transcripción de la Audiencia en inglés, 2do. día, 15 de octubre de 2007, pág. 144. (Traducción del Tribunal).

⁵⁴ *Ibidem*, pág. 145. (Traducción del Tribunal).

⁵⁵ *Ibidem*, pág. 145. (Traducción del Tribunal). Quizás el Profesor Schreuer quiso decir “modalidades de interpretación de tratados”, pero en la transcripción corregida subsiste el texto arriba indicado.

expresarlo de otro modo, la intención es pertinente en la medida en que esté expresada en las disposiciones del tratado; no en mayor ni menor medida". (Énfasis añadido).⁵⁶

El interrogador persistió:

P.: "Entonces, de la respuesta que acaba de darme infiero que usted cree que la intención de las partes no es relevante para la interpretación de un tratado".

R. (Profesor Schreuer): "No. No eso no es correcto. Como acabo de expresar, la intención es relevante en la medida en que se refleje en el texto de un tratado, pero no más allá de ello".

P.: "También creo que los representantes de los Estados no estarían muy de acuerdo con lo que usted acaba de decir, porque la intención de las partes, cuando firman un tratado, y cuando negocian un tratado, es pertinente para los Estados a los efectos de su interpretación; pero si esa es su posición, creo que usted la ha expuesto claramente".

R. (Profesor Schreuer): "Ésa no es mi posición. Eso es lo que dice el Artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y si se me permite decirlo, mi predecesor en la cátedra, en Viena, el Profesor Zemanek, solía reprobar a los alumnos que contestaban que la intención de las partes era significativa para la interpretación de los tratados".

EL PRESIDENTE: "¿Es la letra del tratado lo significativo?"

R. (Profesor Schreuer): "Sí".⁵⁷

87. Como afirmó el Profesor Schreuer, es la letra (el texto) del tratado lo que debe prevalecer. La "interpretación de los tratados", como él expresa acertadamente, "debe partir del sentido ordinario de las palabras, aunque no nos gusten [...]".
88. En las circunstancias del caso, el Tribunal sostiene que no hay lugar para ninguna presunta intención de las Partes Contratantes de un tratado bilateral, como base independiente de interpretación, porque ello abre la posibilidad de que un intérprete (en muchos casos, con la mejor de las intenciones) altere el texto del tratado para hacerlo coincidir mejor con lo que él (o ella) considere el "verdadero fin" del tratado.
89. Esa posibilidad no es imaginaria: se revela (ocasionalmente y muy subconscientemente) en

⁵⁶ *Ibidem*, pág. 146. (Traducción del Tribunal).

⁵⁷ *Ibidem*, pág. 147. (Traducción del Tribunal).

decisiones de algunos tribunales del CIADI. Así, por ejemplo:

- (a) en *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República Islámica de Pakistán*, un tribunal del CIADI declaró que los efectos de largo alcance emanados del texto del TBI que se consideraba debían ser “confirmados por pruebas claras y convincentes sobre la intención de los Estados Partes” (enfoque éste manifiestamente favorable al Estado),⁵⁸
- (b) y en *SGS Société Générale de Surveillance c. República de Filipinas*, un tribunal diferente del CIADI declaró que era legítimo resolver incertidumbres de interpretación de un TBI para favorecer la protección de inversiones cubiertas (enfoque éste manifiestamente favorable al inversor).⁵⁹

90. En un libro recientemente publicado⁶⁰, que contiene un artículo de M. Weiniger, los diferentes enfoques relativos a la interpretación de los tratados se encapsulan (en forma pintoresca) bajo el título “*Jurisdiction Challenges in BIT Arbitrations – Do you read a BIT by Reading a BIT or by Reading into a BIT*” (Desafíos en materia de jurisdicción en arbitrajes de TBI:  Se lee un TBI leyendo un TBI o leyendo dentro de él).

91. El Profesor M. Koskenniemi, jurista internacional y ex diplomático, lo resumió todo en una frase: el proceso judicial de interpretación de tratados (expresó) en algunos casos “tiende a crear sentido, en lugar de descubrirlo”⁶¹.

2.  Qu  principios rigen las cláusulas de nación más favorecida en los tratados bilaterales? Dificultades en su aplicación en casos individuales

92. Si los principios generales de interpretación de tratados, aun después de su codificación, en

⁵⁸ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República Islámica de Pakistán* (Caso CIADI No. ARB/01/13), Decisión de jurisdicción del 6 de agosto de 2003 (8 ICSID Rep. 383, págs. 442-443).

⁵⁹ *SGS Société Générale de Surveillance c. República de Filipinas* (Caso CIADI No. ARB/02/6), Decisión de jurisdicción del 29 de enero de 2004 (8 ICSID Rep. 515, página 550).

⁶⁰ M. Weiniger, “*Pervasive Problems in International Arbitration*”, 2006, editado por L.A. Mistelis y J. Lew.

⁶¹ Prof. M. Koskenniemi, “*From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*”, Universidad de Helsinki, 1989, pág. 415. (“*Koskenniemi*”).

1969, por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, siguen presentando dificultades en su aplicación en casos individuales, en la esfera del “derecho” (aún no codificado) relativo a las cláusulas de la NMF hay más dificultades y problemas de ese género. Esto se debe en gran medida a que el “derecho” sobre las cláusulas de la NMF se encuentra, en parte, en un estadio incipiente de desarrollo, siendo por eso que diferentes tribunales *ad hoc* dan respuestas tan divergentes a diferentes cláusulas de la NMF (e incluso a veces a la cláusula de la NMF con redacción similar) contenidas en tratados bilaterales de inversiones.

93. Cuando la Asamblea de la Liga de las Naciones, en septiembre de 1924, aprobó una resolución tendiente a la “codificación progresiva del Derecho internacional” y designó a un Subcomité para que considerara “si [era] posible, y en qué medida, llegar a un acuerdo internacional respecto de los medios principales de determinar e interpretar los efectos de la cláusula de la nación más favorecida en los tratados”, el informe del Subcomité no fue concluyente⁶². En él se expresó que sencillamente no era posible llegar a un acuerdo internacional referente a los principales mecanismos de determinación e interpretación de los efectos de las cláusulas de nación más favorecida contenidas en tratados. La mayoría de los miembros del Comité dieron una respuesta negativa a la pregunta original planteada al Subcomité: “No parece necesario ni conveniente tratar de elaborar disposiciones especiales, aún cuando ello fuera posible”⁶³. La mayoría tampoco se mostró convencida de la necesidad de contar con reglas sustanciales de interpretación en relación con la cláusula de la nación más favorecida: “Las normas comunes de interpretación judicial parecen adecuadas y más convenientes”⁶⁴. El Comité de Expertos de la Liga concluyó que “la regulación internacional de estas cuestiones por medio de un convenio general, aunque fuera conveniente, tropezaría con graves obstáculos”, y no incluyó el tema de la cláusula de la nación más favorecida en la lista de los temas que recomendaba codificar⁶⁵.

⁶² Endre Ustor (Relator Especial de la CDI), Documento A/CN.4/ 213 del 18 de abril de 1969, párrafo 79, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1969, vol. II, pág. 179. Fue el primer informe escrito sobre la cláusula de nación más favorecida.

⁶³ *Ibidem*, párrafo 90.

⁶⁴ *Ibidem*, párrafo 92.

⁶⁵ *Ibidem*, párrafo 97.

94. Sin embargo, 20 años después, en un memorando (1949) del Secretario General de las Naciones Unidas titulado “*Survey of International Law in relation to the work of codification of the International Law Commission*”, se estableció:

“Las interpretaciones divergentes de la cláusula de la nación más favorecida siguen causando dificultades, y puede ser necesario reconsiderar la opinión expresada por el Comité de Expertos de la Liga de las Naciones, según el cual la mejor manera de tratar el tema, que se analiza en detalle sobre la base de un minucioso informe, puede consistir en celebrar acuerdos bilaterales”.⁶⁶ (Traducción del Tribunal).

95. Fue durante ese período —entre la primera y la segunda guerras mundiales— que algunos juristas y autores académicos, perplejos en cuanto al alcance y al ámbito de aplicación de la cláusula de la NMF, se inclinaron por la opinión de que ella representaba una excepción al *dictum* “*pacta tertiis nec nocent nec prosunt*”, es decir, que los tratados sólo pueden producir efectos entre las Partes Contratantes, al parecer pasando por alto la incongruencia inherente a esa opinión ¡de que un tratado entre dos Estados generara un título jurídico directo en beneficio de un tercer Estado (beneficiario de la cláusula de la nación más favorecida) que no había participado en la creación de ese tratado!⁶⁷

96. Fue sólo después de la finalización de la segunda guerra mundial que la Corte Internacional de Justicia formuló algunos comentarios sobre el efecto y el funcionamiento de la cláusula de la NMF en tratados bilaterales, en tres casos: *Anglo-Iranian Oil Company Case (Jurisdiction)* [1952]⁶⁸, *Case concerning Rights of Nationals of the United States of America in Morocco* [1952]⁶⁹, y *Ambatielos Case (Merits: Obligation to Arbitrate)* [1953]⁷⁰. Hubo también un cuarto caso, no de la CIJ, sino el resuelto por un laudo de una Comisión

⁶⁶ Naciones Unidas, Memorando presentado por el Secretario General, “*Survey of International Law in Relation to the Work of Codification of the International Law Commission*”, extracto del libro de la CDI, 1949. Documento A/CN.4/1/Rev.1, párrafo 91, Publicaciones de las Naciones Unidas, 1948, vol. 1, págs. 52-53. (Traducción del Tribunal).

⁶⁷ Véase Endre Ustor, Segundo Informe sobre la cláusula de nación más favorecida, *Yearbook of the International Law Commission*, 1970, vol. II, pág. 204, Documento A.CN.4/228 y Add. 1, 9 de marzo y 18 de mayo de 1970, párrafos 25 y 26. (“Segundo Informe CNMF”).

⁶⁸ *Anglo-Iranian Oil Company Case, (Gran Bretaña c. Irán)*, Fallo del 22 de julio de 1952, *ICJ Reports*, 1952, pág. 93. (“Anglo-Iranian”).

⁶⁹ *Case concerning Rights of Nationals of the United States of America in Morocco, (Francia c. Estados Unidos de América)*, Fallo del 27 de agosto de 1952, *ICJ Reports*, 1952, pág. 176.

⁷⁰ *Ambatielos Case (Grecia c. Reino Unido), Merits: Obligation to Arbitrate*, Fallo del 19 de mayo de 1953, *ICJ Reports*, 1953. (“Ambatielos I”).

(Internacional) de Arbitraje (1956)⁷¹, que ha dado en conocerse como caso *Ambatielos II*.

97. La decisión de la CIJ en el caso *Anglo-Iranian Oil Company*⁷² influyó sobre la evolución teórica ulterior. En ella se afirmó con autoridad (en contraposición con el pensamiento jurídico de entonces) que la regla de que los tratados sólo producían efectos entre los Estados contratantes se aplicaba también a tratados que contenían cláusulas de la NMF. La Corte manifestó que “un tratado con un tercero, independiente del tratado básico y aislado del mismo, no puede producir ningún efecto jurídico” entre las Partes Contratantes del tratado básico. En el segundo caso —*Case concerning Rights of Nationals of the USA in Morocco (1952)*—, la Corte (CIJ) se limitó a reafirmar la opinión generalmente aceptada de que la cláusula de la nación más favorecida representaba el principio de igualdad de trato en el campo del comercio exterior.
98. En el tercer caso, *Ambatielos 1953 (Grecia c. Gran Bretaña)*, la Corte, por mayoría (10:4), declaró que no tenía competencia para pronunciarse sobre el fondo de la reclamación planteada por el Gobierno griego en nombre de su nacional (el Sr. Ambatielos) contra el Gobierno del Reino Unido por incumplimiento de un contrato de venta de nueve barcos en las fechas acordadas, pero que tenía competencia para decidir (como en efecto lo hizo) que el Reino Unido (contra el que se formulaba la reclamación) estaba obligado a someter a arbitraje la diferencia por incumplimiento de contrato⁷³. El Gobierno griego había sostenido ante la Corte Internacional de Justicia que su nacional, el Sr. Ambatielos, no había recibido del Gobierno del Reino Unido el trato al que tenían derecho los nacionales griegos conforme a lo previsto por el Artículo X⁷⁴ (y por el párrafo 3 del Artículo XV⁷⁵) del Tratado del 10 de

⁷¹ *Ambatielos Case (Grecia c. Reino Unido)*, Laudo del 6 de marzo de 1956, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XII, 1963, pág. 87. (“*Ambatielos II*”).

⁷² *Anglo-Iranian*, pág. 109.

⁷³ *Ambatielos I*, pág. 23.

⁷⁴ Tratado del 10 de noviembre de 1886 entre Grecia y el Reino Unido, Artículo X - Las Partes Contratantes convienen que en todos los asuntos relativos al comercio y a la navegación, cualquier privilegio, favor o inmunidad, del género que fuere, que cualquiera de las dos Partes Contratantes haya otorgado efectivamente o llegue a otorgar a los súbditos o ciudadanos de cualquier otro Estado se extenderán inmediata e incondicionalmente a los súbditos o ciudadanos de la otra Parte Contratante, siendo su intención que cada una de las Partes ponga al comercio y a la navegación de la otra Parte, en todos sus aspectos, en pie de igualdad con la nación más favorecida. (Traducción del Tribunal).

⁷⁵ *Ibidem*, Artículo XV - párrafo 3. Los súbditos de cada una de las dos Partes Contratantes tendrán libre acceso a los tribunales de justicia en los dominios y posesiones de la otra para promover y defender sus derechos, sin otras condiciones, restricciones o tributos que los impuestos a los súbditos nativos, y al igual que ellos, podrán libremente

noviembre de 1886 (entre Grecia y el Reino Unido). El Gobierno griego sostuvo también que, en virtud de la cláusula de la nación más favorecida contenida en el Artículo X, tenía asimismo derecho a reclamar para sus nacionales un trato congruente con los principios de “Justicia, Derecho y Equidad”, trato que había sido asegurado por el Reino Unido a nacionales de otros Estados en virtud de tratados independientes celebrados por el Reino Unido con esos otros Estados.

99. En *Ambatielos (Ambatielos I)*⁷⁶, la mayoría de la Corte sostuvo que el Reino Unido estaba obligado a colaborar con Grecia en la constitución de una Comisión de Arbitraje “conforme al Protocolo de 1886⁷⁷, según lo previsto en la Declaración de 1926⁷⁸. La mayoría (de diez miembros) de la Corte, se abstuvo, sin embargo, de pronunciarse sobre el alcance y la aplicabilidad de la cláusula de la nación más favorecida que invocaba el Gobierno griego⁷⁹.
100. Sin embargo, en una opinión disidente conjunta (del entonces Presidente de la Corte Sir Arnold McNair y los jueces Basdevant, Klaestad y Read), los cuatro jueces interpretaron el

contratar, en todas las causas, los servicios de sus defensores, abogados, o agentes, entre las personas admitidas para el ejercicio de esas profesiones conforme a la legislación del país. (Traducción del Tribunal).

⁷⁶ Así denominado para distinguirlo del segundo caso *Ambatielos (Ambatielos II)*, decidido a través del laudo de la Comisión de Arbitraje.

⁷⁷ El Protocolo de 1886 al que se hace referencia en la Declaración de 1926, contiene, *inter alia*, la siguiente disposición: “Cualquier controversia a que dé lugar la interpretación o ejecución del presente tratado o las consecuencias de cualquier violación del mismo se someterá, previo agotamiento de los medios de arreglo directo de las mismas mediante acuerdos amistosos, a la decisión de Comisiones de Arbitraje, y el resultado de tal arbitraje será vinculante para ambos Gobiernos”. (Traducción del Tribunal).

⁷⁸ *Ambatielos I*, “Se entiende claramente que el Tratado de Comercio y Navegación entre Gran Bretaña y Grecia de la fecha no va en detrimento de las reclamaciones formuladas en nombre de personas privadas basadas en las disposiciones del Tratado Comercial Anglo-Griego de 1886, y que toda diferencia que pueda surgir entre nuestros dos Gobiernos en cuanto a la validez de esas reclamaciones será sometida, a solicitud de cualquiera de los dos Gobiernos, a arbitraje realizado conforme a las disposiciones del Protocolo del 10 de noviembre de 1886, que dicho tratado lleva anexo”.

⁷⁹ Véase Endre Ustor, “Segundo Informe CNMF”, pág. 209, donde se establece:

“61. En el curso de las actuaciones seguidas ante la Corte Internacional de Justicia (en el caso *Ambatielos*), las Partes hicieron referencia a la cláusula de nación más favorecida incluida en el Tratado Comercial de 1886 y a una cláusula sobre trato nacional del mismo tratado que concede “libre acceso a los tribunales de justicia”. Las Partes expresaron opiniones ampliamente diferentes en cuanto al alcance y al efecto de la cláusula de nación más favorecida y al significado de la expresión “libre acceso a los tribunales de justicia”.

62. La Corte misma (es decir, su mayoría) no se pronunció sobre los aspectos sustanciales de la diferencia. Por lo tanto, en su sentencia no se encontrará un análisis de las cuestiones sustanciales, que arrojaría luz sobre los problemas vinculados con la aplicación de una cláusula de nación más favorecida. Esos problemas se consideran en mayor detalle en las manifestaciones escritas y orales de las Partes y en la opinión disidente conjunta de cuatro miembros de la Corte: el juez McNair, entonces Presidente de la Corte, y los jueces Basdevant, Klaestad y Read.” (Traducción del Tribunal).

Artículo X del Tratado de 1886 (que contenía una cláusula de la nación más favorecida) manifestando:

“A esta altura nos encontramos con el Artículo X del Tratado de 1886, que ha sido invocado por el Gobierno helénico. Ese artículo contiene una cláusula de la nación más favorecida que, a su juicio, entraña determinadas referencias a los requisitos de una adecuada administración de justicia. Sin embargo, habida cuenta de su contenido, el Artículo X sólo promete el trato de nación más favorecida en asuntos de comercio y navegación; no contiene disposición alguna sobre administración de justicia; en todo el Tratado, la cuestión sólo es objeto de una disposición, de alcance limitado: el párrafo 3 del Artículo XV, referente al libre acceso a los tribunales, y ese artículo no contiene referencia alguna al trato de nación más favorecida. La cláusula de la nación más favorecida contenida en el Artículo X no puede hacerse extensiva a asuntos distintos de aquéllos en relación con los cuales se ha estipulado. No creemos posible basar en una interpretación extensiva de esta cláusula la obligación con respecto a la cual se ha solicitado a la Corte que se pronuncie”⁸⁰. (Énfasis añadido). (Traducción del Tribunal).

101. Por lo tanto, con respecto a la cuestión de si la administración de justicia pertenece al *genus* “comercio y navegación”, los Jueces (basándose en la regla *ejusdem generis*) rehusaron dar una interpretación extensiva a la cláusula de la NMF⁸¹, pese a los términos “todos los asuntos relativos al [...]”, que aparece antes de la frase “comercio y navegación”. Sir Gerald Fitzmaurice —uno de los más destacados exponentes del derecho internacional (quien además fue durante muchos años Juez de la CIJ)— ha coincidido con esta opinión disidente; señaló que, en relación con la pregunta de si la administración de justicia pertenecía al *genus* “asuntos de comercio y navegación”, revestía suma importancia la última oración de la parte de la opinión disidente conjunta arriba citada (a saber, “no creemos posible basar en una interpretación extensiva de esa cláusula la obligación con respecto a la cual se ha solicitado a la Corte que se pronuncie”). A continuación, Sir Gerald Fitzmaurice señaló:

⁸⁰ *Ambatielos I*, Opinión disidente de Sir Arnold McNair, Presidente, y de los Jueces Basdevant, Klaestad y Read, *ICJ Reports*, 1953, pág. 34.

⁸¹ Por razones prácticas, es esencial tener en cuenta el alcance preciso de cada cláusula de la NMF, ya que el trato de NMF sólo puede reclamarse con respecto a beneficios *ejusdem generis* otorgados por el promitente al tercer Estado; una aplicación interesante de este principio fue mencionada por el Profesor George Schwarzenberger, en un artículo del *British Yearbook on International Law 1945* (“*The Most-Favoured-Nation Standard in British State Practice*”, párrafo 96, pág. 108, nota a pie de página No. 6). Es la decisión del Árbitro de la Comisión Mixta de Reclamaciones Británico-Venezolana en el caso *The Aroa Mines*, enmarcado en el Protocolo del 13 de febrero de 1903. El Árbitro concluyó que la cláusula de la NMF pertinente que invocaba Gran Bretaña y que se extendía a la administración de justicia sólo se aplicaba a derechos promovidos ante tribunales nacionales pero no, como lo había sostenido Gran Bretaña, a los procedimientos de la Comisión Mixta de Reclamaciones: una interpretación restrictiva de una cláusula de la NMF.

“El efecto del proceso de la nación más favorecida consiste en utilizar las disposiciones de un tratado para atraer a las de otro tratado. A menos que este proceso se limite estrictamente a casos en que exista identidad sustancial entre el objeto de los dos conjuntos de cláusulas de que se trate, el resultado, en algunos casos, puede consistir en que disposiciones que no estén de por sí sujetas a la obligación de arbitraje obligatorio en caso de diferencia pasen a estarlo en virtud de ser atraídas, por incorporación teórica, a otro tratado que sí contenga una cláusula de ese tipo. De este modo, los Estados pueden encontrarse obligados a someter a arbitraje ciertos casos que nunca habían previsto someter (ni normalmente habrían acordado someter) a arbitraje”⁸².

102. En *Ambatielos I*, la opinión disidente conjunta también contenía el siguiente párrafo, en donde se destaca otro importante aspecto de una cláusula de jurisdicción contenida en un tratado:

“[...] es necesario no perder de vista el hecho de que, en este caso, la Corte debe decidir, basándose en el sentido que ha de atribuirse a la cláusula de libre acceso, cuál es el alcance de la obligación de someter a arbitraje que emana de la Declaración de 1926. Teniendo ante nosotros dos interpretaciones del párrafo 3 del Artículo XV, no podemos acoger la que haría aplicable esa obligación a la presentación de pruebas y, por lo tanto, ampliaría la obligación de someter la diferencia a arbitraje. Es especialmente difícil aceptar una interpretación extensiva de una obligación de un Estado de someter un asunto a arbitraje. En el caso *Phosphates in Morocco*, la Corte Permanente declaró que una cláusula de jurisdicción no debe interpretarse en modo alguno en forma tal que rebase la intención de los Estados que lo hayan suscrito [...]”⁸³ (Énfasis añadido). (Traducción del Tribunal).

103. Como resultado de la decisión de la mayoría de la CIJ, posteriormente se creó una Comisión de Arbitraje en virtud de un acuerdo celebrado por el Gobierno del Reino Unido e Irlanda del Norte y el Gobierno de Grecia (en febrero de 1955). En su laudo del 6 de marzo de 1956 (*Ambatielos II*), la Comisión, integrada por cinco miembros, acogió desde el comienzo mismo la regla *ejusdem generis*, sosteniendo que “*la cláusula de la nación más favorecida sólo puede atraer asuntos que pertenezcan a la misma categoría de asuntos que aquélla a la que se refiera la cláusula misma*”. (Traducción del Tribunal). Como el Gobierno de Grecia

⁸² G. Fitzmaurice, *The Law and Procedure*, Cambridge Grotius Publications, 1986, vol. I, pág. 325, nota a pie de página No. 3.

⁸³ *Ambatielos I*, Opinión disidente, *ICJ Reports*, 1953, pág. 33, donde se hace referencia al caso *Phosphates in Morocco (Italia c. Francia)*. En el caso *Phosphates in Morocco (Italia c. Francia)*, 1938, la CPJI observó que era recomendable, en caso de duda, dar una interpretación restrictiva a una cláusula de un tratado, porque tal cláusula “no debe interpretarse en modo alguno en forma tal que rebase la intención de los Estados que lo hayan suscrito”, CPJI, Ser. A/B No. 74, 1938, pág. 14.

se había basado en la cláusula de la nación más favorecida contenida en el Artículo X del Tratado de 1886 y había invocado disposiciones de tratados anteriores entre el Reino Unido y terceros Estados (Dinamarca, Suecia y Bolivia), que establecían que las Partes concederían un trato justo y equitativo a los súbditos y personas del otro Estado, la Comisión de Arbitraje abordó la cuestión de si la “administración de justicia” pertenecía al *genus* de los asuntos pertenecientes “a comercio y navegación”. En una interpretación del Artículo X del Tratado de 1886, la Comisión declaró su opinión (diferente de la expresada por los cuatro Jueces disidentes de la CIJ en el caso *Ambatielos I*), y manifestó:

“En el Tratado de 1886, el campo de aplicación de la cláusula de la nación más favorecida se definió como incluyente de “todos los asuntos relativos al comercio y a la navegación”. Parecería que esta expresión no tiene de por sí un sentido estrictamente definido. La diversidad de disposiciones contenidas en tratados de comercio y navegación prueba que, en la práctica, el sentido dado a la misma es bastante flexible. Por ejemplo, correspondería señalar que la mayoría de estos tratados contienen disposiciones referentes a administración de justicia. Es lo que ocurre, en especial, en el párrafo 3 del Artículo XV del propio Tratado de 1886, que garantiza a los súbditos de las dos Partes Contratantes “libre acceso a los tribunales de justicia para promover y defender sus derechos”. Esto también es lo que sucede en relación con los otros tratados a los que hace referencia el Gobierno griego en relación con la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida.

Es cierto que “la administración de justicia”, examinada aisladamente, representa un asunto distinto del “comercio y la navegación”, pero ello no ocurre necesariamente cuando se examina en relación con la protección de los derechos de los comerciantes. La protección de los derechos de los comerciantes que naturalmente está comprendida dentro de las cuestiones sobre las que versan los tratados de comercio y navegación.

Por lo tanto, no puede afirmarse que la administración de justicia, en cuanto guarda relación con la protección de estos derechos, deba necesariamente excluirse del ámbito de aplicación de la cláusula de la nación más favorecida, cuando esta última comprende “todos los asuntos relativos al comercio y a la navegación”. La cuestión sólo puede determinarse conforme a la intención de las Partes Contratantes, tal como se deduzca de una interpretación razonable del Tratado.

Aunque la redacción del Artículo X no proporciona una orientación clara y decisiva a ese respecto, la Comisión opina que es difícil reconciliar la interpretación estrecha presentada por el Gobierno del Reino Unido con las orientaciones que da el texto, en especial en la última parte de la oración, “siendo su intención (la de las Partes Contratantes) que cada una de las Partes ponga al comercio y a la navegación de la otra Parte en pie de igualdad en todos los aspectos con la nación más favorecida”⁸⁴. (Énfasis añadido). (Traducción del Tribunal).

⁸⁴ *Ambatielos II*, pág. 107.

104. Habiendo así determinado el sentido de la cláusula de la nación más favorecida contenida en el Artículo X del Tratado de 1886, la Comisión abordó la cuestión de si esa cláusula efectivamente había suscitado los resultados que el Gobierno griego creía que debía provocar a la luz de diversos tratados concluidos por el Reino Unido con otros Estados. La conclusión de la Comisión sobre este punto fue la siguiente:

“La Comisión opina, por lo tanto, que las disposiciones contenidas en otros tratados invocados por el Gobierno griego no confieren “privilegios, favores o inmunidades” más amplios que los resultantes del referido Artículo XV, y que, en consecuencia, la cláusula de la nación más favorecida contenida en el Artículo X no guarda relación con la presente diferencia. En vista de esta decisión con respecto a la interpretación que corresponde dar al Artículo X, la Comisión cree innecesario considerar expresamente la cuestión de si se ha probado alguna de las 11 aseveraciones de hecho que, según se alega, constituyen, en conjunto, un incumplimiento del Artículo X”⁸⁵. (Énfasis añadido). (Traducción del Tribunal).

105. Las observaciones de la Comisión sobre la interpretación del Artículo X del Tratado de 1886 han sido invocadas en decisiones del CIADI y de otros tribunales, y han influido sobre ellas, por ejemplo: (1) en *Maffezini c. España*, Decisión de jurisdicción del 25 de enero de 2000, en donde la cláusula de la nación más favorecida tenía el texto siguiente: “En todas las materias regidas por el presente Acuerdo [...]”, el Tribunal citó la opinión de la Comisión (Internacional), sosteniendo que el alcance de la regla ejusdem generis había sido definido (en el caso *Ambatielos II*) “en términos amplios”⁸⁶; (2) *Gas Natural c. Argentina*, Decisión de jurisdicción del 17 de junio de 2005, en que la cláusula de la nación más favorecida tenía el texto siguiente: “En todas las materias regidas por el presente Acuerdo [...]”⁸⁷; (3) *Suez-InterAguas c. Argentina* (conocido como *Suez-InterAguas*), Decisión de jurisdicción del 16 de mayo de 2006, en donde la cláusula de la nación más favorecida tenía el texto siguiente: “En todas las materias regidas por el presente Acuerdo [...]”⁸⁸; (4) *Suez-Vivendi c. Argentina* (conocido como *Suez-AWG*), Decisión de jurisdicción del 3 de agosto de 2006, en que

⁸⁵ *Ibidem*, pág. 110.

⁸⁶ *Maffezini c. España*, párrafo 49.

⁸⁷ *Gas Natural SDG, S.A. c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/03/10), Decisión del Tribunal sobre preguntas preliminares sobre jurisdicción del 17 de junio de 2005, párrafo 26. (“*Gas Natural c. Argentina*”).

⁸⁸ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/03/17), Decisión sobre jurisdicción del 16 de mayo de 2006, párrafo 55. (“*Suez-InterAgua c. Argentina*”).

había tres TBI (entre Argentina y Francia, entre Argentina y España, y entre Argentina y el Reino Unido), cada uno con una redacción distinta, y fue sólo en el TBI Argentina-España que la cláusula de la nación más favorecida contenía la expresión “En todas las materias regidas por el presente Acuerdo”⁸⁹. En *Suez-AWG*, el Tribunal declaró (en el párrafo 66) que no compartía la opinión del tribunal que había entendido en el caso Plama (8 de febrero de 2005), de que una cláusula de arbitraje debe ser “clara e inequívoca”, aunque esté incorporada por vía de referencia en otro texto, y (5) *Vladimir Berschader c. Federación de Rusia* (laudo del 21 de abril de 2006 recaído en el Caso No. 080/2004), en que la cláusula de la nación más favorecida tenía el texto siguiente: “En todas las materias regidas por el presente Tratado y, en particular, en los Artículos 4, 5, 6 [...]”⁹⁰. Sin embargo, en el último de los casos citados, pese a la amplitud del texto de la cláusula, la mayoría de los miembros del tribunal (2:1) sostuvo que los términos usados (“en todas las materias regidas por el presente Tratado”) no eran suficientemente “claros e inequívocos”. La mayoría declaró que ni aún una cláusula así redactada cubriría la disposición del tratado sobre resolución de diferencias!

106. Reanudemos ahora la reseña histórica de la cláusula de la nación más favorecida. Fue en el año 1967, en el vigésimo primer período de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que se recomendó que la Comisión de Derecho Internacional (“CDI”) estudiara la cláusula de la nación más favorecida como un aspecto del derecho general de los tratados. En consecuencia, la CDI decidió incluir en su programa de trabajo el tema “Cláusulas de nación más favorecida en el derecho de los tratados”. Once años después, al finalizar ese programa —en el curso del cual se realizó asimismo un profundo estudio sobre los tres casos rectores de la CIJ⁹¹ y sobre la decisión a la que llegó la Comisión en el caso

⁸⁹ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/03/19) y *AWG Group Ltd.* (Caso CNUDMI), Decisión sobre jurisdicción del 3 de agosto de 2006, párrafo 55. (“*Suez-AWG c. Argentina*”).

⁹⁰ *Vladimir Berschader c. Federación de Rusia* (Caso No. 080/2004), Laudo del 21 de abril de 2006. (“*Vladimir c. Federación de Rusia*”).

⁹¹ La razón por la que se consideraba recomendable y necesario estudiar los tres casos fue expuesta por el autor francés, C. Rossillion, *Journal du droit International*, París, vol. 82, No. 1, pág. 77, en los términos siguientes: “*Las decisiones de la Corte Internacional de Justicia constituyen la fuente de una jurisprudencia internacional sobre casos que han dado lugar a graves dificultades en el pasado y que tienen que ver con la teoría general de la cláusula; la solución hallada para las dificultades que ellos plantean debe por lo tanto especificarse, pues no se limita a los casos que resuelven*”. (Traducción del Tribunal).

Ambatielos—, en su reunión del 20 de julio de 1978, la Comisión de Derecho Internacional adoptó un Proyecto de Artículos (con comentarios), acompañado por una recomendación dirigida a la Asamblea General de las Naciones Unidas de que dicho texto fuera adoptado por los Estados miembros.

107. Aunque se dio al Proyecto de Artículos un formato que pudiera servir de base para la conclusión de una Convención si así lo decidía la Asamblea General, el proceso para una Convención todavía no se ha iniciado. Aún no existen normas generales codificadas de derecho internacional sobre cláusulas de la nación más favorecida contenidas en tratados bilaterales. Transcurridos más de 25 años, el Proyecto de Artículos sobre la cláusula de la nación más favorecida (con comentarios), de la CDI, se percibe como una guía para quienes asumen la responsabilidad de interpretar una cláusula de la nación más favorecida contenida en tratados bilaterales de inversiones entre Estados contratantes.

SÉPTIMA PARTE

VII. ARGUMENTOS Y AFIRMACIONES DE LAS PARTES SOBRE LA PRIMERA PARTE DE LA PRIMERA EXCEPCIÓN PRELIMINAR A LA JURISDICCIÓN PLANTEADA POR ARGENTINA: LA CUESTIÓN DEL CUMPLIMIENTO DEL ART. 10(2) DEL TBI ARGENTINA-ALEMANIA ANTES DE LA INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE ARBITRAJE

1. Argumentos y afirmaciones de la Demandada

a) En su memorial sobre las excepciones a la jurisdicción

108. A continuación se resumen los argumentos y afirmaciones que respaldan la primera parte de la primera excepción de Argentina a la jurisdicción contenidos en su Memorial sobre jurisdicción:

- (1) Esta admitido que la Demandante no cumplió los requisitos establecidos en el párrafo 2 del Artículo 10 del TBI. Argentina y Alemania habían acordado que cualquier diferencia que la Demandante, Wintershall (en su calidad de Inversor), llegara a tener con Argentina debía ser sometida primero a los tribunales competentes de Argentina y que, sólo si 18 meses después no hubiera recaído una decisión sobre el fondo de la diferencia, tal diferencia podía ser sometida (luego de un período adicional de tres meses) a un tribunal arbitral internacional (Artículo 10(4)). La cláusula en que se establece un plazo de 18 meses constituía una oportunidad concreta para que los tribunales de cada Estado parte aplicaran y confirmaran el derecho internacional otorgando, si correspondía, un remedio apropiado. Dado que Argentina y Alemania habían acordado que las diferencias se sometieran, durante determinado período, a los tribunales locales, un tribunal de arbitraje no podía, bajo ningún concepto, pasar por alto ese requisito establecido por las partes; ni siquiera en base a la causa alegada de que la judicatura argentina no estaba en condiciones de dictar una decisión sobre el fondo dentro de tal plazo. Además, se citó jurisprudencia para demostrar que la judicatura argentina podía pronunciarse (y se había pronunciado) sobre el fondo de diferencias dentro de un plazo de 18 meses (se mencionaron diversos casos⁹²; párrafo 12 del Memorial de Argentina sobre las excepciones a la jurisdicción).

⁹² Véase Memorial de excepciones a la jurisdicción de Argentina del 12 de junio de 2006, párrafo 12, p. 5. Por ejemplo, caso CSJN, *Dromi, José R. (Ministro de Obras y Servicios Públicos de la Nación) s/avocación en autos Fontela, Moisés E. v. Gobierno Nacional*, 13 de julio de 1990, Jurisprudencia Argentina, 1990-IV, p. 468 (AL RA 1). Los tribunales argentinos se han pronunciado sobre medidas como las referidas en la Solicitud de Arbitraje, y en muchos casos se han dictado decisiones sobre el fondo en plazos menores que un año (por ejemplo, Juzgado Federal en lo Contencioso Administrativo No. 4, *BBVA Banco Francés S.A. c. Estado Nacional – Ministerio de Economía*, 5 de febrero de 2002 (AL RA 2); Cámara Civil y Comercial de San Isidro, Sala II, *Inversiones Yatay S.A. c. Ferreyra, Ramón A.*, 10 de julio de 2002, La Ley, noviembre de 2002, p. 141 (AL RA 3); entre muchos otros. La iniciación de procedimientos

- (2) Toda interpretación de un tratado debe hacerse en función del principio del *effet utile* de cada una de sus disposiciones. Si el TBI Argentina-Alemania se interpretara como pretende Wintershall, contendría palabras superfluas e inútiles (párrafo 29 del Memorial de Argentina sobre las excepciones a la jurisdicción).
- (3) Antes de que entrase en vigor el TBI Argentina-Alemania, la República Argentina y la República de Alemania habían celebrado, separadamente, tratados de inversión (con otros Estados) en los cuales no se exigía que el inversor reclamase primero y durante cierto plazo ante los tribunales competentes de la parte contratante en cuyo territorio se hubiera realizado la inversión. Por ejemplo, en el TBI Argentina-Suecia (Artículo VIII) no se incluyó el requisito de someter las diferencias relativas a una inversión a los tribunales locales durante un período de no menos de 18 meses. El TBI Argentina-Suecia entró en vigencia el 28 de septiembre de 1992, un año antes que el TBI Argentina-Alemania. En forma análoga, el Acuerdo celebrado entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República Francesa para la Promoción y la Protección Recíproca de las Inversiones entró en vigencia el 3 de marzo de 1993, y el TBI Alemania-Bolivia el 9 de noviembre de 1990, tres años antes que el TBI Argentina-Alemania; ni en el Acuerdo ni en el Tratado se estableció el requisito de recurrir primero a los tribunales locales. De ese modo, si se admitiera la interpretación de la Demandante, las palabras del Artículo 10 del TBI Argentina-Alemania no tendrían *effet utile* alguno y serían, por lo tanto, superfluas. ¿Por qué habrían acordado Alemania y Argentina incluir los párrafos (1) y (2) del Artículo 10 del TBI Argentina-Alemania si desde la entrada en vigencia de ese Tratado un inversor de Alemania podía negarse de inmediato a cumplir con tales disposiciones invocando el TBI Argentina-Suecia, y un inversor argentino en Alemania podía no cumplir el Artículo 10(2) invocando directamente el TBI Alemania-Bolivia? Evidentemente, cuando Argentina y Alemania negociaron esta disposición —el Artículo 10(2)—, lo hicieron con la intención de que tuviese algún efecto y éste no puede ser otro que la carga de someter la diferencia a la judicatura nacional antes de formular cualquier reclamación internacional. De este modo se daba a los órganos judiciales del Estado receptor de la inversión y al inversor la posibilidad de resolver la diferencia sin recurrir al arbitraje internacional. Sólo una interpretación conforme al principio interpretativo del *effet utile* daría validez y efecto plenos a todas las cláusulas del TBI (Memorial de Argentina sobre las excepciones a la jurisdicción, párrafos 32 al 37).

b) Escrito posterior a la audiencia de la Demandada fechado 30 de octubre de 2007

109.1 En su escrito posterior a la audiencia, la Demandada manifestó:

relacionados con la observancia de derechos constitucionales (como los procedimientos de amparo) estaba exenta del pago de tasas de justicia.

- (1) Que la Demandante no había cumplido los requisitos establecidos en el Artículo 10 del TBI y que la reclamación debía desestimarse (Escrito posterior a la audiencia de la Demandada, párrafos 8 y 27);
- (2) Que, alternativamente, debía suspenderse el procedimiento hasta que la Demandante cumpliera el requisito establecido en el Artículo 10 del TBI (Escrito posterior a la audiencia de la Demandada, párrafo 8 de la página 3 y párrafo 27);
- (3) Que la cláusula que establecía el plazo de 18 meses no era un mero requisito ritual ni una condición inútil (Escrito posterior a la audiencia de la Demandada, párrafo 8 de la página 3 y párrafo 27 de la página 10);
- (4) Por consiguiente, se sostuvo que la Demandante debía cumplir todos los requisitos establecidos en el TBI Argentina-Alemania. De conformidad con el Artículo 10 del Tratado, para que una diferencia pueda ser dirimida mediante arbitraje internacional, es necesario someterla previamente a los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se haya realizado la inversión. Por lo tanto, para instituir el procedimiento de arbitraje, el inversor debe cumplir esta condición. La consecuencia directa del incumplimiento por parte de la Demandante de la obligación de litigar ante los tribunales nacionales durante un plazo de 18 meses, es que la reclamación de Wintershall debe ser desestimada (*Transcripción de la audiencia en inglés, día 3, 16 de octubre de 2007, pág. 30 citada*). Alternativamente, el procedimiento debería suspenderse hasta que la Demandante cumpliera los requisitos establecidos en el Artículo 10 del TBI. (Escrito posterior a la audiencia de la Demandada, párrafo 27, donde se cita *Western NIS Enterprise Fund c. Ucrania* (Caso CIADI No. ARB/04/2), Resolución Procesal del 16 de marzo de 2006. [AL RA 54]).
- (5) Por consiguiente, la República Argentina solicitó al Tribunal que declare que hay lugar a las excepciones a la jurisdicción que había opuesto, que desestime la Solicitud de Arbitraje y el Memorial de la Demandante, o, alternativamente, que suspenda el procedimiento hasta que la Demandante haya cumplido con los requisitos establecidos en el Artículo 10 del TBI (Escrito posterior a la audiencia de la Demandada, párrafo 35).

2. Argumentos y afirmaciones de respuesta de la Demandante

a) En su memorial de contestación sobre jurisdicción

109.2 En respuesta a la primera parte de la primera excepción preliminar de Argentina, la Demandante manifestó en su memorial de contestación sobre jurisdicción:

- (1) Que resulta aplicable el Artículo 10(2) del TBI, a menos que la Demandante decida acogerse a las disposiciones relativas a la resolución de controversias contenidas en

otros TBIs. Por lo tanto, es evidente que la cláusula de la nación más favorecida contenida en el TBI Argentina-Alemania no hace superfluo el Artículo 10(2) del TBI (Memorial de contestación sobre jurisdicción de la Demandante, párrafo 96).

- (2) Que el requisito de someter las reclamaciones de Wintershall a los tribunales argentinos conduciría a procedimientos ineficientes y contrarios a la equidad y, en términos del caso *National Grid*, “frustra[ría] el objeto y el propósito del Tratado” (Memorial de contestación sobre jurisdicción de la Demandante, párrafo 173 citando *National Grid Plc c. República Argentina* (Caso CNUDMI), Decisión de jurisdicción del 20 de junio de 2006, párrafo 91. (“*National Grid c. Argentina*”)).
- (3) Que resultaba fútil y discriminatorio para Wintershall presentar una controversia de inversión de esta naturaleza ante los tribunales locales, pues estos tribunales no son capaces de resolver un caso de la naturaleza de la reclamación de Wintershall en 18 meses. Además, los tribunales argentinos están menos inclinados a favorecer a los inversores extranjeros debido a la falta de independencia del Poder Judicial argentino (Memorial de contestación sobre jurisdicción de la Demandante, párrafos 129 a 163 y párrafos 174 a 214).

b) Escrito posterior a la audiencia de la Demandante fechado el 30 de octubre de 2007

109.3 En su escrito posterior a la audiencia, la Demandante manifestó lo siguiente:

- (1) Si bien era cierto que en el Artículo 10(2) del TBI requiere que se someta previamente la controversia ante los tribunales argentinos durante un plazo de 18 meses, dicho requisito, al ser sólo de carácter procesal, puede ser prescindido o dejado de lado (Escrito posterior a la audiencia de la Demandante, párrafos 11, 12 y 20).
- (2) Era un hecho comprobado que resultaba imposible obtener una sentencia definitiva de los tribunales argentinos respecto de una reclamación por daños y perjuicios dentro de un plazo de 18 meses; ni siquiera se podía esperar que un tribunal de primera instancia dictara sentencia dentro de ese plazo (párrafo 22 del Escrito de la Demandante posterior a la audiencia).
- (3) Argentina había citado casos en que la filial argentina de plena propiedad de Wintershall (Wintershall Energía S.A. [WIAR]) había logrado que los tribunales argentinos dictaran medidas cautelares. En respuesta a ello, la Demandante declaró que “nunca ha[bía] negado el beneficio limitado obtenido por su subsidiaria local a través de dichas medidas cautelares. Pero este beneficio limitado no iba más allá de las medidas específicas que fueron impugnadas en los dos casos mencionados. En cualquier caso, debido al alcance restringido y específico de los reclamos en las dos causas citadas por la Argentina, los resultados no podían ser proyectados en relación

con las innumerables medidas adoptadas por la Argentina sobre la base de una emergencia auto-declarada que dio lugar a la controversia ventilada en este proceso” (Escrito posterior a la audiencia de la Demandante, párrafo 28, pág. 7).

- (4) Otro de los puntos planteados por la Demandante bajo el título “Imposibilidad de obtener reparación de los tribunales de la Argentina” era que, luego del vencimiento del plazo de 18 meses, no podía desistirse del juicio sin contar con el consentimiento de Argentina, salvo que se desista de la acción y del derecho. (Escrito posterior a la audiencia de la Demandante, párrafo 37(ii)).

3. Análisis y conclusiones del Tribunal acerca de la primera parte de la primera excepción preliminar a la jurisdicción opuesta por Argentina

- a) Las entidades no estatales que se rigen por los tratados bilaterales de inversión son titulares de un derecho secundario y sólo pueden invocar la doctrina de la responsabilidad del Estado en la medida que lo establezca el texto del tratado bilateral en cuestión**

110. En el pasado, los nacionales de un Estado perjudicados por los actos de otro Estado podían solicitar a su país de origen que promoviera su reclamación contra el otro Estado en un foro internacional. Esta práctica llegó a conocerse como un ejercicio de “protección diplomática”. La “protección diplomática” no tardó en convertirse en una doctrina del derecho internacional en virtud de la cual un Estado presentaba una reclamación contra otro Estado cuando uno de sus nacionales se había visto perjudicado por ese último Estado. La “protección diplomática” no siempre se hacía efectiva, puesto que ningún país estaba obligado por el derecho internacional a llevar adelante ese tipo de reclamación. Asimismo, en virtud de una norma consuetudinaria del derecho internacional, un Estado no se hacía cargo de esa clase de reclamaciones a menos que el particular perjudicado hubiese agotado todas las vías de resarcimiento disponibles en la legislación del país en que se hubiera planteado la diferencia. Esta norma de agotamiento de los recursos locales apuntaba a asegurar que la diferencia no pasara al plano internacional, a menos que se hubiera concedido al Estado que presuntamente había cometido el acto ilícito la oportunidad de resolver la controversia recurriendo a su propio sistema jurídico.
111. Los principios que rigen la “protección diplomática” otorgada por un Estado a sus propios nacionales fueron establecidos hace muchos años por la Corte Permanente de Justicia

Internacional en el caso de las *Concesiones de Mavrommatis en Palestina* (1924)⁹³, en que se decidió que sólo el Estado podía ejercitar la acción por sí mismo cuando sus ciudadanos o súbditos se vieran agraviados por el “Estado responsable”. Conceptualmente, la “protección diplomática” ejercida por un Estado en relación con sus propios nacionales era considerada como una forma de hacer efectiva la “responsabilidad del Estado”, aunque no la única. En el año 1928, la propia Corte Permanente de Justicia Internacional reconoció la posibilidad de que en acuerdos o tratados internacionales se admitieran derechos de acción individuales. Así lo manifestó la Corte en el contexto de un acuerdo internacional en el cual, según la intención de las Partes Contratantes, era necesario adoptar “normas específicas que estable[ciéran] derechos y obligaciones individuales [...]”⁹⁴.

112. Pero las “normas” que establecen y reconocen estos derechos siguen siendo indefinidas y vagas. En un artículo publicado recientemente en la *American Journal of International Law*⁹⁵ (en el año 2002), el Sr. James Crawford (relator especial de la CDI en 1997-2000) señala que los orígenes de los derechos de un inversor individual en el marco de un TBI se remontan al Artículo 33(2) del Proyecto de Artículos sobre la responsabilidad del Estado, de la CDI. (La palabra “proyecto” que precedía a “Artículos” se suprimió cuando la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó el Proyecto de Artículos sobre la responsabilidad del Estado, en octubre de 2002). En el Artículo 33(1) de los Artículos de la CDI (“Artículos de la CDI”) se dispone que las obligaciones del Estado responsable “enunciadas en la presente parte” (segunda parte, titulada “Contenido de la responsabilidad internacional del Estado”) pueden “existir con relación a otro Estado, a varios Estados o a la comunidad internacional en su conjunto” (y no a un individuo)⁹⁶. El Artículo 33(1) se refiere a la obligación primaria

⁹³ *Mavrommatis*, Decisión sobre jurisdicción de 1924, CPJI, Ser. A No. 2, pág. 12.

⁹⁴ Opinión Consultiva de la CPJI para la Liga de las Naciones; *Jurisdiction of the Courts of Danzig (Pecuniary Claims of Danzig Railways Officials who had Passed into the Polish Service)* [Jurisdicción de los tribunales de Danzig (Reclamaciones pecuniarias de funcionarios de la Danzig Railways que habían sido transferidos al Servicio polaco), CPJI Ser. B., No. 15, 1928. (Traducción del Tribunal).

⁹⁵ James Crawford, “*The International Law Commission’s Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: a Retrospect*”, *American Journal of International Law*, octubre de 2002, a partir de la pág. 870. (“*Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad del Estado*”).

⁹⁶ “ARTÍCULO 33: Alcance de las obligaciones internacionales enunciadas en la presente parte

1. Las obligaciones del Estado responsable enunciadas en la presente parte pueden existir con relación a otro Estado, a varios Estados o a la comunidad internacional en su conjunto, según sean, en particular, la naturaleza y el contenido de la obligación internacional violada y las circunstancias de la violación.

del Estado responsable (para con otro Estado o la comunidad internacional en su conjunto) por un “hecho internacionalmente ilícito”. En el Artículo 33(2) de los Artículos de la CDI, sin embargo, se reconoce la “posibilidad” (hasta el momento tan sólo una posibilidad, por falta de una postura definitiva de la CDI al respecto) de que la violación de un tratado genere una “obligación secundaria” que beneficie directamente a una persona o a una entidad distinta de un Estado. A este respecto, el Sr. James Crawford afirma lo siguiente:

“[...] hasta cierto punto, un tratado bilateral de inversiones moderno individualiza los intereses jurídicos que fueron agrupados bajo la fórmula del caso *Mavrommatis*, aunque ello no es acompañado por ninguna regulación detallada en los Artículos de las modalidades mediante las cuales las entidades no estatales puedan invocar la responsabilidad del Estado”⁹⁷. (Énfasis añadido).

113. Los Artículos de la CDI sobre la responsabilidad del Estado constituyen un estudio oficial detallado sobre el tema, pero no contienen normas ni regulaciones acerca de la responsabilidad del Estado frente a actores distintos del Estado. Son los tribunales los que deben determinar “las modalidades mediante las cuales las entidades no estatales puedan invocar la responsabilidad del Estado” a partir de lo que dispone la letra de tratado específico de que se trate.

b) El texto del TBI Argentina-Alemania dispone el derecho al arbitraje del CIADI para los inversores alemanes en Argentina, pero este derecho de acceso al arbitraje del CIADI está sujeto al estricto cumplimiento de lo establecido en el Artículo 10(2) del TBI

114. Según un principio general del derecho de los tratados, un tercero beneficiario de un derecho emanado del mismo debe cumplir las condiciones que para el ejercicio del derecho estén previstas en el tratado o se establezcan conforme al tratado. Por analogía con lo dispuesto por el Artículo 36(2) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (“Convención de Viena”)⁹⁸, como su situación no difiere de la del “tercer Estado”

2. La presente parte se entiende sin perjuicio de cualquier derecho que la responsabilidad internacional del Estado pueda generar directamente en beneficio de una persona o de una entidad distinta de un Estado”.

⁹⁷ *ILC Articles on Responsibility of States*, pág. 870.

⁹⁸ Tratados en los que se prevén derechos para terceros Estados:

1. Una disposición de un tratado dará origen a un derecho para un tercer Estado si con ella las partes en el tratado tienen la intención de conferir ese derecho al tercer Estado o a un grupo de Estados al cual pertenezca, o bien a

(mencionado en el Artículo 36), el “titular de un derecho secundario” en el marco de un tratado bilateral (el inversor), a quien se confieren ciertos derechos, debe cumplir las condiciones estipuladas para el ejercicio de los derechos previstos en el tratado en cuestión, que en el caso de autos es el tratado “básico”.

115. Dada la redacción del Artículo 10 del TBI (y son las palabras las que determinan la intención de las Partes cuando se interpreta un tratado), resulta evidente que la posibilidad de acceder al arbitraje del CIADI depende expresamente, entre otras cosas, de que el inversor-demandante someta primero su controversia a un tribunal competente de Argentina durante un período de 18 meses (más un período de espera de tres meses) antes de iniciar el procedimiento de arbitraje del CIADI.
116. En el presente caso, por lo tanto, el TBI Argentina-Alemania es un tratado en que indudablemente se concede el derecho de acceder al arbitraje internacional (CIADI) a inversores extranjeros que sean nacionales de Alemania; sin embargo, este derecho de acceder al arbitraje del CIADI no se establece sin reservas, sino sujeto a la condición de que se acuda primero a los tribunales competentes de Argentina. El que una condición como la que impone el Artículo 10(2) —por ejemplo, una cláusula de agotamiento de las vías de reparación locales con una cláusula de autoexclusión— puede establecerse legalmente, se desprende claramente de lo dispuesto en el Artículo 26 del Convenio del CIADI. En la primera parte del Artículo 26 se establece que “[s]alvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso”. La norma de exclusividad del recurso mencionada en la primera oración del Artículo 26 puede ser modificada por los términos de un TBI en particular celebrado entre dos Estados contratantes. Por lo tanto, una norma relativa a los recursos locales puede estipularse legítimamente en el TBI —conforme a la primera parte del Artículo 26; una vez establecida, como en el Artículo 10(2), se convierte en una condición del “consentimiento” de

todos los Estados y si el tercer Estado asiente a ello. Su asentimiento se presumirá mientras no haya indicación en contrario, a menos que el tratado disponga otra cosa.

2. Un Estado que ejerza un derecho con arreglo al párrafo I deberá cumplir las condiciones que para su ejercicio estén prescritas en el tratado o se establezcan conforme a éste.

Argentina—, lo que en la práctica representa el “ofrecimiento” de Argentina de que se sometan a arbitraje las diferencias que surjan en el marco del TBI, pero sólo a condición de que el inversor acepte y cumpla lo dispuesto, entre otras cosas, en el Artículo 10(2); un inversor (como la Demandante) sólo puede aceptar el “ofrecimiento” en esas condiciones.

117. En el presente caso se ha otorgado a las Partes Contratantes (la República Argentina y la República Federal de Alemania) la libertad de incluir (y ellas han incluido específicamente) una cláusula relativa al recurso a los remedios locales como requisito previo al recurso (como última instancia) del arbitraje del CIADI. Dado que la Demandante (una entidad nacional de Alemania) sólo puede presentar una reclamación en el marco del TBI Argentina-Alemania, y bajo ningún otro documento, al hacer la reclamación (como lo ha hecho en el presente caso), la Demandante Wintershall no tiene más opción que cumplir las condiciones estrechamente interrelacionadas que se mencionan en el Artículo 10, antes de ejercer su derecho al arbitraje del CIADI, sencillamente porque ésa es la voluntad expresa de los Estados Contratantes.

118. El Artículo 10(2) contiene una cláusula de restricción temporal relativa al previo accionamiento ante los tribunales locales; dicha cláusula obliga (y no simplemente autoriza) al inversor a litigar (durante un período determinado) ante el foro local, que ambas Partes Contratantes han considerado como el órgano judicial adecuado. El artículo no menciona el tipo de reparación que se debería tratar de obtener en los tribunales locales, ni exige que la reparación sea igual o similar a la que se pretenda en el arbitraje internacional. Cualquiera haya sido el objetivo que los Estados Contratantes hubieran tenido en mira cuando acordaron y celebraron su TBI Argentina-Alemania (y, salvo el texto del Tratado, es decir, del TBI, no existen pruebas al respecto en el presente caso), no cabe duda de que se trataba de una obligación (y no, como se señala equivocadamente en el párrafo 95 del Memorial de contestación de la Demandante sobre la excepción preliminar a la jurisdicción, de una mera “opción”).

c) **Significado del uso de la palabra “será” en el Artículo 10(2) del TBI Argentina-Alemania**

119. El término “será” utilizado en el Artículo 10(2) —“[s]i una controversia en el sentido del párrafo 1 no pudiera ser dirimida dentro del plazo de seis meses [...], será sometida [...] a los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión”—denota, en sí mismo, una “obligación”, y no simplemente una elección u opción. En la terminología de los tratados, la palabra “será” significa que lo estipulado es *jurídicamente vinculante*. En respuesta a una pregunta formulada por un Miembro del Tribunal durante la audiencia oral que se celebró en París (del 14 al 16 de octubre de 2007), el Prof. Christoph Schreuer, perito de la Demandante, reconoció que el Artículo 10(2) efectivamente contenía una “obligación”:

ÁRBITRO TORRES BERNÁRDEZ: “[...] Mi pregunta es la siguiente: independientemente de que usted la denomine “procesal” o utilice otro adjetivo para calificarla, ¿cree usted que el Artículo 10 establece una obligación? ¿Establece o no una obligación? [...]”.

R.: (Prof. Schreuer): “Por supuesto que contiene una obligación”.

ÁRBITRO TORRES BERNÁRDEZ: “Muchas gracias”.

R.: (Prof. Schreuer): “Mi opinión consiste, enteramente, en que se está ante una obligación. Ahora bien, el cumplimiento de esa obligación específica puede evitarse por remisión a la cláusula de la nación más favorecida del Artículo 3”⁹⁹. (Énfasis añadido).

120. En respuesta a una pregunta del Presidente del Tribunal, el Prof. Héctor Mairal, otro de los peritos ofrecidos por la Demandante, dio precisamente la misma respuesta:

PRESIDENTE: “Yo sólo quería que usted me indicara, en relación con el Tratado del que estamos hablando, que está redactado en español, si en idioma español existe una distinción entre la traducción de las expresiones inglesas “*may do something*” y “*shall do something*”? Es que el Artículo 10(2) dice, en inglés, lo siguiente: “*It shall be submitted to the courts of the contracting party*”, y la cláusula 3 reza: “*The dispute may be submitted to an International Tribunal*”. Simplemente desearía saber, como una cuestión de gramática de la lengua española con la que no estoy familiarizado en absoluto, es si existe una distinción entre la fuerza del

⁹⁹ Declaración pericial del Prof. Christoph Schreuer, Transcripción de la Audiencia en inglés, 2do. día, 15 de octubre de 2007, págs. 161 a 163. (Traducción del Tribunal).

término “*shall*” y la del término “*may*”.

R. (Prof. Mairal): “Sí, claro”¹⁰⁰.

121. Otra razón por la que el inversor demandante tiene la obligación de cumplir lo dispuesto en todos los párrafos del Artículo 10 (incluido el párrafo 2) surge de la manera en que está estructurado el texto del artículo en su conjunto, o, para usar el lenguaje de la Convención de Viena, “el contexto” del tratado. Todos los párrafos (1, 2, 3, 4 y 5) son interdependientes y están interrelacionados (tal como aparece subrayado a continuación):

“(1) Las controversias que surgieren entre una de las Partes Contratantes y un nacional o una sociedad de la otra Parte Contratante en relación con las inversiones en el sentido del presente Tratado deberán, en lo posible, ser amigablemente dirimidas entre las partes en la controversia.

(2) Si una controversia en el sentido del párrafo 1 no pudiera ser dirimida dentro del plazo de seis meses, contado desde la fecha en que una de las partes en la controversia la haya promovido, será sometida a petición de una de ellas a los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión.

(3) La controversia podrá ser sometida a un tribunal arbitral internacional en cualquiera de las circunstancias siguientes:

(a) a petición de una de las partes en la controversia, cuando no exista una decisión sobre el fondo después de transcurridos dieciocho meses contados a partir de la iniciación del proceso judicial previsto por el apartado 2 de este artículo, o cuando exista tal decisión pero la controversia subsista entre las partes;

(b) cuando ambas partes en la controversia así lo hayan convenido.

4) En los casos previstos por el párrafo 3 anterior, las controversias entre las partes, en el sentido de este artículo, se someterán de común acuerdo, cuando las partes en la controversia no hubiesen acordado otra cosa, sea a un procedimiento arbitral en el marco del “Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a las inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados”, del 18 de marzo de 1965 o a un tribunal arbitral *ad hoc* establecido de conformidad con las reglas de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

Si después de un período de tres meses a partir de que una de las partes hubiere solicitado el comienzo del procedimiento arbitral no se hubiese llegado a un acuerdo, la controversia será sometida a un procedimiento arbitral en el marco del

¹⁰⁰ Declaración pericial del Prof. Héctor Mairal, Transcripción de la Audiencia en inglés, 2do. día, 15 de octubre de 2007, págs. 233 a 234. (Traducción del Tribunal).

“Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a las inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados”, del 18 de marzo de 1965, siempre y cuando ambas Partes Contratantes sean partes de dicho Convenio. En caso contrario la controversia será sometida al tribunal arbitral *ad hoc* antes citado.

(5) El Tribunal arbitral decidirá sobre la base del presente tratado y, en su caso, sobre la base de otros tratados vigentes entre las Partes, del derecho interno de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y de los principios generales del derecho internacional.

(6) La sentencia arbitral será obligatoria y cada Parte la ejecutará de acuerdo con su legislación”.

122. En virtud del TBI Argentina-Alemania, el recurrir al arbitraje del CIADI es un recurso en el que no puede insistir un inversor sino hasta que haya ocurrido la “circunstancia” arriba descrita. El párrafo 3 (“La controversia podrá ser sometida a un tribunal arbitral internacional en cualquiera de las circunstancias siguientes [...]”) solamente se aplica, entre otras cosas, cuando tiene lugar “la circunstancia” mencionada en la cláusula a), a saber, “cuando no exista una decisión sobre el fondo después de transcurridos dieciocho meses contados a partir de la iniciación del proceso judicial previsto por el apartado 2 de este artículo, o cuando exista tal decisión pero la controversia subsista entre las partes”. De este modo, la posibilidad de someter una controversia a un tribunal de arbitraje internacional está sujeta al previo cumplimiento de lo establecido en el Artículo 10(2), a menos que las partes en la diferencia acuerden otra cosa —esta circunstancia también está contemplada en el Artículo 10(3)(b)—. El párrafo siguiente (párrafo 4) comienza con las palabras “[e]n los casos previstos por el párrafo 3 anterior”, que remiten nuevamente al párrafo 3(a) o al párrafo 3(b), según el caso; cuando no exista otro acuerdo mutuo de someter las diferencias a arbitraje (del CIADI o CNUDMI); o si no se llega a ese acuerdo dentro de un período de tres meses a partir de la fecha en que la Demandante haya presentado la solicitud de Arbitraje, entonces (y sólo entonces) podrá someterse la controversia unilateralmente al arbitraje del CIADI.

d) El argumento de la Demandante de que Argentina no había condicionado su aceptación de la jurisdicción del Centro, ni de la competencia del Tribunal, al previo agotamiento de los recursos locales, no es aceptado por el Tribunal

123. En el párrafo 76 del Memorial de la Demandante sobre el fondo de la diferencia (que en lo sustancial se reproduce en los párrafos 62 y 63, página 23, del Memorial de contestación de la Demandante sobre jurisdicción) se manifiesta lo siguiente:

“76. En este caso, Argentina no ha condicionado su aceptación a la jurisdicción del Centro y la competencia del Tribunal al previo agotamiento de los remedios locales. (Énfasis omitido).

77. El mecanismo de resolución de controversias previsto en el Artículo 10 del TBI Alemania-Argentina únicamente establece la previa sumisión de la controversia a los tribunales locales por cierto período de tiempo. Asimismo, el resultado de los procedimientos ante los tribunales locales está sujeto a la satisfacción de las partes. Por ello, el Artículo 10 del TBI no condiciona la referencia al arbitraje del CIADI al previo agotamiento de los remedios locales”¹⁰¹.

124. El argumento de que Argentina no ha condicionado su aceptación de la jurisdicción del Centro y la competencia del Tribunal “al previo agotamiento de los recursos locales” puede ser correcto sólo si pone el énfasis en la palabra “agotamiento”. Sin embargo, en el contexto de los TBI actualmente se considera (en la práctica de las Naciones Unidas) que incluso esta frase (“agotamiento de los recursos locales”) incluye la búsqueda de soluciones ante los tribunales locales dentro de determinado plazo. En un documento de las Naciones Unidas invocado por la Demandante en este procedimiento¹⁰², *Bilateral Investment Treaties in the mid-1990s* (Tratados bilaterales de inversión a mediados del decenio de 1990), publicado por las Naciones Unidas en 1998 (página 93), una cláusula como el Artículo 10(2) del TBI Argentina-Alemania se menciona (y analiza) bajo el título general “Agotamiento de los recursos locales”. Lo que sigue es la transcripción del pasaje:

d) **“Agotamiento de los recursos locales**

Como se ha observado, en el marco del derecho internacional consuetudinario un Estado de origen de un inversor privado por lo general no puede hacerse cargo de la

¹⁰¹ En la Solicitud de Arbitraje (párrafo 50) se adopta un razonamiento similar.

“50. Aunque el mecanismo de resolución de diferencias establecido en el Artículo 10 del TBI sí habla de procedimientos en los tribunales locales durante un cierto período de tiempo, no condiciona expresamente la posibilidad de recurrir al arbitraje del CIADI al previo agotamiento de los recursos locales. Las partes tienen la libertad de recurrir al CIADI una vez transcurrido el período de 18 meses o cuando exista una decisión sobre el fondo pero subsista la diferencia. En otras palabras, resulta inequívoco que en el TBI no se establece la obligación de agotar los recursos locales antes de iniciar el proceso de arbitraje en el CIADI [TBI, Art. 10(3)]”. (Traducción del Tribunal).

¹⁰² Memorial sobre el fondo de la Demandante, Autoridades Legales Nos. 165-170.

reclamación del inversor privado ante un Estado receptor, a menos que el inversor haya agotado primero todos los recursos locales. La cuestión que se plantea es si un inversor también debe agotar los recursos locales antes de recurrir a un mecanismo de solución de diferencias entre un inversor y el Estado establecido en un TBI y accionar contra el Estado receptor directamente. En los TBI se ha respondido a esta cuestión de varias maneras. Particularmente durante los primeros años de los TBI, muchos de ellos exigían que el inversor buscara primero soluciones locales sometiendo la diferencia a los tribunales judiciales o administrativos del país receptor.

Algunos TBI en donde se exige recurrir a los recursos locales permiten a los inversores someter una diferencia a arbitraje en virtud del mecanismo de solución de controversias entre el inversor y el Estado después que se ha presentado la diferencia ante los tribunales judiciales o administrativos locales durante determinado período fijo, aunque esos tribunales judiciales o administrativos locales no hayan concluido sus procedimientos. Este período fijo ha variado desde no más de tres meses y hasta dos años”. (Énfasis añadido).

125. Tal como consta en la publicación de las Naciones Unidas de 1998 (página 93) citada anteriormente, el Artículo 10(2) del TBI Argentina-Alemania no es, de ningún modo, una cláusula inusual en los tratados bilaterales de inversión. Además, no hay razón por la cual el Tribunal no deba respetar una estipulación (como la contenida en el párrafo 2 del Artículo 10) en virtud de la cual el otro Estado contratante (en este caso, Alemania) convenga, en nombre de sus nacionales, en que todas las diferencias que se susciten en relación con estos últimos deban primero presentarse ante los tribunales con jurisdicción nacional (en el presente caso, los tribunales de Argentina) antes de recurrir al arbitraje internacional. Entre Estados Contratantes no puede presumirse que una determinada estipulación sea, *ex facie*, opresiva¹⁰³ o que, por alguna otra razón, deba obviarse o pasarse por alto.
126. En el Artículo 44 de los Artículos de la CDI (bajo el título “Admisibilidad de la reclamación”) se establece que “[l]a responsabilidad del Estado no podrá ser invocada: [...] b) si la reclamación está sujeta a la norma del agotamiento de los recursos internos y no se han agotado todas las vías de recursos internas disponibles y efectivas”; el recurso local: 1) debe estar disponible y 2) debe ser efectivo. Pero se trata de una estipulación del derecho internacional aplicable entre Estados u organismos del Estado, no se aplica al titular de un derecho secundario, como un inversor. Así se aclara en el comentario al Artículo 44:

¹⁰³ Conforme al principio de contemporaneidad, debe demostrarse que resulta “opresiva” o de imposible cumplimiento a la fecha de entrada en vigencia del tratado.

“Los presentes artículos no se refieren a las cuestiones relativas a la competencia de los tribunales judiciales y arbitrales internacionales, ni en general a las condiciones de admisibilidad de los asuntos sometidos a esos tribunales, sino que se definen más bien las condiciones para la determinación de la responsabilidad internacional del Estado y para la invocación de esa responsabilidad por otro Estado u otros Estados. Así pues, los artículos no tienen por objeto regular cuestiones como el requisito del agotamiento de otros modos de solución pacífica antes del acto de iniciación del proceso, ni principios como los de litispendencia o de elección de una vía en lo que afecten a la competencia de un tribunal internacional con respecto a otro. En cambio, algunas cuestiones que cabría calificar de cuestiones de admisibilidad si se planteasen ante un tribunal internacional tienen un carácter más substantivo. Son, ante todo, condiciones para hacer valer la responsabilidad de un Estado. Dos de esas cuestiones son objeto del artículo 44: el requisito de la nacionalidad de las reclamaciones y el del agotamiento de los recursos internos”.¹⁰⁴

127. Para concluir, si se tiene en cuenta la redacción del Artículo 10 del TBI, resulta evidente que la posibilidad de recurrir al arbitraje del CIADI está sujeta a la condición expresa de que, entre otras cosas, el inversor demandante someta su diferencia a un tribunal competente de Argentina, para que éste la dirima, dentro de un plazo de 18 meses (más un período de espera adicional de tres meses) antes de someter la diferencia al arbitraje del CIADI. Las palabras pertinentes empleadas por los Estados Contratantes en el Artículo 10 del TBI Argentina-Alemania sin duda tienen sentido en su contexto y, como declaró la CIJ en la sentencia del caso *Guinea-Bissau c. Senegal*, fallo del 12 de noviembre de 1991, “[s]i las palabras pertinentes, en su significado natural y ordinario, tienen sentido en su contexto, se acabó el problema”.

e) El argumento de la Demandante de que el Artículo 10(2) del TBI Argentina-Alemania no es una cuestión de política pública para Argentina no resulta pertinente en el presente caso

128. La Demandante sostiene que el Artículo 10(2) no era una cuestión de política pública para Argentina, como lo demuestra el hecho de que, de un total de 48 TBI suscritos por Argentina con terceros Estados, el TBI celebrado con Alemania fue uno de los pocos TBI (de hecho, uno entre nueve) que incluía una disposición como la del Artículo 10(2); en todos los restantes se previó, en la cláusula de resolución de diferencias, el acceso directo al

¹⁰⁴ *Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad del Estado*, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 2001, Vol. II, Segunda Parte, página 129, Artículo 44. (Énfasis añadido).

arbitraje del CIADI. Pero ello no es relevante. En el presente caso, el interés del Tribunal se centra en la interpretación del texto de un tratado en particular: el Tratado Bilateral de Inversión celebrado entre la República Argentina y la República Federal de Alemania. El texto que corresponde interpretar es el de ese tratado, y la interpretación debe realizarse a la luz de la Convención de Viena de 1969, y del principio de contemporaneidad. Ante la falta de *travaux préparatoires* u otras pruebas de lo que tenían en mente los Estados Contratantes cuando establecieron un marco temporal limitado para litigar ante los tribunales en Argentina, lo único cierto es que ésa era la voluntad de los dos Estados Contratantes, y la Demandante, una inversora alemana en Argentina, no puede aducir que el Artículo 10(2) sea incoherente, y mucho menos de que “carezca de sentido”, o que resultara “fútil” en el momento en que el Gobierno de Argentina tomó las medidas cuestionadas, es decir, desde enero de 2002¹⁰⁵.

129. El TBI Argentina-Alemania entró en vigencia en el año 1993, y no se ofrecieron pruebas — ni los peritos convocados a solicitud de la Demandante lo mencionaron en sus informes— de que, cuando se celebró el TBI, no era posible dar cumplimiento al Artículo 10(2) —al comienzo— debido a que en Argentina el sistema jurídico o el Poder Judicial no eran eficientes o no atendían las reclamaciones de inversores extranjeros. Evaluar el estado en que se encontraban el sistema judicial y los tribunales de Argentina a partir de enero de 2002 resulta poco pertinente a la luz del “principio de contemporaneidad”, es decir, de que las cláusulas de un tratado deben interpretarse según el significado que tenían (y en las circunstancias reinantes) en el momento de celebración del tratado. Igualmente carece de pertinencia (y por la misma razón) la postura de la Demandada, que al rechazar el argumento (contenido en el párrafo K del Memorial de contestación de la Demandante a las excepciones de Argentina a la jurisdicción) afirma que, en dos casos distintos acerca de los cuales se brindaron detalles, los tribunales de Argentina habían otorgado en realidad un remedio temporal contra las medidas de emergencia (adoptadas por el Gobierno de Argentina después de enero de 2002), y que la filial argentina de plena propiedad de Wintershall, Wintershall Energía S.A. (WIAR), se había beneficiado al obtener

¹⁰⁵ Véase el argumento planteado por la Demandante en su Memorial de contestación de jurisdicción, en el párrafo K: “ES FÚTIL Y DISCRIMINATORIO PARA WINTERSHALL PRESENTAR UNA CONTROVERSIA DE INVERSIÓN DE ESTA NATURALEZA EN LOS TRIBUNALES LOCALES” (letras mayúsculas en la cita).

resarcimiento por vía de amparo judicial, no sólo de los tribunales locales de Argentina sino también de la Corte Suprema de Justicia de Argentina. Cuando esto se afirmó (con respaldo de documentación pertinente), los abogados de la Demandante admitieron (y la Demandante lo repitió en el párrafo 28 del Escrito posterior a la audiencia el 30 de octubre de 2007) que *“nunca ha negado el beneficio limitado obtenido por su subsidiaria local mediante a través de dichas medidas cautelares. [en los tribunales Argentinos]. Pero este beneficio limitado no va más allá de las medidas específicas que fueron impugnadas en los dos casos mencionados”*. El hecho de que WIAR (la subsidiaria argentina de plena propiedad de Wintershal), y no la Demandante, hubiera demandado y obtenido resarcimiento había dependido por completo de la elección de la Demandante.

f) El argumento adicional de la Demandante de que, en caso de presentar su reclamación ante un tribunal del CIADI en virtud del Artículo 10(4), el desistimiento del tribunal local sería inadmisibles según la legislación argentina

130. En su escrito posterior a la audiencia, la Demandante también menciona, bajo el título “Imposibilidad de obtener una reparación de los tribunales de la Argentina”, entre otras cosas, lo siguiente:

“(ii) El juicio no podría ser desistido luego del vencimiento del plazo de 18 meses sin contar con el consentimiento de la Argentina, salvo que se desista de la acción y del derecho”.

131. Este punto, planteado por la Demandante en su escrito posterior a la audiencia, aún no ha recibido respuesta de Argentina. Pero en el supuesto de que el apartado (ii) citado en el párrafo 130, *supra*, tenga fundamento jurídico, igualmente carecería de pertinencia con respecto al requisito mencionado en el Artículo 10(2), en que se dispone que si una diferencia no pudiere ser dirimida dentro del plazo de seis meses, “será sometida [...] a los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión”, y si no se ha producido una decisión sobre el fondo después de transcurridos 18 meses contados a partir de la iniciación del proceso judicial previsto por el apartado 2 de este artículo (Artículo 10(3)), entonces (luego de transcurrido el plazo de tres meses) la diferencia será sometida al arbitraje del CIADI (Artículo 10(4)). Lo que se estipula en el Artículo 10(2) es

que la reclamación debe ser “sometida” a los tribunales locales, y que si transcurridos 18 meses no se ha dictado una decisión, el inversor tiene derecho a someter la diferencia al arbitraje del CIADI. En el TBI no se establece el requisito de que, expirado el período de 18 meses, deba desistirse primero de la reclamación iniciada en los tribunales locales.

132. Por consiguiente, incluso en el supuesto de que, conforme a la legislación argentina, vencido el plazo de 18 meses, no pudiera desistirse de la acción sin el consentimiento de Argentina (a menos que se estuviera dispuesto a *desistir de la acción y del derecho*) nada impediría que, transcurridos 18 meses desde la fecha en que se hubiera sometido la reclamación a los tribunales locales, la Demandante, pasados tres meses, procediera a iniciar el arbitraje del CIADI.

g) Argumento esgrimido por la Demandante (en el párrafo 17 de su escrito posterior a la audiencia) según el cual las etapas procesales previas consistentes en períodos de espera no constituyen un requisito jurisdiccional y, por lo tanto, pueden derogarse y pasarse por alto

133. Hasta la fecha de la audiencia oral celebrada en París, la Solicitud de Arbitraje había procedido sobre la base de que, de no ser aplicada la cláusula de la nación más favorecida, en general había que cumplir el Artículo 10(2) del TBI Argentina-Alemania. Pero (como ya se mencionó) después de la audiencia oral celebrada en París el Prof. Schreuer (quien prestó declaración en la audiencia) dirigió al Tribunal una carta fechada el 19 de octubre de 2007 en que declaraba algo que no había mencionado anteriormente en su informe escrito del 1 de septiembre de 2006 ni al responder en la audiencia al interrogatorio conducido por la parte que lo había propuesto, a saber:

“La práctica de los tribunales demuestra que el principio de que los obstáculos procesales no constituyen requisitos jurisdiccionales y pueden pasarse por alto cuando corresponda también es válida cuando la demandante no es un Estado parte en el tratado sino un nacional que puede beneficiarse de él. El requisito de que se haya intentado alcanzar una solución amigable a través de consultas o negociaciones es una condición habitual para iniciar procedimientos de arbitraje en los tratados de protección de inversiones. Este requisito tiene tanta fuerza vinculante como el de litigar en los tribunales locales durante determinado plazo. Está sujeto a algunas limitaciones temporales, que van desde los tres hasta los 12 meses. (Como mencioné

en mi declaración, los tribunales de inversión han sostenido que los períodos de espera obligatorios para las negociaciones no constituyen un impedimento para los procedimientos de arbitraje. [Nota de pie de página: Para consultar un dictamen en el sentido contrario, véase *Enron c. Argentina*, Decisión de jurisdicción, 14 de enero de 2004, párrafo 88]. En varios casos, los tribunales han concluido que su competencia no se veía afectada por la falta de cumplimiento de los períodos de espera obligatorios).

En *Ethyl Corp. c. Canadá*¹⁰⁶, el tribunal desestimó la excepción basada en la cláusula de seis meses contenida en el Artículo 1120 del TLCAN, dado que no habría tenido sentido continuar las negociaciones.

En *Wena Hotels c. Egipto*¹⁰⁷, el tribunal hizo notar, con aprobación, que la Demandada había desistido de su excepción a la jurisdicción basada en el período de espera.

En *Lauder c. la República Checa*¹⁰⁸, el tribunal decidió que el período de espera de seis meses no constituía un requisito jurisdiccional.

En *Bayindir c. Pakistán*¹⁰⁹, el tribunal resolvió que el requisito de notificar la diferencia con el propósito de lograr una solución negociada no constituía una condición previa para asumir competencia.

En *SGS c. Pakistán*, el TBI Pakistán-Suiza establecía un período de consultas de 12 meses antes de que el inversor pudiera recurrir al arbitraje del CIADI. SGS había presentado su solicitud de arbitraje apenas dos días después de notificar a Pakistán de la existencia de la diferencia. El tribunal aceptó el argumento de la demandante de que el período de espera era de carácter procesal y no jurisdiccional, y que las negociaciones habrían sido fútiles. Al respecto manifestó lo siguiente:

En general, los tribunales han tendido a sostener que los períodos de consulta son de orientación y procedimentales en lugar de ser obligatorios y jurisdiccionales por su naturaleza. Por consiguiente, no se concluye que el cumplimiento de ese requisito constituya una condición previa para asumir competencia¹¹⁰. (Énfasis añadido). (Traducción del Tribunal).

134. La Demandante, basándose en el contenido de esta carta (de la cual las partes habían recibido copia) y apoyándose en las decisiones de los tribunales del CIADI allí

¹⁰⁶ *Ethyl Corp. c. Canadá* (Caso CNUDMI), Decisión de jurisdicción del 24 de junio de 1998, 7 ICSID Reports 12, párrafos 76-88. (“*Ethyl c. Canadá*”).

¹⁰⁷ *Wena Hotels Limited c. República Árabe de Egipto* (Caso CIADI No. ARB/98/14), Decisión sobre jurisdicción del 29 de junio de 1999, 6 ICSID Reports, págs. 74 y 87. (“*Wena Hotels c. Egipto*”).

¹⁰⁸ *Ronald S. Lauder c. República Checa*, Laudo final del 3 de septiembre de 2001, 9 ICSID Reports 66, párrafo 187. (“*Ronald Lauder c. Republica Checa*”).

¹⁰⁹ *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A. S. c. República Islámica de Pakistán* (Caso CIADI No. ARB/03/29), Decisión sobre jurisdicción del 14 de noviembre de 2005, párrafos 88-103. (“*Bayindir c. Pakistán*”).

¹¹⁰ *SGS c. Pakistán*, párrafo 184. No se incluyó la nota a pie de página.

mencionadas, sostuvo (por primera vez) en su escrito posterior a la audiencia fechado 30 de octubre de 2007 que, más allá de la cuestión de determinar si se podía o no invocar la cláusula de la nación más favorecida en los casos de resolución de controversias, la expresión “será” empleada en el Artículo 10(2) del TBI Argentina-Alemania no constituía un requisito jurisdiccional y podía derogarse o pasarse por alto. El párrafo 17 del escrito posterior a la audiencia de la Demandante reza:

“17. El término [“será”] también es utilizado en el Art. 10(2) del TBI cuando se hace referencia al sometimiento [de controversias] ante un tribunal local por un plazo de 18 meses. Al respecto, el Prof. Schreuer cita seis casos en la carta mencionada precedentemente en los cuales, independientemente de cualquier cláusula de NMF, los Tribunales han sostenido que pasos procesales previos bajo la forma de plazos de espera no revestían la calidad de un requisito jurisdiccional y que podían ser prescindidos o dejados de lado”. (Énfasis añadido).

135. La Demandante invocó las decisiones de los tribunales del CIADI mencionadas en la carta del Prof. Schreuer del 19 de octubre de 2007. Sin embargo, antes de abordar el contenido de estas decisiones cabe recordar que en el Artículo 10(5) del TBI Argentina-Alemania se establece que el presente Tribunal debe dictar una decisión basada, entre otras cosas, en “principios generales del derecho internacional”. Así también lo dispone el Artículo 42(1) del Convenio del CIADI. Es cierto que en el caso de *Nicaragua*¹¹¹ fue objeto de discusión una cláusula en un tratado (relativa al arreglo previo por vía diplomática). En este caso la Corte Internacional de Justicia, basándose en una decisión anterior de la Corte Permanente de Justicia Internacional, manifestó (atendiendo a las circunstancias del caso que tenía ante sí) que la alegación de los Estados Unidos de que Nicaragua nunca había planteado, en negociaciones mantenidas con los Estados Unidos, la aplicación o interpretación del tratado a ninguna de las afirmaciones fácticas o jurídicas hechas en su solicitud de incoación de la instancia, era un “mero defecto de forma, cuya rectificación depend[ía] exclusivamente de la parte involucrada”¹¹².

136. El caso *Nicaragua* que fue mencionado expresamente en los párrafos anteriores de la carta

¹¹¹ *Caso Relativo a Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua (Nicaragua c. los Estados Unidos de América)*, Fallo sobre jurisdicción y admisibilidad del 26 de noviembre de 1984, 4 *ICJ Reports*, 1984, p. 392. (“*Nicaragua c. EE.UU.*”).

¹¹² *Ibidem*, párrafo 81, pág. 427.

del Prof. Schreuer fechada 19 de octubre de 2007, para respaldar la postura de que “los períodos de espera” para llegar a soluciones amigables no han sido considerados como cuestiones jurisdiccionales, sino como requisitos procesales no esenciales.

137. El Prof. Schreuer declara (en los párrafos anteriores de su carta):

“En el caso *Nicaragua* presentado ante la Corte Internacional de Justicia¹¹³, una de las bases de la jurisdicción invocada por Nicaragua fue el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación entre los Estados Unidos y Nicaragua de 1956, cuyo Artículo XXIV(2) contenía la siguiente cláusula compromisoria:

Toda controversia entre las Partes respecto a la interpretación o aplicación del presente Tratado, que no se arregle satisfactoriamente por la vía diplomática, se someterá a la Corte Internacional de Justicia, a menos que las Partes convengan en resolverla por algún otro medio pacífico.

Los Estados Unidos sostuvieron que el tratar de resolver la diferencia mediante negociaciones era un requisito previo para someter la diferencia ante la Corte. Según los Estados Unidos, dado que durante las negociaciones con Nicaragua este país nunca había cuestionado la aplicación ni la interpretación del tratado, no había cumplido los términos dispuestos en el tratado para invocar la cláusula compromisoria¹¹⁴.

La Corte Internacional de Justicia rechazó este argumento, y al respecto declaró lo siguiente:

En la opinión de la Corte, el hecho de que un Estado no haya mencionado expresamente, durante las negociaciones con otro Estado, que la conducta de este último representara la violación de cierto tratado no implica necesariamente que dicho Estado no pueda invocar la cláusula compromisoria contenida en el tratado en cuestión. [...] No tendría ningún sentido exigir ahora a Nicaragua que inicie un nuevo procedimiento sobre la base del Tratado, para lo cual se encuentra plenamente facultada. Tal como observó la Corte Permanente,

[...] la Corte no puede permitir que su propio accionar se vea obstaculizado por un defecto de forma cuya corrección dependa exclusivamente de la parte involucrada (*Ciertos intereses alemanes en la Alta Silesia Polaca*, Fallo sobre jurisdicción No. 6, 1925, CPJI, Serie A, No. 6, p. 14)¹¹⁵.

Por lo tanto, la Corte Internacional de Justicia resolvió que tenía competencia para entender en las reclamaciones relacionadas con el Tratado de 1956¹¹⁶. (Énfasis añadido) (Traducción del Tribunal).

¹¹³ *Ibidem*, págs. 427-429.

¹¹⁴ *Ibidem*, págs. 427-428.

¹¹⁵ *Ibidem*, págs. 428-429.

¹¹⁶ *Ibidem*, pág. 429.

138. Para interpretar la decisión de la Corte, debe tenerse en cuenta que la jurisdicción invocada por Nicaragua *en su solicitud* se basaba en las declaraciones hechas por ambas partes de que aceptaban la jurisdicción obligatoria de la Corte, las cuales no estaban sujetas a ningún requisito de negociación previa. Tal como se define en la solicitud, el objeto de la controversia se relacionaba con un conflicto armado que existía entre las partes. Los pasajes (citados por el Prof. Schreuer) sobre el rechazo, por parte de la Corte Internacional de Justicia, del argumento de los Estados Unidos estuvieron precedidos por el siguiente pasaje del fallo:

“83. Teniendo en cuenta los artículos del Tratado de 1956 [...], no cabe duda de que, dadas las circunstancias en que Nicaragua presentó su Solicitud ante la Corte, y a la luz de los hechos que allí se señalan, existe una diferencia entre las Partes, entre otras cosas, en cuanto a la “interpretación o aplicación” del Tratado. También se trata claramente de una diferencia que no se “arregl[a] satisfactoriamente por la vía diplomática”, conforme a lo dispuesto en el Artículo XXIV del Tratado de 1956 (cf. *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, ICJ Reports* 1980, párrafos 50 a 54, págs. 26-28).”¹¹⁷

139. En el presente caso, dado que el Artículo 10(2) del TBI Argentina-Alemania impone una “obligación”, y no una mera “opción”, el incumplimiento de lo dispuesto en el Artículo 10(2) no puede describirse como “un mero defecto de forma”, en especial porque no se sostiene (ni puede sostenerse) que Argentina haya impedido de algún modo a la Demandante someter su reclamación a los tribunales locales.

140. Si se leen detenidamente las opiniones emitidas en el caso *Nicaragua* y el Artículo XXIV(2) del Tratado de Amistad, Comercio y Navegación entre los Estados Unidos y Nicaragua de 1956 (en lo sucesivo “el Tratado de Amistad”), que allí se interpreta¹¹⁸, se observa claramente que en dicho artículo la “negociación” no se había prescrito específicamente como una condición *sine qua non* para que las partes pudieran acceder a la Corte. Esto se

¹¹⁷ *Ibidem*, párrafo 83, pág. 428.

¹¹⁸ Las disposiciones contenidas en el Artículo XXIV(2) están redactadas en términos muy habituales en los tratados bilaterales de amistad o de establecimiento, y es evidente que la intención de las partes al aceptar ese tipo de cláusulas consiste en otorgar ese derecho de recurrir unilateralmente a la Corte cuando no exista acuerdo sobre otros medios de resolución pacíficos (cf. *Caso relativo al personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán, ICJ Reports*, 1980, pág. 27, párrafo 52). En el caso *Nicaragua*, los Estados Unidos no negaron que el tratado estuviera vigente ni, en general, que el Artículo XXIV pudiera otorgar competencia a la Corte.

encuentra explicado (en el propio caso *Nicaragua, ICJ Reports*, 1984, página 446) en la opinión individual del juez Nagendra Singh, quien, coincidiendo con la opinión de la Corte, señaló:

“[E]n el tratado que se considera no se hace referencia alguna a negociación. En consecuencia, se ha cumplido la condición necesaria, conforme al Artículo XXIV, para que el caso pueda ser presentado ante la Corte Internacional de Justicia”.

141. El juez Nagendra Singh comparó luego el Artículo XXIV del Tratado de Amistad, Comercio y Navegación entre los Estados Unidos y Nicaragua de 1956 (en el caso presentado ante la Corte) con “otros tratados”:

“Hay varios tratados en los que se establece categóricamente que las negociaciones constituyen una condición previa para recurrir a la Corte Internacional de Justicia. Por ejemplo, la Convención sobre Prevención y Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas (1973) contiene la siguiente cláusula jurisdiccional. A continuación se reproduce el párrafo 1 del Artículo 13 del tratado:

Cualquier diferencia que surja entre dos o más Estados Partes con respecto a la interpretación o aplicación de la presente Convención *que no se solucione mediante negociaciones* se someterá al arbitraje a petición de uno de ellos. Si dentro del plazo de seis meses contado a partir de la fecha de la solicitud de arbitraje las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la organización del arbitraje, cualquiera de esas partes podrá someter la diferencia a la Corte Internacional de Justicia, mediante una solicitud presentada de conformidad con el Estatuto de la Corte. (Énfasis en el original).

En el tratado arriba referido, que fue citado por los Estados Unidos en el *Caso relativo al personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán (ICJ Reports 1980)*, parecería que la cláusula de jurisdicción hacía de las negociaciones una condición esencial para iniciar el arbitraje, y del período de seis meses contados a partir de la fecha de la solicitud de arbitraje, una condición previa para llevar la diferencia ante la Corte Internacional de Justicia”. (Énfasis añadido) (Traducción del Tribunal).

142. Por lo tanto, incluso un requisito de negociación previa puede (o no) ser considerado como requisito jurisdiccional; ello dependerá de su texto y contexto.
143. De lo anterior se desprende que la afirmación categórica del Prof. Schreuer de que “los obstáculos procesales no constituyen requisitos jurisdiccionales y pueden pasarse por alto” no puede aceptarse en términos tan absolutos. Todo dependería del caso, ya que incluso los

“obstáculos procesales” se pueden redactar de determinada manera para darles carácter “jurisdiccional”. Así ocurrió, por ejemplo, en la decisión del tribunal del CIADI en el caso *Enron*¹¹⁹ (también mencionada por el Prof. Schreuer en una nota a pie de página de su carta del 19 de octubre de 2007), en que el período de negociaciones de seis meses se consideró (en ese caso) como requisito jurisdiccional. El pasaje pertinente de la decisión del CIADI en el caso *Enron* reza:

“No obstante, el Tribunal desea señalar, en este sentido, que la conclusión alcanzada no se debe a que el período de seis meses de negociación pudiera ser un mero requisito de procedimiento de carácter no jurisdiccional, como han argumentado las Demandantes y afirmado otros tribunales. En opinión de este Tribunal, dicho requisito reviste, sin duda, carácter jurisdiccional. Su incumplimiento conduciría a que se determinara la falta de jurisdicción. Como se señaló, en el presente caso se cumplió ese requisito, ya que la naturaleza y el alcance de la controversia son idénticas en las provincias argentinas. Lo mismo es cierto si se decidiera que la diferencia es de carácter subordinado o adicional respecto de una demanda presentada anteriormente.”¹²⁰ (Énfasis añadido) (Traducción del Tribunal).

144. A esto se agrega otra declaración pericial del Prof. Christoph Schreuer:

“Como señalé en mi declaración, los tribunales de inversiones han sostenido que los períodos de espera obligatorios para realizar negociaciones no constituyen un impedimento para la realización de procedimientos de arbitraje.. (Nota a pie de página: Para consultar un obiter dictum en sentido contrario, véase *Enron c. Argentina*, decisión de jurisdicción del 14 de enero de 2004, párrafo 88). En varios casos, los tribunales han concluido que su competencia no se veía afectada por la falta de cumplimiento de los períodos de espera obligatorios”. (Traducción del Tribunal).

145. Es incorrecto calificar la obligación impuesta por el Artículo 10(2) del TBI Argentina-Alemania como “período de espera obligatorio”. La obligación bajo el Artículo 10(2) presenta dos aspectos, dado que está compuesta tanto por un elemento *ratione fori* como por un elemento *ratione temporis*. En el presente caso, el hecho de que en algunas decisiones se determine que los “períodos de espera” no constituyen un requisito jurisdiccional, sino

¹¹⁹ El tribunal en el caso *Enron* estaba compuesto por el Prof. Francisco Orrego Vicuña (Presidente), el Dr. Héctor Gros Espiell (Árbitro) y el Sr. Pierre-Yves Tschanz (Árbitro). El Prof. Francisco Orrego Vicuña también fue Presidente del tribunal del CIADI en el caso *Maffezini c. el Reino de España*.

¹²⁰ *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/3), Decisión sobre jurisdicción del 14 de enero de 2006, párrafo 88. (“*Enron c. Argentina*”).

“procesal”, no obsta a que el requisito de litigar ante los tribunales locales durante 18 meses sea considerado como un requisito de carácter jurisdiccional. En el texto del TBI Argentina-Alemania también, se prescriben los dos requisitos de manera diferenciada. En el Artículo 10(1) se señala: “Las controversias [...] deberán, **en lo posible**, ser amigablemente dirimidas entre las partes en la controversia” (Énfasis añadido). En el Artículo 10(2), en cambio, el término imperativo “será” (que aparece solo) se usa sin ninguna otra calificación. Indudablemente, un período de espera para intentar una resolución amigable (o para una “negociación”) no equivale a la obligación de acudir a la jurisdicción de los tribunales locales durante cierto período. El primero de esos conceptos está contemplado dentro del TBI Argentina-Alemania en el párrafo 1 del Artículo 10; el segundo es el objeto del párrafo 2 del Artículo 10.

146. Un examen de las decisiones de los tribunales del CIADI a las que hace referencia el Prof. Schreuer (y que se invocan en el párrafo 17 del escrito posterior a la audiencia de la Demandante) no respalda la aseveración de que pueda pasarse por alto disposiciones que impongan la obligación de buscar reparación en los tribunales locales.

147. Por el contrario, en la decisión recaída en el caso *Maffezini c. el Reino de España* (en la que se ha apoyado en gran medida la Demandante en su Solicitud de Arbitraje para invocar la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida), el tribunal (en ese caso) declaró que el requisito, establecido en un tratado, de acudir a los tribunales locales con un período de espera de 18 meses no era un mero trámite “procesal”, sino que era un requisito jurisdiccional. En *Maffezini*, en relación con el Artículo X(2) del TBI Argentina-España (que se corresponde con el Artículo 10(2) del TBI Argentina-Alemania), el tribunal declaró que el mero hecho de que, transcurrido el período de 18 meses, cualquiera de las partes tendría la posibilidad de someter el caso a arbitraje internacional independientemente de cual haya sido el resultado de los procedimientos internos no significaba que la cláusula (relativa al planteo de la reclamación ante los tribunales locales) revistiera carácter meramente “procesal” y pudiera pasarse por alto. En *Maffezini*, el tribunal no calificó a ese tipo de cláusula como “carente de sentido” o “fútil”; por el contrario, afirmó que una cláusula que imponga la obligación de acudir ante tribunales locales y con un período de

espera de 18 meses a partir de esa comparecencia tenía un propósito reconocido. A continuación se citan los párrafos pertinentes de la decisión dictada en el caso *Maffezini*:

“34. Pasando ahora a la segunda parte del argumento del Demandado, cabe preguntarse si una parte en una controversia que no haya sometido el caso a un tribunal nacional como lo requiere el Artículo X(2), ha renunciado por ello al derecho de someter la cuestión al arbitraje internacional. A este respecto cabe observar que el párrafo 2 dispone que la controversia “será sometida” a los tribunales competentes del Estado Parte en cuyo territorio se haya realizado la inversión, y que el párrafo 3(a) establece enseguida que la controversia “podrá ser sometida” a un tribunal arbitral internacional a petición de una de las partes en la controversia en las siguientes circunstancias: cuando no exista decisión de un tribunal nacional sobre el fondo después de transcurridos dieciocho meses o cuando existiendo tal decisión subsista la controversia.”

“35. Esta redacción sugiere que las Partes Contratantes del ABI —Argentina y España— quisieron dar a sus respectivos tribunales la oportunidad, dentro del plazo señalado de dieciocho meses, de solucionar la controversia antes de que ésta pudiera ser sometida al arbitraje internacional. El Demandante afirma, sin embargo, que éste no puede haber sido el significado que se le quiso dar al Artículo X(2), por la sencilla razón de que, al final de dicho plazo, cualquiera de las partes seguiría estando en libertad de llevar el caso al arbitraje internacional, con independencia del resultado del proceso judicial nacional.” (Énfasis añadido).

“36. Si éste hubiera sido el único argumento del Demandante sobre esta materia, el Tribunal habría tenido que concluir que, en vista de que el Demandante no ha sometido el caso a los tribunales españoles como lo exige el Artículo X(2) del ABI, el Centro carecía de jurisdicción y el Tribunal no era competente para considerar el caso. Esto se debe a que la posición del Demandante sobre este punto prescinde de dos consideraciones importantes. La primera es que, si bien las partes estarían en libertad de recurrir al arbitraje internacional después de transcurridos los dieciocho meses, independientemente del resultado del proceso judicial nacional, es probable que lo harían sólo si no quedaran satisfechas con la sentencia del tribunal nacional. Más aún, ciertamente no lo harían si estuvieran convencidas de que el tribunal internacional llegaría a la misma decisión. En tal sentido, se da a los tribunales de las Partes Contratantes la oportunidad de asegurar las obligaciones internacionales garantizadas por el ABI. A la luz del texto del tratado, debe suponerse que ésta es una facultad que las Partes Contratantes quisieron conservar para sus tribunales, aún cuando dentro de un plazo determinado. La segunda consideración es que la interpretación que hace el Demandante del Artículo X(2) privaría a esta disposición de todo significado, lo que no se compadecería con los principios generalmente aceptados de interpretación de los tratados, especialmente los de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que se han señalado. (Énfasis añadido).

“37. Como se señaló anteriormente, si esa argumentación del Demandante en cuanto al Artículo X(2) hubiera sido la única, el Tribunal habría tenido que rechazarla. Sin embargo, en vista de que el Demandante argumenta, como alternativa, que tiene derecho a invocar la cláusula de la nación más favorecida contenida en el ABI, sería prematuro desestimar la solicitud presentada al Tribunal

sin considerar debidamente este otro argumento. Por consiguiente, el Tribunal pasará ahora a considerar el argumento alternativo del Demandante. (Énfasis añadido).¹²¹

148. Respecto de los otros “casos” mencionados en el párrafo 17 del escrito posterior a la audiencia de la Demandante, en ninguno de ellos la cláusula pertinente contiene el término imperativo “será”. Se ha sostenido que las cláusulas que exigen someter previamente la cuestión a los tribunales locales podrían “derogarse” o “pasarse por alto”, pero en las decisiones citadas en la carta del Prof. Christoph Schreuer de fecha 19 de octubre de 2007 no se consideran disposiciones análogas al Artículo 10(2) del TBI Argentina-Alemania.
149. Por ejemplo, en *Ethyl Corporation c. Canadá*, (Caso TLCAN/CNUDMI), Decisión sobre jurisdicción del 24 de junio de 1998, Canadá afirmó que la demandante no había observado el período de espera de seis meses contado a partir de la fecha de los hechos alegados (que habían motivado la reclamación) antes de someter la reclamación a arbitraje, conforme a lo dispuesto en el Artículo 1120 del TLCAN (“Siempre que hayan transcurrido seis meses desde que tuvieron lugar los actos que motivan la reclamación, un inversor contendiente podrá someter la reclamación a arbitraje [...]”). En *Ethyl c. Canada*, el tribunal llegó a la conclusión fáctica de que, si bien la disposición contenida en el Artículo 1120 acerca del período de seis meses había sido redactada para promover las consultas o las negociaciones, en el caso que tenía ante sí el tribunal, cualquier intento de consulta o negociación habría sido “fútil”. Es por ello que al final del párrafo 85 de su decisión, el tribunal manifestó lo siguiente:

“Teniendo en cuenta las circunstancias específicas del presente caso, el Tribunal resuelve que ni el Artículo 1119 ni el Artículo 1120 deben dar lugar a la interpretación de que este Tribunal carece de competencia [...]”. (Énfasis añadido).

150. En la decisión del caso *Wena Hotels*¹²² (mencionado en la carta del Prof. Schreuer del 19 de octubre de 2007 y en el párrafo 17 del escrito posterior a la audiencia de la Demandante), la decisión no sienta precedente alguno, dado que la demandada en *Wena Hotels* desistió, durante la audiencia, de su excepción a la jurisdicción y el tribunal aceptó el ofrecimiento de

¹²¹ *Maffezini c. España*, párrafos 34-37.

¹²² *Wena Hotels c. Egipto*, Decisión sobre jurisdicción del 29 de junio de 1999.

la demandada de desistir de dicha excepción. En la página 89, el tribunal declaró:

“Inicialmente, Egipto objetó que Wena no había cumplido dos requisitos procesales previos contenidos en esta disposición. En primer lugar, señaló que “no [había] cumplido el requisito relativo al período de espera de tres meses”. En segundo lugar, sostuvo que el consentimiento de Wena debería haber sido “otorgado antes de que comenzaran el procedimiento, y no al mismo tiempo”.

Sin embargo, como ya se señaló, durante los alegatos orales de la segunda sesión del Tribunal, la Demandada desistió de su excepción. Como señaló con acierto la Demandada, aun cuando a estas excepciones procesales hubieran sido declaradas con lugar, éstas podrían haber sido rectificadas fácilmente y habrían tenido pocos efectos prácticos, salvo el de retrasar el procedimiento. En consecuencia, el Tribunal acepta el ofrecimiento de la Demandada de desistir de esas excepciones”.

No se trata de una “decisión” del tribunal, sino de la aceptación por parte del tribunal del ofrecimiento de la demandada de desistir de su excepción a la jurisdicción.

151. En el caso *Ronald S. Lauder c. la República Checa*¹²³, sometido al arbitraje de la CNUDMI, el Artículo VI del tratado pertinente reza:

“183. En cualquier momento luego de transcurridos seis meses desde la fecha en que se originó la diferencia, el nacional o la compañía en cuestión tiene la opción de prestar su consentimiento por escrito para que la diferencia se resuelva mediante conciliación o arbitraje obligatorio [...]”.

Y el párrafo pertinente de la decisión del tribunal reza:

“187. No obstante, el Tribunal de Arbitraje considera que este requisito del período de espera de seis meses previsto en el Artículo IV(3)(a) del Tratado no es una disposición jurisdiccional, es decir, un límite a la autoridad del Tribunal de Arbitraje para pronunciarse sobre el fondo de la diferencia, sino una norma procesal que debe ser cumplida por la Demandante (*Ethyl Corporation c. Canadá*, CNUDMI, 24 de junio de 1998, 38 I.L.M 708 [1999], párrafos 74-88). Como se señaló, el propósito de esta norma es permitir a las partes emprender negociaciones de buena fe antes de recurrir al arbitraje”.¹²⁴ (Énfasis añadido).

Esta última frase muestra que el caso *Ronald Lauder* concernía una cláusula de negociación que corresponde con la del Artículo 10(1) del TBI Argentina-Alemania, y no con una disposición que corresponda con la del Artículo 10(2) de dicho BIT.

¹²³ *Ronald Lauder c. República Checa*, párrafo 183. (Traducción del Tribunal).

¹²⁴ *Ibidem*, párrafo 187. (Traducción del Tribunal).

152. In *Bayindir Insaat c. la República Islámica de Pakistán* la decisión del tribunal se basó en una concesión, tal como se señala en los párrafos 99 y 100, que se citan a continuación:

“99. El propio Pakistán admite que el requisito de la notificación no puede constituir un requisito previo para la jurisdicción cuando, “dadas las circunstancias del caso, resulta imposible seguir los pasos [...]” necesarios (Tr. J., 72:20-24). En el contexto específico del arbitraje en materia de inversiones, los tribunales internacionales suelen invocar el carácter no absoluto de los requisitos de notificación para concluir que los requisitos que consisten en períodos de espera no constituyen disposiciones jurisdiccionales, sino simplemente normas procesales que debe cumplir la demandante. Por consiguiente, no se considera que el cumplimiento de este tipo de requisitos equivalga a una condición previa para otorgar la jurisdicción. (Énfasis añadido).

100. El Tribunal comparte la opinión de que el requisito de la notificación no constituye un requisito previo para la jurisdicción. Contrariamente a la posición de Pakistán, el incumplimiento de este requisito no “no es fatal para los argumentos de la Demandada” (Tr. J., 222:34). Como señaló Bayindir, la exigencia de una notificación formal significaría simplemente que Bayindir tendría que presentar una nueva solicitud de arbitraje y reiniciar todo el procedimiento, lo que a nadie beneficiaría (Tr. J., 184:18 y siguientes).¹²⁵

Esto, una vez más, no sirve de respaldo al postulado en que se basa el párrafo 17 del escrito posterior a la audiencia de la Demandante, dado que, en el caso que se acaba de citar, el propio Pakistán había admitido que el requisito de la notificación no podía constituir un requisito previo para establecer la jurisdicción “cuando, dadas las circunstancias del caso, resulta imposible seguir los pasos necesarios”. El tribunal se mostró de acuerdo con esta afirmación en todos sus aspectos, y no sólo con una parte de ella: la de que el requisito de notificación sencillamente no constituía un requisito previo para la jurisdicción.

153. En el caso *SGS c. Pakistán*, el artículo pertinente del TBI se cita en la decisión del tribunal:

“80. El Artículo 9 del TBI reza:

(1) Para resolver las controversias relativas a las inversiones entre una Parte Contratante y un inversor de la otra Parte Contratante, y sin perjuicio del Artículo 10 del presente Acuerdo (Controversias entre Partes Contratantes), las partes interesadas celebrarán consultas.

(2) Si esas consultas no permiten solucionar la controversia en un plazo de 12

¹²⁵ *Bayindir c. Pakistán*, Decisión sobre jurisdicción del 14 de noviembre de 2005.

meses, y si el inversor implicado lo acepta por escrito, la controversia será sometida al arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, creado por el Convenio de Washington de fecha 18 de marzo del año 1965, sobre el arreglo de diferencias relativas a las inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados”. [...] ¹²⁶

El tribunal que intervino en el caso *SGS c. Pakistán* llegó (en lo pertinente) a la siguiente conclusión:

“184. En general, los tribunales han tendido a sostener que los períodos de consulta no son de naturaleza obligatoria y jurisdiccional, sino más bien orientadora y procesal. (Por ejemplo en *Ethyl Corporation c. el Gobierno de Canadá*, decisión sobre jurisdicción, 24 de junio de 1998, 38 I.L.M. 708, 724). Por consiguiente, no se considera que el cumplimiento de ese requisito constituya una condición previa para asumir jurisdicción”. ¹²⁷

Existe una pronunciada y clara diferencia entre lo que se establezca en un TBI respecto de las “consultas” (o del “período de espera”) y el requisito de que una demandante acuda a la jurisdicción de los tribunales locales durante cierto período antes de recurrir al arbitraje. En consecuencia, la línea de casos dado como ejemplo en *SGS c. Pakistán*, no tienen relevancia sobre la decisión de este Tribunal en el presente caso.

h) La cuestión de si el preámbulo del TBI Argentina-Alemania (“promoción y protección de los inversores”) permitiría prescindir del Artículo 10(2)

154. El invocar el preámbulo del TBI para respaldar el acceso directo e irrestricto al arbitraje del CIADI también es una equivocación. La afirmación (realizada en el párrafo 23 del Memorial de contestación sobre jurisdicción de la Demandante) de que el objeto del TBI Argentina-Alemania es proteger y promover las inversiones y estimular la iniciativa privada, y de que, por lo tanto, un sistema de acceso directo al CIADI está en concordancia con el objeto del TBI no es una lectura correcta del preámbulo del Tratado, en que se declara: 1) el deseo de los Estados de intensificar la cooperación económica entre ellos; 2) el propósito de crear condiciones favorables para las inversiones de los nacionales o sociedades de uno de los dos Estados en el territorio del otro estado, y 3) el reconocimiento de que la promoción y protección de esas inversiones “mediante un tratado” puede servir para estimular la

¹²⁶ *SGS c. Pakistán*, párrafo 80. (Traducción del Tribunal).

¹²⁷ *Ibidem*, párrafo 184. (Traducción del Tribunal).

iniciativa económica privada e incrementar el bienestar de ambos pueblos. El “tratado” es el propio TBI.

155. Sin duda, la promoción y protección de las inversiones es uno de los objetos o propósitos del TBI, pero en el TBI Argentina-Alemania esa promoción y protección ha de realizarse “mediante un tratado” (o sea, conforme a los términos del Tratado, es decir, el TBI), lo cual no podría de ningún modo excluir las disposiciones del Artículo 10(2). Si el objeto y propósito perseguidos hubieran consistido en admitir un acceso directo, inmediato e irrestricto al arbitraje del CIADI, la inclusión del Artículo 10(2) habría resultado ociosa y superflua. Por lo tanto, la suposición y afirmación hechas en este procedimiento (y también en algunas decisiones dictadas por los tribunales del CIADI) de que, siendo el objeto y propósito del TBI la protección y promoción de las inversiones, debe presumirse un acceso directo irrestricto al CIADI va en contra del texto (y del contexto) de este TBI, es decir, del TBI Argentina-Alemania.

4. Conclusión sobre el primer aspecto de la primera excepción preliminar sobre jurisdicción de Argentina

156. En conclusión, por las razones arriba mencionadas, el Tribunal resuelve, en relación con esta primera parte de la primera excepción preliminar opuesta por Argentina sobre jurisdicción, que Wintershall (la Demandante) no podía dejar de cumplir lo dispuesto en el Artículo 10(2) del TBI Argentina-Alemania antes de iniciar los procedimientos de arbitraje. Puesto que la Demandante no podía dejar de cumplir con lo dispuesto en el Artículo 10(2), el Tribunal carece de competencia para entender en la reclamación y proceder a analizar el fondo de la diferencia.

157. Naturalmente, esta decisión se ha adoptado sin tener en cuenta el segundo aspecto de la primera excepción preliminar sobre jurisdicción opuesta por Argentina, que tiene que ver con el argumento de la Demandante de que corresponde hacer extensiva al Artículo 10 la cláusula de la nación más favorecida prevista en el Artículo 3 del TBI Argentina-Alemania. Es este segundo aspecto el que se analizará a continuación.

OCTAVA PARTE

VIII. ARGUMENTOS Y AFIRMACIONES DE LAS PARTES SOBRE LA SEGUNDA PARTE DE LA PRIMERA EXCEPCIÓN PRELIMINAR A LA JURISDICCIÓN OPUESTA POR ARGENTINA: LA CUESTIÓN DE LA EXTENSIÓN DE LA CLÁUSULA DE LA NMF CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 3 DEL TBI ARGENTINA-ALEMANIA AL ARTÍCULO 10 DE DICHO TBI

1. Argumentos y afirmaciones de la Demandada

a) En su memorial sobre las excepciones a la jurisdicción

158. A continuación se resumen los argumentos y afirmaciones de la Demandada contenidos en su memorial sobre la jurisdicción:

- (1) Argentina y Alemania excluyeron las cuestiones relativas a la resolución de diferencias del ámbito de la cláusula de la NMF (TBI, Artículo 3). (Memorial de Argentina sobre las excepciones a la jurisdicción, párrafos 9-13, páginas 3-5);
- (2) La cláusula de la NMF del TBI Argentina-Alemania no puede aplicarse a las disposiciones relativas a la solución de diferencias. (Párrafos 14-21, páginas 5-7);
- (3) Cualquier interpretación diferente violaría los principios de interpretación *ejusdem generis* y *effet utile*. (Párrafo 22, página 7). La interpretación que Wintershall asigna a la cláusula de la NMF viola el principio *ejusdem generis*. (Párrafos 23 al 28, páginas 7-9). Según el principio *ejusdem generis*, las disposiciones relativas a la resolución de diferencias nunca pueden incluirse en el ámbito y significado de la cláusula de la NMF;
- (4) La interpretación que Wintershall asigna a la cláusula de la NMF también viola el principio de interpretación *effet utile*. (Párrafos 29 al 37, páginas 9-11);
- (5) La jurisprudencia confirma la “imposibilidad” de Wintershall de invocar la cláusula de la NMF para la solución de la diferencia. (Párrafos 38 al 45, páginas 11-13);
- (6) El caso *Salini c. Jordania* demuestra la improcedencia de la pretensión de Wintershall. (Párrafos 46 al 56, páginas 13-15);
- (7) El caso *Plama c. Bulgaria* confirma la improcedencia del reclamo (y destaca los errores del caso *Siemens*). (Párrafos 57 a 72, páginas 16-19), y
- (8) Como señaló el tribunal [en el caso] *Plama*, la cláusula de la NMF de un tratado no se aplica a las cláusulas de resolución de controversias, salvo que la cláusula de la NMF del tratado no deje lugar a dudas de que las partes quisieron lo contrario. En la

cláusula de la NMF del TBI Argentina-Alemania no se advierte intención alguna de las Partes de darle tal alcance. (Párrafo 73, página 20).

b) Escrito posterior a la audiencia de la Demandada fechado 30 de octubre de 2007

159.1 En su escrito posterior a la audiencia, la Demandada manifestó lo siguiente:

- (1) La cláusula de la NMF estipulada en el Artículo 3 del TBI Argentina-Alemania no se extiende a las disposiciones relativas a la resolución de diferencias. La cláusula de la NMF, según lo establecido en el TBI, no debería aplicarse conforme a los deseos de los inversores. De lo contrario, el TBI, la cláusula prevista en él y la intención de las Partes Contratantes se verían distorsionados (Escrito posterior a la audiencia de la Demandada, párrafo 9, pág. 3).
- (2) La disposición relativa a la NMF contenida en un tratado básico no abarca por referencia las disposiciones relativas a la resolución de diferencias establecidas en su totalidad o parcialmente en otro tratado, a menos que la disposición relativa a la NMF del tratado básico no deje duda alguna de que las Partes Contratantes tuvieron la intención de incorporarlas. En el presente caso, las Partes Contratantes en el Tratado no tuvieron la intención de extender el ámbito de la cláusula de la NMF a las cuestiones relativas a la resolución de diferencias. Ello resulta claramente de la redacción de la cláusula de la NMF en el TBI, que es distinta, por ejemplo, de la redacción de una cláusula similar del TBI celebrado entre Argentina y España (Escrito posterior a la audiencia de la Demandada, párrafo 10, págs. 3-4).
- (3) No se justifica interpretar la cláusula de la NMF para importar derechos procesales. Una cosa es otorgar al inversor el trato de la nación más favorecida, y otra es utilizar la cláusula de la NMF para evitar la limitación prevista en el TBI cuando las Partes en éste no han redactado la mencionada cláusula de una manera que refleje esa intención (como se ha hecho en otros tratados). Ni las observaciones de la Demandante ni las del Profesor Schreuer revelan que fuera otra la intención de las Partes en el Tratado (Escrito posterior a la audiencia de la Demandada, párrafo 1, pág. 4).
- (4) Asimismo, ha quedado establecido en el derecho internacional que los tratados deben ser interpretados teniendo en cuenta el principio de la eficacia de la totalidad de sus disposiciones. Este principio encuentra su expresión en el Artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en la medida en que dicho artículo tiene por fin asegurar que se otorgue significado y efecto a todas las disposiciones del tratado y que ninguna de ellas se deje sin efecto. Si fuere a aceptarse la interpretación de la Demandante y del Profesor Schreuer, el Artículo 10 del TBI Argentina-Alemania no tendría ningún *effet utile*. Argentina y Alemania no habrían tenido razón alguna para incluir el Artículo 10(1) y (2) en el TBI si cualquier inversor alemán o argentino pudiera desestimar dichas disposiciones desde el

momento de la entrada en vigor del Tratado.

En la audiencia, Argentina citó ejemplos de tratados bilaterales de inversión que no incluyen la disposición relativa al plazo de 18 meses, que estaban en vigencia cuando el Congreso de Argentina aprobó el TBI celebrado con Alemania y más adelante cuando fue ratificado por Argentina; tratados bilaterales de inversión sin la cláusula relativa al plazo de 18 meses que estaban en vigor para Alemania cuando ese país ratificó el TBI celebrado con Argentina; y tratados bilaterales de inversión en los que no se incorpora el requisito de que se cumpla el plazo de 18 meses, que fueron celebrados por Estados que son parte de tratados bilaterales de inversión celebrados con Argentina en los que se incluye dicha exigencia. Todo esto indica que Argentina y Alemania no tenían la intención de extender la aplicabilidad de la cláusula de la NMF a las cuestiones relativas a la resolución de diferencias, porque, de otro modo, el requisito de cumplimiento del plazo de 18 meses de iniciado un litigio ante los tribunales nacionales habría sido privado de todo efecto desde el mismo momento de entrada en vigor del Tratado.

2. Argumentos y afirmaciones de respuesta de la Demandante

a) En su memorial de contestación sobre jurisdicción

159.2 La Demandante manifestó en su memorial de contestación sobre jurisdicción lo siguiente:

- (1) En primer lugar, ambas partes ya han consentido al arbitraje del CIADI. La Demandante simplemente persigue la aplicación de la cláusula de la NMF para superar la regla temporal de 18 meses ante los tribunales argentinos que establece el TBI Alemania-Argentina. Esta postura surge claramente del Memorial de la Demandante.
- (2) Dado que tanto Argentina como la Demandante han consentido el arbitraje del CIADI, la aplicación de la disposición NMF precedente contenida en el TBI Alemania - Argentina no involucra temas sobre jurisdicción, del consentimiento al arbitraje, ni de la esencia del mecanismo de resolución de diferencias establecido en el TBI Alemania - Argentina, ni desplaza una disposición de política pública, porque no está importando al TBI un mecanismo de resolución de diferencias ajeno a dicho tratado. Adicionalmente, la aplicación de la disposición NMF contenida en el TBI en relación con los mecanismos de resolución de diferencias no se vincula con “requisitos referentes a la admisibilidad sustancial de pretensiones del inversor extranjero”.¹²⁸

¹²⁸ *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2), Laudo del 29 de mayo de 2003, párrafo 74, citado en el memorial de contestación sobre jurisdicción de la Demandante, párrafo 9. (“*Tecmed c. México*”).

- (3) A fin de superar una regla temporal, la Demandante afirma que la cláusula de la NMF del TBI se aplica a las disposiciones sobre resolución de diferencias dado que dicho mecanismo es un elemento esencial del régimen de protección de las inversiones extranjeras. El acceso “a ese arbitraje después de recurrir a los tribunales nacional 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”.¹²⁹
- (4) Con relación al alcance y la importancia de la cláusula NMF en los Artículos 3(1) y (2) del TBI, no hay ni un sólo elemento en el TBI que indique la intención de las Partes de excluir la aplicación de esa cláusula a la resolución de controversias. Por el contrario, la existencia de ciertas limitadas restricciones expresas en el Artículo 3(3) y (4) del TBI relativas a uniones aduaneras o económicas, un mercado común o una zona de libre comercio, y cuestiones impositivas, y las cuestiones excluidas por la Cláusula Adicional del Protocolo al Artículo 3 relativas a medidas adoptadas por motivos de seguridad y orden público, salud pública o moralidad, claramente significan que las limitaciones no se aplican a la resolución de controversias.¹³⁰
- (5) La práctica demuestra que Argentina es parte demandada en 35 reclamos ante el CIADI. Veinticinco controversias de inversión contra Argentina fueron presentadas bajo TBI que disponen acceso directo al CIADI. En seis de diez reclamos arbitrales con TBI que contienen disposiciones de resolución de controversias similares a las del TBI Alemania - Argentina, ya fueron emitidas decisiones de jurisdicción. Todas esas decisiones de jurisdicción han favorecido la aplicación de las cláusulas NMF a la resolución de controversias. El mismo criterio fue aplicado por el tribunal CNUDMI en el caso *National Grid*. De esta forma, las demandantes en dichos casos obtuvieron acceso directo a la jurisdicción del CIADI a través de la aplicación de tratados concluidos con terceros Estados.¹³¹
- (6) Sobre esa base, la cláusula NMF en el TBI Alemania - Argentina se aplica a las “inversiones” y a los “inversores” respecto de las “actividades relacionadas con las inversiones”. Y el acceso directo al CIADI, foro consentido para la resolución de controversias entre ambos Estados Contratantes del TBI, está comprendido en el tratamiento de NMF de las inversiones y las actividades relacionadas con las inversiones dispuesto por los Artículos 3(1) y (2) del TBI Alemania - Argentina, porque la resolución de controversias se relaciona directamente con el “trato de las inversiones” y las “actividades relacionadas con las inversiones”.¹³²

¹²⁹ *Gas Natural c. Argentina*, párrafos 29-31, citado en el memorial de contestación sobre jurisdicción de la Demandante, párrafo 10.

¹³⁰ *National Grid Plc. c. República Argentina* (Caso CNUDMI), Decisión sobre jurisdicción del 20 de junio de 2006, párrafo 82, citado en el memorial de contestación sobre jurisdicción de la Demandante, párrafo 11. (“*National Grid c. Argentina*”).

¹³¹ Memorial de contestación sobre jurisdicción de la Demandante, párrafo 17.

¹³² *Ibidem*, párrafo 33.

- (7) El TBI permite el acceso directo al CIADI a través de la cláusula NMF porque el CIADI es un foro consentido bajo ese TBI. La decisión en *Plama* no resulta aplicable al presente caso. Incluso, si se siguiera la línea argumental de *Plama*, tanto las circunstancias excepcionales previstas por *Plama* y su justificación de *Maffezini* están claramente presentes en este caso. Consecuentemente, las conclusiones de *Plama* no contradicen la invocación que hace la Demandante del Artículo VII del TBI entre Estados Unidos y Argentina mediante la aplicación de la cláusula NMF.¹³³

b) Escrito posterior a la audiencia de la Demandante fechado 30 de octubre de 2007

159.3 En su escrito posterior a la audiencia, la Demandante manifestó que:

- (1) La cláusula de NMF del TBI Argentina-Alemania resulta claramente aplicable al arreglo de diferencias. El hecho de que el arreglo de diferencias es parte del tratamiento que constituye el objeto de las cláusulas NMF ya fue establecido en 1956, cuando la Comisión Ambatielos, empleando una terminología distinta, [...] consideró que la “administración de justicia” se relacionaba con “la protección de los derechos de los comerciantes” y por lo tanto, extendió el trato de la NMF a la “administración de justicia.” (Escrito posterior a la audiencia de la Demandante, párrafo 1).
- (2) La cláusula NMF impone la obligación de otorgar un tratamiento más favorable al beneficiario del TBI y es parte del TBI. (*Ibidem*, párrafo 2).
- (3) Las Partes Contratantes también fueron muy cuidadosas en establecer las materias específico que deberían estar excluidas del ámbito de aplicación de la cláusula de la NMF. En los Art[ículos] 3(3) y 3(4) del TBI se incluyeron ciertas restricciones limitadas y expresas relativas a los privilegios resultantes de la participación en una unión aduanera o económica, en un mercado común, en zonas de libre comercio o acuerdos para evitar la doble imposición. Sin embargo, dichas exclusiones no se refieren al arreglo de diferencias. Por lo tanto resulta evidente que el arreglo de diferencias no está excluido. (*Ibidem*, párrafo 7).
- (4) Asimismo, tal como lo explicó el Tribunal del caso *Siemens* que debió analizar el TBI Argentina-Alemania, el hecho de que se incluyera una cláusula adicional de NMF adicional en el Art[ículo] 4(4) del TBI con respecto a la expropiación y la plena protección y seguridad tuvo por objeto enfatizar la protección en relación con estos dos estándares que resultan ser de suma importancia para los inversores, -ello no le quita sentido a la cláusula de NMF de los Arts. 3(1) y (2), ni requiere que se inserte una cláusula de NMF en cada disposición del tratado. (*Ibidem*, párrafo 8).
- (5) La invocación del tratamiento de NMF en relación con el arreglo de diferencias no se relaciona con el consentimiento: su efecto es tan solo prescindir requisitos

¹³³ *Ibidem*, párrafo 57.

procesales. El Estado contratante presta su consentimiento a la jurisdicción del CIADI al firmar el TBI. Este consentimiento cubre todas las disposiciones del TBI, incluyendo la cláusula de NMF. El CIADI es un foro consentido por la Argentina y Alemania en virtud del Art[ículo] 10 del TBI. Por lo tanto, a diferencia de la situación que se presentó ante el Tribunal en las causas *Plama* y *Telenor*, en el presente caso mediante la invocación de la cláusula de NMF, la Demandante no está intentando importar al TBI Alemania-Argentina un mecanismo de arreglo de diferencias que es ajeno [a dicho TBI], ni sustituir un mecanismo específicamente acordado por otro enteramente diferente. La Demandante sólo está intentado valerse de un tratamiento más favorable acordado a otros inversores extranjeros. (*Ibidem*, párrafo 10).

- (6) Asimismo, la posibilidad de “prescindir” o “dejar de lado” un paso procesal no resulta novedosa en el contexto de los tratados de inversión, aún fuera del contexto de las cláusulas de la NMF. (*Ibidem*, párrafo 13).

3. Análisis y conclusiones del Tribunal acerca de la segunda parte de la primera excepción preliminar a la jurisdicción opuesta por Argentina

- a) La Demandante sostiene que, como Argentina y Wintershall ya han consentido al arbitraje del CIADI, la aplicación de las disposiciones de la NMF del Artículo 3 del TBI Argentina-Alemania no involucra cuestiones sobre jurisdicción o consentimiento al arbitraje o la parte sustancial del mecanismo de resolución de diferencias**

160. El Tribunal no puede aceptar este argumento por los motivos que se indican a continuación:

- (1) La Demandante aplica la disposición de la NMF del Artículo 3 del TBI Argentina-Alemania sólo a los fines de llegar a la disposición relativa a la resolución de diferencias contenida en el TBI Argentina-Estados Unidos, para poder de esa manera sostener que es el Artículo VII de éste último tratado el que rige la resolución de diferencias entre Argentina y un inversor alemán en Argentina “en lugar de” la disposición relativa a la resolución de diferencias contenida en el Artículo 10 del TBI Argentina-Alemania. Por lo tanto, dicha invocación por la Demandante de la disposición de la NMF del Artículo 3 del TBI Argentina-Alemania abarca claramente “cuestiones de jurisdicción o consentimiento al arbitraje [...]”.

- (2) El Convenio del CIADI, dentro de cuyo marco se ha registrado este caso de arbitraje, combina un sistema de derecho público de responsabilidad del Estado con el arbitraje privado. En un artículo publicado hace unos años¹³⁴, el Sr. Jan Paulsson había descrito al arbitraje relativo a un tratado de inversión como un “arbitration-without-privity”. La frase ha perdurado. “Arbitration-without-privity” ha pasado a ser otra manera de denominar el arbitraje del CIADI. El Artículo 25 del Convenio, define la jurisdicción del Centro como aquella que se extiende a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (el Estado receptor) y el nacional de otro Estado Contratante “y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro”. El consentimiento por escrito de las partes (a someterse al arbitraje del CIADI) es “la piedra angular de la jurisdicción del Centro”. El “consentimiento ” general del Estado receptor al arbitraje del CIADI se expresa (y presta) cuando el Estado receptor celebra un tratado bilateral de inversión con otro Estado Contratante; esto suele describirse (en términos contractuales corrientes) como una “oferta permanente” hecha por el Estado receptor al grupo de posibles inversores del otro Estado Contratante: la oferta permanente es aceptada caso por caso cuando un inversor en particular solicita al Centro el dictado de un laudo acerca de su diferencia con el Estado receptor a través del arbitraje del CIADI.

El arbitraje relativo a inversiones en virtud del “consentimiento” general expresado por el Estado receptor carece por lo tanto de “privity”, aunque sólo al principio: privity queda (en teoría) establecido qua un inversor en particular del otro Estado Contratante, cuando este inversor en particular, tras haber planteado una diferencia relacionada con su inversión con el Estado receptor, solicita al Centro que registre su diferencia como un caso de arbitraje del CIADI. Y el requisito del transcurso de 18 meses de iniciado un procedimiento ante los tribunales locales —estipulado en el Artículo 10(2)— es un paso preliminar esencial para iniciar el arbitraje del CIADI, en el TBI Argentina-Alemania: constituye una parte integral de la “oferta permanente” (“consentimiento”) del Estado receptor, que debe ser aceptada en los mismos términos por cada inversor individual que recurre (en última instancia) al arbitraje del

¹³⁴ J. Paulsson, *Arbitration without Privity*, 1995, vol. 10, *ICSID Rev.*, 232, 256.

CIADI para solucionar su diferencia con el Estado receptor en el marco del TBI en cuestión. Por lo tanto, la invocación por la Demandante del Artículo VII del TBI celebrado entre Argentina y Estados Unidos, basándose en la disposición de la NMF del Artículo 3 del TBI Argentina-Alemania, plantea cuestiones no sólo acerca del consentimiento al arbitraje del CIADI, sino cuestiones como la de un “consentimiento” distinto (y discrepante) del “consentimiento” ya prestado por el Estado receptor (como se estableció antes).

Que el transcurso del plazo de dieciocho meses desde el inicio de un procedimiento en un tribunal local constituye un paso preliminar necesario para el arbitraje del CIADI, según el TBI Argentina-Alemania, surge del texto mismo del Artículo 10. En el Artículo 10 del TBI Argentina-Alemania se establecen cinco pasos estrechamente interrelacionados que debe cumplir todo inversor alemán antes de poder iniciar un arbitraje del CIADI, a saber: (1) primer paso: estudiar la posibilidad de que la diferencia sea amigablemente dirimida por las partes (Artículo 10(1)); (2) segundo paso: si las diferencias en el sentido del párrafo 1 no pueden dirimirse dentro del plazo de seis meses, contado desde la fecha de promovida dicha diferencia ante los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión (Artículo 10(2)); (3) tercer paso: la diferencia podrá ser sometida a un tribunal arbitral internacional cuando ambas partes en la diferencia así lo hayan convenido, o en el siguiente caso, a saber: a petición de una de las partes en la diferencia, cuando no exista una decisión sobre el fondo después de transcurridos 18 meses contados a partir de la iniciación del proceso judicial previsto por el Artículo 10(2), o cuando exista tal decisión pero la diferencia subsista entre las partes (Artículo 10(3)); (4) cuarto paso: en los casos previstos en Artículo 10(3) las diferencias entre las partes podrían someterse de común acuerdo (si las partes no hubieran acordado otra cosa) ya sea al arbitraje del CIADI o a un tribunal *ad hoc* establecido en el marco de la CNUDMI (Artículo 10(4)), y (5) quinto paso: si no se llegase a un acuerdo (acerca de lo anterior), después de un período de tres meses a partir de que una de las partes hubiere solicitado el comienzo del procedimiento

arbitral, la diferencia puede (entonces) someterse a un procedimiento arbitral en el marco del Convenio del CIADI (Artículo 10(4)).

El que un inversor pudiera elegir a su arbitrio omitir el segundo paso sencillamente no está contemplado, ni siquiera previsto, en el TBI Argentina-Alemania, porque el “consentimiento” (oferta permanente) del Estado receptor (Argentina) tiene como premisa haber sometido primero ante los tribunales competentes del Estado receptor toda la diferencia para su resolución por los tribunales locales. Es tan sólo en el caso de que los tribunales del Estado receptor no dictaran una decisión en el plazo de 18 meses o aun cuando exista tal decisión pero la diferencia subsista entre las partes, que se pueden adoptar otros pasos tendientes al inicio del arbitraje del CIADI en el marco del TBI Argentina-Alemania.

- (3) Además, es un principio general del derecho internacional que las cortes y los tribunales internacionales pueden ejercer su jurisdicción respecto de un Estado tan sólo con el consentimiento de éste. El principio suele describirse como un corolario de la soberanía e independencia del Estado¹³⁵. Un consentimiento presunto no es considerado como suficiente, porque los tribunales no pueden presumir una restricción cualquiera a la independencia de un Estado —que no haya sido consentida) — véase *Lotus case* [1927], CPJI, Series A, No. 10, pág. 18¹³⁶.

¹³⁵ “Ha quedado bien establecido en el derecho internacional que ningún Estado puede, sin su consentimiento, ser obligado a someter sus diferencias [...] ya sea a mediación o al arbitraje, ni a ningún otro tipo de solución pacífica” (*Status of Eastern Carelia case* [1923], CPJI, Serie B, No. 5, pág. 27);

“La Corte no se aparta del principio, que está bien establecido en el derecho internacional y ha sido aceptado por su propia competencia, así como también por la Corte Permanente de Justicia Internacional, en el sentido de que un Estado no puede ser obligado a someter, sin su consentimiento, sus diferencias al arbitraje” (*Ambatielos, Merits: Obligation to Arbitrate, case* [1953]), *ICJ Reports*, 1953, pág. 19);

“[...] decidir acerca de la responsabilidad internacional de Albania sin el consentimiento de este país sería contrario al principio bien establecido del derecho internacional y que ha sido incorporado al Estatuto de la Corte, a saber: que la Corte sólo puede ejercer su competencia sobre un Estado con el consentimiento de éste” (*Monetary Gold case* [1954], *ICJ Reports*, 1954, pág. 32). (Traducción del Tribunal).

¹³⁶ Esto se aplica a las restricciones del derecho sustancial, así como también a las restricciones resultantes de la participación del Estado en un determinado título jurisdiccional (véase el fallo *Aerial incident of July 27 1955 case* en *ICJ Reports*, 1959, pág. 142). El carácter de la norma del derecho internacional aplicable o la naturaleza de las obligaciones internacionales sustanciales invocadas, y la regla del consentimiento a la jurisdicción son dos cosas distintas (*East Timor case, ICJ Reports*, 1995, párrafo 29, pág. 102).

En el sistema del CIADI, el “consentimiento” del Estado receptor al arbitraje internacional se presta, no de manera general, sino, *inter alia*, en el marco de un tratado específico de inversión. El “consentimiento” del Estado receptor se presta en el momento de celebrarse un tratado bilateral de inversión con otro Estado. La afirmación de la Demandante en el sentido de que, como Argentina ya había prestado su consentimiento al arbitraje del CIADI en el Artículo 10 del TBI Argentina-Alemania, la invocación por la Demandante de las disposiciones de la NMF del Artículo 3 del mencionado TBI (una invocación efectuada para permitir a la Demandante tener acceso directo al arbitraje internacional) no entrañaría ninguna cuestión de jurisdicción, ni de consentimiento al arbitraje del Estado receptor, es sencillamente equivocada, porque desde el mismo momento en que la cláusula de la NMF es invocada por la Demandante como fundamento o base de jurisdicción (es decir, para permitir a la Demandante invocar el Artículo VII del TBI Argentina-Estados Unidos “en lugar del” Artículo 10 del TBI Argentina-Alemania), se plantea la cuestión del “consentimiento” (o falta de él) del Estado receptor a otra cláusula sobre la jurisdicción (de un TBI distinto).

b) La verdadera interpretación del Artículo 10 del TBI Argentina-Alemania en el contexto del Artículo 3 y la cláusula de la NMF contenida en este último artículo

161. En el Artículo 10 del TBI Argentina-Alemania consta la totalidad de acuerdo de las Partes Contratantes en lo relativo al arbitraje. Como consta en la opinión disidente conjunta en el caso *Ambatielos I* (la mayoría de los jueces de la CIJ no habían expresado opinión alguna al respecto), la obligación de someter una diferencia al arbitraje no puede extenderse por interpretación. Sobre la base de una sentencia anterior de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso *Phosphate in Morocco (Italia c. Francia, 1938)*, también se afirma (en la misma opinión disidente conjunta) que “una cláusula jurisdiccional no debe interpretarse en ningún caso de manera que vaya más allá de la intención de los Estados que la suscribieron”¹³⁷.

¹³⁷ *Phosphates in Morocco (Italia c. Francia)*, CPJI, Fallo de 1938, *ICJ Reports*, 1953, pág. 33. La cita de la decisión de la CPJI en A/B No. 74, pág. 23-24 dice lo siguiente:

162. De la simple lectura del TBI Argentina-Alemania surge claramente que no existe una cláusula general de la nación más favorecida aplicable a todos los artículos del tratado. La cláusula de la más nación más favorecida consta en el Artículo 3, pero ese artículo no menciona que el “trato” de la nación más favorecida con respecto a las inversiones y actividades vinculadas con las inversiones deba aplicarse a “todas las relaciones” o que se extienda a “todos los aspectos” o abarque “todas las cuestiones del tratado”. La pregunta de si el Artículo 3 podría aplicarse a la cláusula relativa a la resolución de diferencias del Artículo 10 (y, concretamente, a la exigencia del transcurso de 18 meses estipulado en el párrafo 2 del mismo) debe contestarse en forma negativa, no porque el “trato” del Artículo 3 pueda no incluir la “protección” de una inversión (efectuada por el inversor) al adoptarse el arbitraje del CIADI, sino fundamentalmente porque la importancia que han asignado los Estados Contratantes al requisito del plazo de los 18 meses estipulado en el Artículo 10(2) forma parte de la “oferta” integral de Argentina para el sometimiento al arbitraje del CIADI, y el inversor debe aceptar esta “oferta” en los mismos términos. Además, ha quedado bien establecido, en esta rama del derecho, que una cláusula de la nación más favorecida sólo puede abarcar cuestiones correspondientes a la misma categoría del asunto al que se refiere la misma cláusula, y la cuestión se determina de acuerdo con la intención de las Partes Contratantes, y se deduce de una interpretación razonable del Tratado. Pero ¿cuál era la categoría del asunto (el *genus*) a la que se refiere el “trato” mencionado en el Artículo 3? Ello no se menciona en el Artículo 3, y sólo puede determinarse atendiendo la lectura del Artículo 3 junto con el Artículo 4.
163. La protección y seguridad plenas de las inversiones, incluidas la expropiación o nacionalización de las inversiones y las medidas equivalentes a la nacionalización y expropiación, son “materias” tratadas expresamente no en el Artículo 3, sino en el Artículo 4, y en el párrafo 4 del Artículo 4 se dispone que “[e]n lo concerniente a las materias regidas por el presente artículo, los nacionales o sociedades de una de las Partes Contratantes gozarán en el territorio de la otra Parte Contratante del trato de la nación más favorecida”.

“[...] no es necesario acudir a la interpretación restrictiva que, en caso de duda, podría recomendarse respecto de una cláusula que no debe interpretarse en ningún caso de manera que vaya más allá de la intención de los Estados que la suscribieron”. (Traducción del Tribunal).

Como la protección y seguridad plenas de las inversiones y actividades vinculadas con las inversiones, así como también su expropiación y nacionalización, se abordan expresamente en el Artículo 4, el “trato” de las inversiones y actividades vinculadas con las inversiones mencionado en el Artículo 3 podría tal vez significar (en el contexto) todo “trato” distinto de la protección y seguridad plenas de las inversiones y actividades vinculadas con las inversiones o medidas relativas a la expropiación o nacionalización o medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización, para las cuales hay disposiciones expresas en el Artículo 4.

164. La reclamación de la Demandante y su filial de propiedad plena (WIAR) expresada en la carta de fecha 2 de abril de 2003 dirigida al Presidente de la República Argentina se refería principalmente a la falta de otorgamiento de plena protección y seguridad plenas a sus inversiones y actividades relacionadas con las inversiones y respecto de las medidas adoptadas por el Gobierno de Argentina, que, de acuerdo con la Demandante, equivalían a la expropiación/nacionalización (en la carta se invoca expresamente la violación del Artículo 4). En la Solicitud de Arbitraje (presentada por la Demandante Wintershall), las alegaciones son semejantes si no idénticas. En el contexto de la diferencia planteada en la Solicitud de Arbitraje, los rubros específicos del “trato” acordado a las inversiones y actividades vinculadas con las inversiones comprendidas en el Artículo 3 quedarían excluidos por las disposiciones expresas del Artículo 4; puesto que el Artículo 4(4) dispone que “[e]n lo concerniente a las materias regidas por el presente artículo, los nacionales o sociedades de una de las Partes Contratantes gozarán en el territorio de la otra Parte Contratante del trato de la nación más favorecida”. Por lo tanto, el “trato” comprendido en el Artículo 4 (protección y seguridad plenas para las inversiones, y que las inversiones no sean objeto de expropiación o nacionalización o de medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización), que se refiere a toda la gama de reclamaciones planteadas en la Solicitud de Arbitraje, está excluido del “trato” mencionado en el Artículo 3; y, como la cláusula de la NMF respecto de todas las formas de “trato” descritas en el Artículo 4 se restringe expresamente a las disposiciones de ese Artículo, no debería ni podría afirmarse que ella se extiende al Artículo 10. (Énfasis añadido).

165. No hay nada tan arraigado como regla común de interpretación en todo los sistemas de derecho que la que dispone que una cláusula debe interpretarse de manera tal que se le atribuya un sentido en lugar de privarla de él.¹³⁸ Se trata sencillamente de una aplicación del principio jurídico más amplio de la eficacia que exige pronunciarse a favor de una interpretación que otorgue a todas las disposiciones del tratado un “*effet utile*.” El Artículo 4 resulta aplicable (como se expresa en él) sólo en lo concerniente a “materias regidas por el presente artículo”, no a cuestiones regidas por el Artículo 10 (resolución de diferencias). Por lo tanto, no es evidentemente la intención de extender o incorporar en la cláusula relativa a la resolución de diferencias (Artículo 10) las materias que afectan la protección y seguridad plenas de las inversiones y las medidas adoptadas por Argentina equivalentes a la expropiación o nacionalización de las inversiones de la Demandante (la palabra “inversiones” se define en sentido amplio en el Artículo 1 del Tratado), ni la cláusula de la NMF contenida en el Artículo 4(4). En consecuencia, sólo el “trato” de las inversiones/actividades vinculadas con las inversiones ajeno a la naturaleza de la expropiación o nacionalización o a las medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización o a la denegación de protección y seguridad plenas, como, por ejemplo, las transferencias monetarias, quedarían abarcadas por el término “trato” en el Artículo 3.
166. La pregunta general de si la palabra “trato” en una cláusula de la NMF incluye la protección de la cláusula de arbitraje ha quedado expresamente abierta en el laudo de octubre de 2007 en el caso de arbitraje V 079/2005 del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (*Rosinvest Co. UK Ltd. c. la Federación de Rusia*)¹³⁹. El tribunal en ese caso dictó su decisión “sin ahondar en la pregunta más general de si las cláusulas de la NMF pueden utilizarse para transferir las cláusulas de arbitraje de un tratado a otro” (párrafo 129). Sin embargo, en el caso *Rosinvest*, el Tribunal sostuvo que la protección de la NMF se extendía (en ese caso) al trato de los inversores “en cuanto se refiere a la gestión, mantenimiento, uso, goce o liquidación de sus inversiones [...]”, según el Artículo 3(2) del TBI celebrado entre el Reino Unido y la Unión Soviética, y (el tribunal en este caso) sostuvo

¹³⁸ Véase el Laudo de 1926 del Tribunal del Reino Unido/EE. UU. en el caso *Cayunga Indians* (citado en *AAPL c. Sri Lanka*, pág. 542. Presidente: Dr. Ahmed Sadek El-Kosheri, Profesor Berthold Goldman y Dr. Samuel K. B. Asante.

¹³⁹ La Demandante mediante carta de fecha 14 de febrero de 2008, trajo específicamente esta decisión a la atención del Tribunal.

que la “protección” del inversor incluía el sometimiento al arbitraje en caso de interferencia del Estado en su “uso” y “goce” de la inversión (párrafo 130). Sin embargo, acerca de la pregunta general que quedó expresamente abierta en el caso *Rosinvest*, no se proporciona ninguna orientación ni en esa decisión ni en el Proyecto de Artículos de la CDI sobre la NMF (y comentarios al mismo).

167. Sin embargo, en una publicación muy reciente, los autores del texto han afirmado que todos los arbitrajes internacionales deben basarse en un acuerdo de las partes, el cual debe ser claro e inequívoco, aún cuando se alcanzare por incorporación o por referencia; los Estados podrían prever expresamente que era su intención que la cláusula de la NMF se aplicara a la resolución de diferencias, pero el mero hecho de que se expresara que la cláusula de la NMF se aplicaba “con respecto a todas las materias” abordadas en el tratado básico no era suficiente para despejar las dudas de si las partes habían realmente tenido la intención de aplicarla a la cláusula relativa a la resolución de diferencias. Comúnmente, una cláusula de la NMF no operaría como un modo de reemplazar un medio de resolución de diferencias por otro¹⁴⁰. Es (presuntamente) por esto que los redactores del modelo de TBI del Reino Unido habían dispuesto —en el Artículo 3(3)— que “para evitar toda duda, el trato de la NMF se aplicará a algunas disposiciones específicas del TBI, incluida la disposición relativa a la resolución de diferencias”. Ello se debe a que, comúnmente y sin más, la posibilidad de que un inversor seleccione a su árbitro entre una amplia variedad de opciones dispuestas en otros tratados negociados con otras partes en diferentes circunstancias desplazase la disposición relativa a la resolución de diferencias del mismo tratado básico, *a menos, naturalmente, que la cláusula de la NMF del tratado básico indique clara e inequívocamente que debe interpretarse de esa manera; lo que no sucede en el presente caso.*

- c) Argumentos de la Demandante basados en: (a) las excepciones previstas en el Artículo 3 del TBI Argentina-Alemania, y (b) la definición de “actividades vinculadas con las inversiones” en el Protocolo**

¹⁴⁰ Véase “*International Investment Arbitration: Substantive Principles*” (*Oxford International Arbitration Series*), Oxford University Press (publicado en 2007), pág. 256. Editóres generales: Campbell McLachlan QC, Laurence Shore y Matthew Weiniger.

168. Siempre que las palabras o el contexto no indiquen lo contrario, el significado corriente de “se concederá a las inversiones un trato no menos favorable que el que se conceda a las inversiones hechas por inversores de un tercer Estado” es que los derechos *sustanciales* del inversor respecto de las inversiones han de recibir un trato que no sea menos favorable que el concedido en virtud de un TBI celebrado entre el Estado receptor y un tercer Estado. Una cosa es estipular que el inversor ha de contar con el beneficio del trato de la NMF, pero algo muy distinto es utilizar una cláusula de la NMF de un TBI para evadir una restricción de la cláusula relativa a la resolución de diferencias del mismo TBI cuando las Partes no han escogido palabras en la cláusula de la NMF que revelen la intención de hacerlo¹⁴¹. En opinión del Tribunal, el principio mencionado se aplica *mutatis mutandis*, a las “inversiones”, así como también a las “actividades vinculadas con las inversiones”.
169. Sin embargo, hay otra afirmación de la Demandante respecto de la cláusula de la NMF del Artículo 3(2) del TBI Argentina-Alemania que debe abordarse. Conciérne también, eventualmente, la definición de “inversiones” contenida en el Artículo 1(1)(a) del TBI. La afirmación se refiere al agregado en el punto 2(a) del Protocolo de una disposición que dice: “‘Actividades’ en el sentido del apartado 2 del Artículo 3 se considerarán en especial pero no exclusivamente” antes de los términos “la administración, la utilización, el uso y el aprovechamiento de una inversión”.
170. Según la Demandante, ese agregado deja abierto el interrogante acerca del alcance de las actividades involucradas. Pero, sobre la base del principio *ejusdem generis*¹⁴², la mejor

¹⁴¹ *Telenor Mobile Communications AS c. República de Hungría* (Caso CIADI No. ARB/04/15), Laudo del 13 de septiembre de 2006, párrafo 92. (“*Telenor c. Hungría*”).

¹⁴² El principio *ejusdem generis* se ha incluido de la manera más eficaz en los párrafos 10 y 11 del comentario a los Artículos 9 y 10 del Proyecto de Artículos de la CDI acerca de la cláusula de la nación más favorecida:

“10) A ningún autor se le ocurriría negar la validez de la norma *ejusdem generis*, que, a los efectos de la cláusula de la nación más favorecida, resulta de su misma naturaleza. Se admite generalmente que la cláusula que atribuye los derechos de nación más favorecida respecto de un determinado asunto, o tipo de asunto, sólo puede extenderse a los derechos concedidos por otros tratados (o actos unilaterales) respecto de las mismas materias o categorías de materias.”

“11) El sistema de trato de la nación más favorecida consiste en hacer extensivas las disposiciones de un tratado por medio de las disposiciones de otro. A menos que este sistema se limite estrictamente a casos en que existe una gran identidad entre las materias objeto de las dos series de cláusulas en juego, puede suceder en alguna ocasión que se impongan al Estado concedente obligaciones que nunca tuvo la intención de asumir. De este modo, la norma se desprende claramente de los principios generales de interpretación de los tratados. Los Estados no pueden

opinión es que el agregado de las palabras “*en particular, pero no exclusivamente*” no abarcan rubros de distinto *genus* que los encontrados en el Artículo 3(2) y enumerados expresamente en el punto 2(a) del Protocolo como, por ejemplo, actividades relacionadas con los procedimientos referentes a la resolución de diferencias relativas a inversiones que no solo son “actividades” del inversor extranjero, sino también del Estado territorial.

171. El significado corriente de expresiones como “actividades vinculadas con las inversiones” o “actividades afines” utilizadas en los TBI se refiere en general a actividades del inversor *relacionadas con la conducta de sus negocios en el territorio del Estado receptor*¹⁴³ y no a actividades vinculadas o afines a la resolución de diferencias entre los inversores y el Estado receptor.

d) El requisito de acudir a los tribunales locales previsto en el Artículo 10(2) del TBI Argentina-Alemania es jurisdiccional y no meramente procesal: puede prescindirse de él únicamente por alguna “extensión legítima” de los derechos y beneficios por medio de la aplicación de la cláusula de la NMF

172. La exigencia de acudir a los tribunales locales por un plazo de 18 meses prevista en el Artículo 10(2) es fundamentalmente una cláusula jurisdiccional y no una disposición meramente procesal¹⁴⁴. Sólo puede prescindirse de la exigencia de dicho proceder mediante alguna extensión “legítima” de los derechos y beneficios mediante la aplicación de la cláusula (de la NMF), es decir, cuando el mismo texto de la cláusula de la NMF del Artículo 3 permita al intérprete del tratado llegar a la conclusión de que ésa era la intención clara e inequívoca de las Partes Contratantes. Los miembros del tribunal del caso *Maffezini* (decisión sobre la que se basa la Demandante) habían llegado a esa conclusión sobre la base de la redacción especial de la cláusula de la NMF en el caso que les tocó resolver (“en todas las materias regidas por el presente Acuerdo”); dichas palabras no están en el Artículo 3 del TBI Argentina-Alemania. La cláusula de la NMF del Artículo 3 del TBI Argentina-

considerarse ligados por algo que exceda de las obligaciones que han contraído.” (cita omitida) (*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1978, vol. II, segunda parte).

¹⁴³ Las definiciones de estas expresiones contenida en algunos TBI confirman dicho significado general o corriente. Véase, por ejemplo, la definición de “actividades afines” en el Artículo 1(1)(e) del TBI Argentina-Estados Unidos de fecha 14 de noviembre de 1991, invocado por la Demandante, donde no se cuestionan las actividades afines a la resolución de diferencias con el Estado receptor o al respecto.

¹⁴⁴ Así se estableció en el caso *Maffezini c. España*, párrafo 38.

Alemania sencillamente no se refiere al “trato” respecto de “todas las materias regidas por el presente Tratado” (como sucedía en el caso *Maffezini*¹⁴⁵). La decisión en el caso *Maffezini* se ajusta a las observaciones de la Comisión Internacional de Arbitraje en el caso *Ambatielos* (*Ambatielos II*, Laudo del 6 de marzo de 1956), en donde la Comisión opinó que el asunto de la “administración de justicia”, si bien al parecer no era parte del mismo *genus* que “comercio y navegación”, sería comprendido o incluido (únicamente) en razón de las palabras que figuran antes de los términos “comercio y navegación”, a saber: “todas las materias relativas a [...]”.

e) **La invocación por la Demandante del Artículo VII del TBI Argentina-Estados Unidos —como resultado del argumento de que la cláusula de la NMF contenida en el Artículo 3 se extiende al Artículo 10 del TBI Argentina-Alemania— no puede aceptarse ni permitirse porque el Artículo VII del TBI Argentina-Estados Unidos contempla un sistema distinto de arbitraje del previsto en el Artículo 10 del TBI Argentina-Alemania**

173. Existe un fundamento más estricto en el que puede basarse la decisión de inaplicabilidad de la cláusula de la NMF (del Artículo 3 del TBI Argentina-Alemania) al Artículo 10, aún aceptando la presunción del caso *Maffezini*¹⁴⁶. El caso de la Demandante en este arbitraje caería (de cualquier manera) dentro de la (“tercera”) excepción mencionada en el párrafo 63 de la decisión del tribunal en el caso *Maffezini*. Según este párrafo, aún si se extendiera por interpretación a la cláusula relativa a la resolución de diferencias, la cláusula de la NMF no podría ser invocada a fin de remitir la diferencia a un sistema distinto de arbitraje, porque una cláusula relativa a la solución de diferencias es una disposición específica “que denota[] la voluntad precisa de las partes contratantes”.

174. La cláusula relativa a la resolución de diferencias del Artículo 10 del TBI Argentina-

¹⁴⁵ Así como también en los casos *Gas Natural c. Argentina*, del 17 de junio de 2005; *Suez-Interagua c. Argentina*, del 16 de mayo de 2006; y *Suez-AWG c. Argentina*, del 3 de agosto de 2006.

¹⁴⁶ Solicitud de Arbitraje, nota de pie de página 23, citando *Maffezini c. España*, párrafo 56: “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 aquéllas 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*”. (Énfasis añadido).

Alemania (que evidentemente representa la voluntad expresa de las Partes Contratantes)¹⁴⁷ prevé que el CIADI es el único y definitivo foro de arbitraje, en tanto que el Artículo VII del TBI Argentina-Estados Unidos, invocado por la Demandante (en lugar del Artículo 10 del TBI Argentina-Alemania), dispone “un sistema diferente de arbitraje”; otorga a la Demandante (por ejemplo, a un inversor estadounidense en Argentina) la opción de foros, a saber: el CIADI o la CNUDMI. El contraste entre el Artículo 10(4) del TBI Argentina-Alemania y el Artículo VII del TBI Argentina-Estados Unidos es evidente; la parte pertinente de este último se reproduce (y resalta) a continuación:

“2. En caso de surgir una controversia, las partes en la controversia procurarán primero solucionarla mediante consultas y negociaciones. Si la controversia no pudiera ser solucionada en forma amigable, la sociedad o el nacional involucrados podrán elegir someter la controversia para su solución:

- (a) A los tribunales judiciales o administrativos de la Parte que sea parte en la controversia; o
- (b) A los procedimientos de solución de controversias aplicables, previamente acordados; o
- (c) **A lo dispuesto en el párrafo 3 de este Artículo.**

3. (a) En el caso en que el nacional o sociedad no hubiera sometido la solución de la controversia a lo previsto por el párrafo 2 a) o b), y que hubieran transcurrido seis meses desde la fecha en que se planteó la controversia, la sociedad o el nacional involucrados podrá expresar por escrito su voluntad de someter la controversia al arbitraje obligatorio:

- (i) **del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias de Controversias Relativas a Inversiones ("el Centro"), establecido por el Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, adoptado en Washington el 18 de marzo de 1965 ("Convenio CIADI") siempre que la Parte sea parte del Convenio; o**
- (ii) del Mecanismo Complementario del Centro, de no ser posible recurrir a él; o
- (iii) **de acuerdo con las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional (C.N.U.D.M.I.)**
- (iv) de cualquier otra institución arbitral o de acuerdo con cualquier otra norma

¹⁴⁷ Tiene poca o ninguna importancia el que un gran número de tratados celebrados por Argentina con terceros no contenga una cláusula como la del Artículo 10(2) del TBI Argentina-Alemania. Ello podría significar tan sólo que Argentina no tenía ninguna “política” respecto de las cuestiones mencionadas en el Artículo 10(2). Sin embargo, en la interpretación de los tratados, un principio importante es la contemporaneidad, es decir, debe interpretarse según el momento en que se celebró.

de arbitraje, según pudieran acordar entre sí las partes en la controversia.

(b) Una vez que el nacional o la sociedad involucrada hubiera expresado su voluntad, cualquiera de las partes en la controversia puede iniciar el arbitraje de acuerdo con la elección especificada en la manifestación de voluntad.”

175. El contraste entre la cláusula relativa a la resolución de diferencias del TBI Argentina-Alemania (Artículo 10) y la disposición relativa a la resolución de diferencias del TBI Argentina-Estados Unidos (Artículo VII) es llamativo. Según el TBI Argentina-Alemania, si no se somete la diferencia a los tribunales de Argentina, no puede haber arbitraje del CIADI; por otra parte, según el TBI Argentina-Estados Unidos, si se somete la diferencia a los tribunales de Argentina (según la disposición de “*fork in the road*”), no puede haber arbitraje internacional; y aún cuando no se someta dicha diferencia a los tribunales de Argentina, el foro arbitral no necesariamente es el CIADI; la Demandante puede optar, a su criterio, por el arbitraje del CIADI o el de la CNUDMI.

176. En el presente caso, la Demandante no puede valerse de la cláusula de la NMF contenida en el Artículo 3 (aun asumiendo que fuera a interpretarse que se extiende al Artículo 10), puesto que lo que la Demandante quiere invocar en su Solicitud de Arbitraje (véase sobre todo los párrafos 55-57) es un sistema distinto de arbitraje conforme a un TBI diferente. Los sistemas de arbitraje de dos tratados nunca pueden ser iguales cuando, en virtud de un tratado, la diferencia ha de resolverse en última instancia únicamente por el arbitraje del CIADI (cuando ambos Estados Contratantes son partes en el Convenio del CIADI), y en virtud del otro tratado (el TBI Argentina-Estados Unidos), la diferencia ha de resolverse, a opción del inversor, ya sea por el arbitraje del CIADI o por el arbitraje de la CNUDMI: este último es sin lugar a dudas “un sistema diferente de arbitraje”.

f) **“Jurisprudencia”¹⁴⁸. Las decisiones de los tribunales arbitrales en cuanto a si una cláusula de la NMF se extiende o no a una disposición relativa a la solución de diferencias contenida en el mismo tratado no son uniformes ni homogéneas**

¹⁴⁸ Figura entre comillas porque la expresión “jurisprudencia” (en inglés “*Case Law*”) se refiere, en los países que se rigen por el *common-law*, a una acumulación de decisiones (sobre cualquier tema determinado) de las cortes (o tribunales) que están obligados a seguir la doctrina del precedente. Las decisiones en los arbitraje del CIADI se dictan atendiendo las particularidades de cada caso (Artículo 53(1)).

177. Para utilizar las palabras empleadas por el Secretario General de las Naciones Unidas en su Memorando de 1949¹⁴⁹, “las interpretaciones discrepantes de la cláusula de la nación más favorecida” que ocasionaban dificultades entonces ¡siguen ocasionando dificultades aún ahora!
178. En una amplia variedad de casos, los tribunales de arbitraje (CIADI y otros) han sido llamados a interpretar la cláusula de la NMF de un TBI a fin de determinar si se extiende o no a la resolución de diferencias (una cláusula jurisdiccional). Sus decisiones no han sido uniformes ni homogéneas; distintos tribunales que debieron abordar tratados redactados de manera diferente (y, algunas veces, incluso tratados redactados de manera semejante) han llegado a conclusiones distintas, si no contradictorias. En el ámbito de las cláusulas de la NMF (contenidas en los TBI) y su alcance, las decisiones de los tribunales *ad hoc* han demostrado constituir un obstáculo al desarrollo de una *jurisprudence constante*. Según el sistema del CIADI, no existe un mecanismo para promover certeza y previsibilidad. Sin embargo, esto no significa que las decisiones de los tribunales (del CIADI u otros) no sean citadas por las partes ante el tribunal de arbitraje que conozca de un caso determinado. De hecho, en el presente caso, cada una de las partes se ha basado en una multitud de decisiones, naturalmente sin que ninguna de ellas sea de aplicación obligatoria para el Tribunal. Con todo, se justifica el examen de estas decisiones.

g) “Jurisprudencia”. Dos líneas independientes de decisiones que obedecen a dos enfoques distintos

179. Las diferentes decisiones (de los tribunales del CIADI y otros tribunales) acerca de la aplicación (o no aplicación) de las cláusulas de la NMF a las disposiciones relativas a la resolución de diferencias (en los tratados bilaterales de inversión) revelan dos líneas independientes de enfoque:

- i) La primera línea de decisiones (que son numerosas) empiezan con el caso

¹⁴⁹ “Survey of International Law in relation to the work of codification of the International Law Commission”.

*Emilio Agustín Maffezini c. el Reino de España*¹⁵⁰; proceden de una presunción: que las disposiciones relativas a la resolución de diferencias invariablemente encuadran dentro del ámbito de una disposición sobre la NMF de un TBI, a menos que se demuestre manifiestamente lo contrario¹⁵¹. En opinión del Tribunal, la presunción de elusión (“contracting out”) en la que se basa esta línea de decisiones no está justificada en el presente caso, ni por las disposiciones del texto del TBI Argentina-Alemania ni por su preámbulo.

- ii) Una segunda línea de decisiones de los tribunales (que son menos) empieza con la del caso *Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. c. el Reino Hachemita de Jordania*¹⁵², seguido del caso *Plama Consortium Ltd. c. la*

¹⁵⁰ *Maffezini c. España*, Decisión sobre excepciones a la jurisdicción del 25 de enero de 2000. Las siguientes decisiones de los tribunales reflejan sustancialmente la misma opinión, a saber: decisión sobre la cuestión preliminar de la jurisdicción: *Gas Natural c. Argentina*, decisión del 17 de junio de 2005, párrafo 29; *National Grid c. Argentina*, Decisión del 29 de junio de 2006; *Suez-AWG c. Argentina*, Decisión del 3 de agosto de 2006, párrafos 46 y siguientes; *Siemens A. G. c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/02/8), Decisión de jurisdicción del 3 de agosto de 2004, párrafo 103 (“*Siemens v. Argentina*”); *MTD Equity Sdn Bhd. y MTD Chile SA c. República de Chile*, (Caso CIADI No. ARB/01/7), Laudo del 25 de mayo de 2004 (“*MTD v. Chile*”); *Suez-InterAguas c. Argentina*, Decisión de jurisdicción del 16 de mayo de 2006, párrafos 60-66; *Suez-AWG c. Argentina*, Decisión sobre jurisdicción del 3 de agosto de 2006, párrafos 62-68.

¹⁵¹ Con todo, la decisión dictada en el caso *Maffezini* ha recibido algunas críticas. En un artículo aparecido en *Journal of the World Investment of Trade* (febrero de 2006), vol. 7 No. 1, pág. 25, titulado “*MFN and Dispute Settlement: When the Twain Meet*”, de Locknie Hsu, el pronunciamiento del tribunal del caso *Maffezini* se ha caracterizado como “¡algo prestado, algo exagerado!” Se afirmó lo siguiente (pág. 29):

“Después de la decisión del caso *Maffezini*, han habido algunas decisiones que la han respaldado o al menos no la han desacreditado. Por ejemplo, en el caso *Siemens A. G. c. la República Argentina*, el tribunal estuvo de acuerdo con el enfoque del tribunal del caso *Maffezini* y hasta llegó a decir (causando probablemente alarma en muchos Estados): “De hecho, el propósito de la cláusula de la NMF es el de eliminar el efecto de disposiciones especialmente acordadas a menos que hayan sido exceptuadas”.

Al mismo tiempo, en una decisión posterior, la dictada en el caso *Maffezini* fue acogida con poco entusiasmo por falta de una explicación minuciosa de ese pronunciamiento. Sin embargo, el ataque más directo dirigido contra la decisión del caso *Maffezini* se encuentra en la decisión arbitral sobre la jurisdicción dictada en el caso *Plama Consortium Ltd. c. República de Bulgaria*. Valiéndose de varias técnicas, el tribunal de ese caso procuró diluir la apertura creada por la decisión en el caso *Maffezini* para que los inversores “incorporen” las disposiciones relativas a la solución de diferencias de otros TBI a través de una disposición de la NMF.

Aceptar tan enfoque elusivo, equivaldría a invertir el principio del derecho internacional de que el consentimiento de un Estado a una jurisdicción internacional no se presume aceptado, también equivaldría a ignorar de hecho la distinta redacción de las cláusulas de los diferentes TBI (+).” (Traducción del Tribunal).

¹⁵² *Salini Costruttori S.p.A. e Italsínade S.p.A. c. Reino Hachemita de Jordania* (Caso CIADI No. ARB/02/13), Decisión sobre jurisdicción del 29 de noviembre de 2004. (“*Salini c. Jordania*”). El tribunal del caso *Salini* también procuró distinguir los hechos a los que le tocó abocarse de los del caso *Maffezini*; véase el párrafo 118. Concluyó que la cláusula de la NMF del Artículo 3 del TBI del caso en cuestión no se aplicaba a las cláusulas relativas a la solución de diferencias, a diferencia de lo decidido en el caso *Maffezini*. Véase el caso *Salini c. Jordania*, donde el Tribunal afirmó

*República de Bulgaria*¹⁵³ y *Telenor Mobile Communications AS c. Republica de Hungría*¹⁵⁴; ellos marcan un paso decisivo contrario al enfoque amplio adoptado por el tribunal del caso *Maffezini*.

Esta segunda línea de “casos” se ajusta al criterio de que, por haber sido las disposiciones relativas a la resolución de diferencias de un tratado específico negociadas con vistas a dirimir las diferencias en virtud de ese tratado, no se puede presumir que los Estados Contratantes hayan acordado que esas disposiciones pudieran ampliarse (o desplazarse) incorporándoles disposiciones relativas a la resolución de diferencias de otros tratados negociados por el Estado receptor con una parte distinta en un contexto totalmente diferente. En consecuencia, en el marco de esta tendencia —que sigue estrictamente el principio del derecho internacional de que las cortes y los tribunales internacionales sólo pueden ejercer jurisdicción sobre un Estado con el consentimiento de éste—, no se considera como suficiente el consentimiento del Estado receptor al arbitraje internacional cuando fuera un consentimiento meramente presunto.

180. En el caso *Maffezini c. España* (seguido del caso *Siemens c. Argentina*¹⁵⁵), el tribunal argumentó lo siguiente:

“54. No obstante el hecho de que el tratado básico que contiene la cláusula no se refiere expresamente a la solución de controversias como una materia cubierta por la cláusula de la nación más favorecida, el Tribunal considera que hay 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. La jurisdicción consular en el pasado, como otras formas de jurisdicción extraterritorial, eran consideradas esenciales para

en el párrafo 115: “El presente Tribunal comparte la inquietud que se ha expresado en varios lugares respecto de la solución adoptada en el caso *Maffezini*. Su temor es que las precauciones adoptadas por los autores del laudo puedan resultar difíciles de aplicar en la práctica, agregando de esa manera más incertidumbre al riesgo del ‘uso del tratado más favorable’”.

¹⁵³ *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria* (Caso CIADI No. ARB/03/24), Decisión sobre jurisdicción del 8 de febrero de 2005, párrafos 2212-213, pág. 329 y párrafos 223-227, págs. 332-333. (“*Plama c. Bulgaria*”).

¹⁵⁴ *Telenor c. Hungría*, Laudo del 13 de septiembre de 2006.

¹⁵⁵ 3 de agosto de 2004.

la protección de los derechos de los comerciantes y, por consiguiente, no se les consideraba como meros mecanismos de procedimiento sino como arreglos concebidos para asegurar una mejor protección de los derechos de tales personas en el extranjero. De ahí que tales arreglos, aún sin que formen parte estrictamente del tratamiento sustantivo de la política comercial y de inversiones que promueven los tratados de comercio y navegación, eran esenciales para la adecuada protección de los derechos que procuraban garantizar.

“55. El arbitraje internacional y otros mecanismos de solución de controversias han reemplazado esas prácticas más antiguas y frecuentemente abusivas del pasado. Sin embargo, estos modernos mecanismos son también esenciales para proteger los derechos previstos por los tratados pertinentes y también están estrechamente vinculados a los aspectos sustantivos del tratamiento acordado. Los comerciantes e inversionistas, al igual que sus Estados de nacionalidad, han considerado tradicionalmente que sus derechos e intereses se protegen mejor recurriendo al arbitraje internacional que sometiendo las controversias a los tribunales nacionales, mientras que los gobiernos receptores han considerado tradicionalmente que ha de preferirse la protección de los tribunales nacionales. La historia de la preparación del Convenio del CIADI ofrece una amplia evidencia de los puntos de vista contradictorios de quienes favorecían el arbitraje y quienes apoyaban políticas afines a diferentes versiones de la Cláusula Calvo”¹⁵⁶.

“56. 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 aquéllos 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*. Naturalmente que el tratado con el tercero tiene que referirse a la misma materia del tratado básico, sea ésta la protección de inversiones extranjeras o la promoción del comercio, puesto que las disposiciones sobre solución de controversias se aplicarán en el contexto de estas materias; de otro modo se incurriría en contravención de dicho principio.[...]”

181. Sin embargo (en el caso *Maffezini*), el enfoque amplio mencionado antes también fue atenuado con “importantes limitaciones” (o excepciones), que se expresaron en su momento:

“56. [...] Esta aplicación de la cláusula de la nación más favorecida tiene, sin embargo, algunos límites derivados de consideraciones de política pública que se expondrán más adelante.”

[...]

“62. No obstante que la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida a los arreglos de solución de controversias en el contexto de los tratados sobre inversiones puede llevar al resultado de alcanzar la armonización y la ampliación del

¹⁵⁶ Véase en general CIADI: *Analysis of Documents Concerning the Origin and the Formulation of the Convention*, 1970.

alcance de tales mecanismos, hay ciertos límites importantes que han de tenerse en cuenta. Como cuestión de principio, el beneficiario de la cláusula no debe tener la posibilidad de dejar sin efecto las consideraciones de política pública que puedan haber previsto las partes contratantes como condiciones fundamentales para su aceptación del convenio de que se trate, especialmente si el beneficiario es un inversionista privado, como sucede con frecuencia. El alcance de la cláusula puede por consiguiente ser más limitado que lo que parece a primera vista.”

“63. En este sentido, es posible prever numerosas situaciones que no guardan relación con el caso actual. En primer lugar, si una parte contratante ha condicionado su consentimiento para el arbitraje al agotamiento de los recursos internos, condición que está permitida por el Convenio del CIADI, no podría prescindirse de esta exigencia invocando la cláusula de la nación más favorecida en relación a un acuerdo con terceros que no contenga este elemento, debido a que la condición estipulada refleja una regla fundamental de derecho internacional. Segundo, si las partes han acordado un mecanismo de solución de controversias que incluya la llamada “bifurcación del camino”, esto es, la opción de someterse a los tribunales nacionales o bien al arbitraje internacional, pero en que una vez tomada la decisión ésta es definitiva e irrevocable, esta estipulación no puede ignorarse mediante la invocación de la cláusula. Esta conclusión es imperativa cuando se considera que de otro modo se alteraría el carácter definitivo de los arreglos pactados que muchos países estiman importantes como cuestión de política pública. En tercer lugar, si el acuerdo escoge un mecanismo determinado para el arbitraje, como por ejemplo el CIADI, esta opción no se puede cambiar invocando la cláusula, buscando someter la controversia a un sistema distinto de arbitraje. Finalmente, si las partes han acordado someterse a un sistema de arbitraje altamente institucionalizado que incorpore reglas de procedimiento precisas, como sucede, por ejemplo, con el Tratado de Libre Comercio de América del Norte y mecanismos similares, es claro que ninguno de ellos podría ser alterado mediante la aplicación de la cláusula pues estas disposiciones específicas denotan la voluntad precisa de las partes contratantes. Sin duda que las partes o los tribunales identificarán otros elementos de política pública que limiten el funcionamiento de la cláusula. En todo caso, debe quedar clara la distinción entre la legítima extensión de derechos y beneficios mediante la aplicación de la cláusula, por una parte, y la alternativa nociva de tratar de aplicar diversos tratados para alterar los objetivos de política en que se fundamentan algunas disposiciones específicas, por la otra.” (Énfasis añadido).

182. Las precauciones mencionadas por los autores de la decisión dictada en el caso *Maffezini* han resultado difíciles de aplicar, lo que ha redundado en mucha incertidumbre en cuanto a la manera de distinguir en determinado caso entre “la legítima extensión de derechos y beneficios mediante la aplicación de la cláusula (de la NMF)”, por un lado, y, por el otro, la manera de evitar el uso de la cláusula de la NMF sólo para fines de “uso desequilibrador del

*'Treaty shopping'*¹⁵⁷. Lo que se considera en el caso *Maffezini* como extensión “legítima” de una cláusula de la NMF a una disposición relativa a la resolución de diferencias es distinto de lo que se considera como una “legítima extensión”¹⁵⁸ de la cláusula de la NMF en el caso *Plama*. En el caso *Plama*, el tribunal del CIADI había afirmado lo siguiente:

“[...] El principio, con muchas excepciones, como lo estableció el tribunal en el caso *Maffezini*, debería en cambio ser un principio distinto con una sola excepción: una disposición de la NMF de un tratado básico no incorpora por remisión las disposiciones relativas a la resolución de diferencias establecidas total o parcialmente en otro tratado, a menos que la disposición de la NMF del tratado básico no deje dudas de que las Partes Contratantes tuvieran intención de incorporarlas.”¹⁵⁹ (Énfasis añadido) (Traducción del Tribunal).

183. En el caso *Salini c. Jordania*¹⁶⁰, el Tribunal observó que la cláusula de la NMF —Artículo 3 del TBI celebrado entre Italia y Jordania (al igual que el Artículo 3 del TBI Argentina-Alemania en el presente caso)— no incluía ninguna disposición que extendiera el alcance de su aplicación a la resolución de diferencias, ni tampoco contemplaba “todos los derechos” ni “todas las materias” comprendidas en el tratado y, además, al no haber presentado las demandantes nada de lo cual pudiera inferirse que la intención común de las Partes era que la cláusula de la nación más favorecida se aplicara a la solución de diferencias, se afirmó que el Artículo 3 (cláusula de la NMF) no podía extenderse para aplicarse a la cláusula relativa a la resolución de diferencias¹⁶¹ (Cabe señalar que, en la decisión mencionada, la carga de la prueba recayó en las demandantes). Con referencia a la decisión de la Comisión de Arbitraje en el caso *Ambatielos (Ambatielos II)*, el tribunal (del caso *Salini*) observó que la cuestión de si podían incorporarse disposiciones sustanciales relativas a la “administración de justicia” de otros tratados en virtud de una cláusula de la NMF era muy distinta de la cuestión de si podían incorporarse de la misma manera disposiciones relativas a la resolución de diferencias de otros tratados. El tribunal del caso *Salini* llegó a la conclusión

¹⁵⁷ En el caso *Telenor c. Hungría*, Laudo del 13 de septiembre de 2006, el Tribunal hizo hincapié en los riesgos del “*Treaty Shopping*” por los inversores, que ha sido un motivo de preocupación para muchos tribunales (a partir del caso *Maffezini*).

¹⁵⁸ Véase *Plama c. Bulgaria*, párrafo 223. (Traducción del Tribunal).

¹⁵⁹ En el caso *Suez-InterAgua c. Argentina*, párrafo 223, un tribunal posterior del CIADI había declarado que no estaba de acuerdo con esta afirmación hecha en el caso *Plama*.

¹⁶⁰ Decisión de fecha 29 de noviembre de 2004.

¹⁶¹ *Salini c. Jordania*, párrafos 118-119.

de que la solución adoptada en el caso *Ambatielos II* no podía aplicarse directamente al caso que le tocó decidir¹⁶².

184. Sin embargo, en otro caso —*National Grid c. Argentina*¹⁶³—, el tratado básico (el TBI celebrado entre Argentina y el Reino Unido) exigía que el inversor acudiera a los tribunales nacionales por un período de 18 meses antes de someter la diferencia a arbitraje internacional; el inversor logró valerse de la cláusula de la NMF del TBI celebrado entre Argentina y el Reino Unido para eludir este requisito previo basándose en las disposiciones relativas a la resolución de diferencias del TBI Argentina-Estados Unidos, en el que no se imponía una condición semejante. El tribunal (del caso *National Grid c. Argentina*) hizo caer en el Estado receptor la carga de la prueba de que la intención de las Partes Contratantes era excluir a la resolución de diferencias del ámbito de la disposición de la NMF, en lugar de exigir al inversor que probara que era la intención de las Partes Contratantes era encuadrar la resolución de diferencias dentro del ámbito de la cláusula de la NMF (una presunción que es inconsistente con lo sostenido en el caso *Salini* y en el caso *Plama c. Bulgaria*). Cabe señalar que la cláusula de la NMF en cuestión en el caso *National Grid c. Argentina* es casi idéntica al Artículo 1103 del TLCAN, que el tribunal del caso *Plama* identificó como la clase de redacción que excluiría expresamente del alcance de la cláusula de la NMF a la disposición relativa a la resolución de diferencias.

h) Argumento de la Demandante en el sentido de que el Artículo 4(4) del TBI Argentina-Alemania ha sido insertado por razones de “extrema cautela”, tal como se expresa en el laudo del caso *Siemens*

185. El argumento de que el Artículo 4(4) se ha insertado únicamente *ex major cautela* (para eliminar toda duda), como se afirma en el laudo del caso *Siemens*, que también interpretó que en el TBI Argentina-Alemania¹⁶⁴ significa leer en el Tratado (TBI) palabras que él no contiene: algo inadmisibles en materia de interpretación de tratados. La Demandante aduce que la cláusula de la NMF adicional se insertó en el Artículo 4(4) del TBI Argentina-

¹⁶² El Tribunal del caso *Plama* hizo una evaluación similar acerca de la escasa relevancia del caso *Ambatielos II*. Véase *Plama c. Bulgaria*, párrafo 223.

¹⁶³ *National Grid c. Argentina*, Decisión sobre jurisdicción del 20 de junio de 2006.

¹⁶⁴ *Siemens c. Argentina*, párrafo 90, pág. 35.

Alemania porque “tenía por objeto hacer hincapié en la protección respecto de los dos estándares de protección y expropiación plenas”. Se trata de una presunción que no se encuentra sustentada en el texto del TBI. Se pretende que esta presunción es necesaria para la mayor eficacia del TBI, pero entonces, como lo señaló la Corte Internacional de Justicia, en su opinión consultiva de fecha 18 de julio de 1950¹⁶⁵,: el principio expresado en la máxima *Ut res magis valeat quam pereat*, al que suele denominarse la regla de la eficacia o de efectividad, no podría justificar que una corte o un tribunal atribuya a una disposición de un tratado un significado que fuese contrario al texto (“en letra y espíritu”).

La decisión del caso *Siemens*¹⁶⁶, al interpretar el TBI Argentina-Alemania, parte en primer lugar del supuesto (sin fundamento en el texto) de que el Artículo 3 se aplica a todos los Artículos del TBI y luego procede con la presunción de que lo mencionado en el Artículo 4(4) es *ex abundante cautela*. Sin embargo, el supuesto de que el Artículo 3 se aplica a todas las demás disposiciones del TBI no encuentra respaldo en el texto (ya que en el Artículo 3 no existen palabras como “en todas las cuestiones sujetas a este acuerdo [...]”, “en todas las cuestiones que se rigen por el presente acuerdo [...]"). Si así se hubiera dispuesto en el texto, (tal vez) habría sido posible leer *sub-silentio* un prefijo en el Artículo 4(4) (como, por ejemplo, la frase “para eliminar toda duda”), que no se encuentra allí. Debe evitarse agregar palabras a un tratado sobre la base de una intención presunta. Se trata de un ejercicio que se ha caracterizado como una interpretación que “tiende a crear significado en lugar de desentrañarlo”¹⁶⁷.

¹⁶⁵ Interpretación de los Tratados de Paz celebrados con Bulgaria, Hungría y Rumania (Segunda Etapa), *ICJ, Reports 1950*, página 229.

¹⁶⁶ *Siemens c. Argentina*, párrafo 90: “90. El Tribunal concluye, a partir de la comparación textual de las cláusulas del Tratado, que las referencias al trato de la cláusula de la NMF o al trato nacional en el Artículo 4 no reducen la generalidad del Artículo 3 ni hacen superfluo el Artículo 4. En la medida en la que se produce un solapamiento, debe entenderse que éste contempla áreas de especial interés para las partes. La compensación a causa de expropiación o de guerra civil u otros disturbios violentos es una cuestión fundamental para el trato de la inversión extranjera y ciudadanos extranjeros y una referencia específica parecería congruente con su importancia. El Tribunal considera que las partes de un tratado pueden poner énfasis en ciertas cuestiones de particular interés *ex abundante cautela* sin por ello limitar el ámbito de aplicación de las cláusulas de carácter general”.

La presunción del tribunal del caso *Siemens* en el sentido de que las cuestiones del Artículo 4 del TBI Argentina-Alemania eran *ex abundante cautela* contradice el texto y el contexto de los Artículos 3 y 4 del TBI.

¹⁶⁷ *Koskenniemi*, página 415.

186. Aún palabras como “todas las cuestiones relativas a [...]” en una cláusula de la NMF tal vez no sean suficientes para extender la aplicación de dicha cláusula a las disposiciones relativas a la resolución de diferencias del TBI. En un laudo reciente (laudo del 21 de abril de 2006), dictado por un tribunal designado por la Cámara de Comercio de Estocolmo¹⁶⁸, la cláusula de la NMF (Artículo 2) del tratado bilateral en cuestión contenía las palabras “en todas las cuestiones comprendidas en el presente Tratado y, sobre todo, en los Artículos 4, 5, 6 [...]”. Aún así, la mayoría del tribunal (2 a 1) se negó a sostener que “podía considerarse que incluso una redacción al parecer clara como ésta tuviera un significado inequívoco en el contexto de una cláusula de la NMF”. La mayoría afirmó lo siguiente:

“Hay una diferencia fundamental entre la manera en que se entiende en general que una cláusula de la NMF se aplica en relación con los beneficios sustanciales otorgados por un TBI, por una parte y, por la otra, en relación con las cláusulas relativas a la resolución de diferencias. Si bien hay acuerdo universal en el sentido de que la misma esencia de una disposición de la NMF en un TBI es otorgar a los inversores toda la protección sustancial proporcionada por tratados posteriores, es mucho más incierto que deba entenderse que dichas disposiciones se extienden a las cláusulas relativas a la resolución de diferencias. Es más, es tan incierto que la cuestión ha dado lugar a diferentes resultados en varios casos y a una extensa jurisprudencia al respecto [...].

[...] en cambio, el presente Tribunal aplicará el principio de que una disposición de la NMF en un TBI sólo incorporará por referencia a una cláusula de arbitraje de otro TBI cuando los términos del TBI original clara e inequívocamente así lo dispongan o cuando pueda inferirse de otro modo claramente que ésta era la intención de las Partes Contratantes.”

187. El miembro disidente del tribunal opinó, sin embargo, que a su juicio la disposición de la NMF era “clara e inequívoca”, sobre todo cuando se leía teniendo en cuenta el “principio de la NMF”, así como también la jurisprudencia precedente “con respecto a la aplicación análoga de una disposición prácticamente idéntica”. Según este miembro disidente, el “principio de la NMF” consistía en que, cuando una cláusula de la NMF de un tratado cubría específicamente “todas las cuestiones” del tratado (TBI), ello era indicación lo suficientemente clara de que también debería extenderse a la cláusula relativa a la resolución de diferencias del tratado, pero la mayoría no estuvo de acuerdo. En cuanto al fundamento esgrimido por el miembro disidente de lo que denominó “jurisprudencia precedente”, no

¹⁶⁸ *Vladimir c. Federación de Rusia*, párrafos 179 y 181 págs. 61-62.

existe la “jurisprudencia precedente” en el contexto del CIADI. En los arbitrajes del CIADI, no existen decisiones jurídicamente vinculantes (y mucho menos decisiones homogéneas) que hayan indicado el camino en lo que respecta a determinar en qué circunstancias y en cuáles casos las cláusulas de la NMF de los tratados bilaterales se extenderían a las disposiciones relativas a la resolución de diferencias contenidas en éstos. Al parecer, la cláusula de la nación más favorecida de un TBI no se extiende a la disposición relativa a la resolución de diferencias de ese TBI, salvo cuando así se hubiere estipulado expresamente o se indicara con claridad.

188. En un libro publicado recientemente por la *Oxford University Press* (2007), el primero de la nueva *Oxford International Arbitration Series*¹⁶⁹, el tema del “Trato de la nación más favorecida” se resume de la siguiente manera:

“Se afirma que debe preferirse decididamente el razonamiento del tribunal en el caso *Plama* al del tribunal del caso *Maffezini*. Como lo señaló la CIJ en el caso *Timor Oriental (Portugal c. Australia)*¹⁷⁰, el ámbito de aplicación de una obligación sustancial es una cuestión totalmente distinta del otorgamiento de jurisdicción a un tribunal internacional; la jurisdicción en el derecho internacional depende únicamente del consentimiento. De todos modos, éste es un concepto difícil en el arbitraje de inversión. Habida cuenta de la falta de acuerdo entre el inversor y el Estado receptor, el consentimiento debe interpretarse a partir del consentimiento prestado por el Estado en un tratado y el consentimiento posterior prestado por el inversor en el momento de someter la reclamación al arbitraje. En esas circunstancias, es especialmente importante interpretar en sentido estricto el ámbito del consentimiento del Estado. Como lo ha demostrado el análisis efectuado en el Capítulo 3 anterior (Disposiciones relativas a la resolución de diferencias), el equilibrio alcanzado en los tratados de inversión entre varias opciones de resolución de diferencias suele ser el resultado de una negociación delicada entre los Estados Partes y de una selección entre una variedad de técnicas. No cabe presumir que ello pueda alterarse por la selección por parte de un inversor a su arbitrio de una lista variada de otras opciones dispuestas en otros tratados, negociados con otros Estados Partes y en otras circunstancias. Asimismo, de todos modos no es posible expresar implícitamente una jerarquía de preferencia respecto de las disposiciones relativas a la resolución de diferencias. Las cláusulas mismas no lo hacen, y sería injusto que los tribunales internacionales llegaran a la conclusión (a falta de pruebas específicas) de que el otorgamiento por el Estado receptor de derechos en el tratado es siempre de nivel inferior al arbitraje internacional. El mismo argumento podría esgrimirse aún con más fuerza en el caso de la comparación entre el arbitraje del

¹⁶⁹ Campbell McLachlan QC, Laurence Shore y Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*.

¹⁷⁰ *Caso relativo a Timor Oriental (Portugal c. Australia)*, ICJ Reports, 1995, párrafo 29, pág. 102.

CIADI y otras formas de arbitraje que los Estados Partes puedan haber especificado en tratados específicos de inversión.

El resultado será que la cláusula de la Nación Más Favorecida no se aplicará a las disposiciones relativas a la resolución de diferencias contenidas en los tratados de inversión, excepto cuando los Estados así lo dispongan expresamente.” (Énfasis añadido) (Traducción del Tribunal).

189. Ante un cúmulo de pronunciamientos confusos y poco homogéneos de distintos tribunales (“jurisprudencia”), la conclusión arriba mencionada tiene el mérito de la claridad y homogeneidad.

i) Análisis pormenorizado de los argumentos específicos planteados por la Demandante con respecto a la interpretación y aplicación de la cláusula de la NMF del Artículo 3 en su respuesta a la primera excepción preliminar opuesta por Argentina con referencia a la aplicación de la cláusula de la NMF a la cláusula relativa a la resolución de diferencias

190. El argumento de la Demandante de que la aplicación de la disposición de la nación más favorecida contenida en el TBI Argentina-Alemania “no afecta temas de jurisdicción, consentimiento al arbitraje, ni la esencia del mecanismo de resolución de controversias”¹⁷¹ es sencillamente erróneo. La invocación del trato de la NMF a la resolución de diferencias ciertamente se vincula e influye en el “consentimiento” (del Estado receptor). La afirmación hecha por la Demandante en respuesta a la primera excepción sobre jurisdicción opuesta por Argentina en el sentido de que “ambas partes consintieron el arbitraje del CIADI”¹⁷² en el TBI Argentina-Alemania (el argumento del “consentimiento al foro”) se ve desplazada, porque si la disposición de la nación más favorecida contenida en el Artículo 3 fuese aplicable al Artículo 10 (como lo sostiene la Demandante) y si se permitiera la invocación del Artículo VII del TBI Argentina-Estados Unidos en lugar del Artículo 10 del TBI Argentina-Alemania en razón de la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida (como también lo afirma la Demandante), ello si influye también en las cuestiones de jurisdicción, consentimiento al arbitraje y la esencia del mecanismo de resolución de diferencias. Una disposición distinta relativa a la resolución de diferencias, contenida en otro tratado, sea o no “ajena” al tratado básico, es suficiente para rechazar el planteamiento de

¹⁷¹ Memorial de contestación sobre jurisdicción del la Demandante, párrafo 58.

¹⁷² *Ibidem*, párrafo 8.

que la cláusula de la nación más favorecida (del Artículo 3) se aplica a la resolución de diferencias y justifica el abandono de la cláusula relativa a la resolución de diferencias contenida en el TBI Argentina-Alemania y la adopción del Artículo VII del TBI Argentina-Estados Unidos.

191. La afirmación de que, como el Artículo 10 del TBI Argentina-Alemania se refiere a la resolución de diferencias entre el inversor y el Estado y que el Artículo VII del TBI Argentina-Estados Unidos también se relaciona con la resolución de diferencias entre el inversor y el Estado, y por lo tanto es *ejusdem generis* de la misma naturaleza, es un argumento engañoso: éste no es el verdadero principio *ejusdem generis* aplicable a la cláusula de la NMF. En el Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional acerca de las cláusulas de la nación más favorecida (con Comentarios, 1978) se afirma que “en virtud de la cláusula de la nación más favorecida, el estado receptor adquiere, para sí mismo y en beneficio de las personas o cosas que mantienen una determinada relación con él, sólo aquellos derechos que encuadran dentro de los límites del objeto de la cláusula.”¹⁷³ El Comentario a los Artículos 9 y 10 del Proyecto de Artículos de la CDI dice lo siguiente:

“Ámbito de aplicación de la cláusula de la nación más favorecida respecto de la materia objeto de la misma: 1) La regla que a veces se denomina *ejusdem generis* es reconocida y afirmada en general por la jurisprudencia de los tribunales nacionales e internacionales y por la práctica diplomática [...] la cláusula sólo opera respecto de la materia a que se referían los dos Estados cuando insertaron la cláusula en su tratado.” (Énfasis añadido).

192. La afirmación de que Argentina y Alemania “tenían en mente” la cláusula relativa a la resolución de diferencias cuando se refirieron al “trato de las inversiones” en el Artículo 3 presenta contradicciones: primero porque las palabras “trato menos favorable que el que se conceda a las inversiones de los propios nacionales y sociedades o a las inversiones de nacionales y sociedades de terceros Estados”, del Artículo 3, podrían (sin más) haber incluido normalmente el trato de no otorgar protección y seguridad plenas a las inversiones de nacionales o sociedades de cualquiera de las Partes Contratantes en el territorio de la otra Parte Contratante, así como el “trato” de inversiones en caso de expropiación,

¹⁷³ Véase el Artículo 9 del Proyecto de Artículos acerca las cláusulas de la nación más favorecida con Comentarios, 1978.

nacionalización de las inversiones de cualquiera de las Partes Contratantes o su sujeción a medidas equivalentes a la nacionalización o expropiación (salvo por causa de utilidad pública y, en dicho caso, contra el pago de una indemnización), pero en el Artículo 4(4) se ha dispuesto expresamente dicho último “trato” y se ha restringido expresamente la cláusula de la NMF en ese artículo únicamente a las materias regidas por el Artículo 4: por lo tanto, no ha sido la intención que las materias regidas por el Artículo 4 se extiendan al Artículo 3 ni al Artículo 10.

193. Si, por lo tanto, las Partes no “tuvieron en mente” la cláusula relativa a la resolución de diferencias en relación con el trato desfavorable de las inversiones como se menciona en los párrafos 1 y 2 del Artículo 4, no es posible afirmar que hayan tenido en mente algún otro “trato” menos favorable que el que se concedió a las inversiones de los propios nacionales y sociedades o a las inversiones de nacionales y sociedades de terceros Estados, como se especifica en el Artículo 3. Si las medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización y las medidas que no otorguen protección y seguridad plenas a las inversiones de los nacionales o sociedades de cualquiera de las Partes Contratantes en el territorio de la otra Parte Contratante (que es el motivo de la reclamación del caso expresado en la Solicitud de Arbitraje) no pueden aplicarse ni extenderse a la cláusula relativa a la resolución de diferencias (Artículo 10), es difícil afirmar que cuando las Partes Contratantes utilizaron la palabra “trato” en el Artículo 3 “hayan tenido en mente” la cláusula relativa a la resolución de diferencias del Artículo 10.
194. El argumento de que los TBI que contienen cláusulas relativas a la resolución de diferencias (similares a las del TBI Argentina-Alemania) habrían permitido a la Demandante (en esos casos) tener acceso directo a la jurisdicción del CIADI mediante la aplicación de un tratado celebrado con un tercero es un argumento de naturaleza *stare decisis*, pero *stare decisis* no se aplica a las decisiones de los tribunales del CIADI; cada tribunal se constituye *ad hoc* para decidir la diferencia surgida entre las partes de la diferencia específica. El laudo de dicho tribunal es de cumplimiento obligatorio tan sólo para las partes en la diferencia (Artículo 53 del Convenio), ni siquiera es vinculante para el Estado del cual el inversor es nacional. Las decisiones y los laudos de los tribunales *ad hoc* del CIADI no tienen un efecto

vinculante como precedentes para tribunales posteriores, también designados *ad hoc* entre partes diferentes.

195. La afirmación de que, en el momento de suscribirse el TBI Argentina-Alemania, Argentina aún no había celebrado un solo tratado de inversión según el cual se hubiera otorgado al inversor acceso directo al arbitraje y que, por consiguiente, cuando Argentina y Alemania negociaron y acordaron los términos del TBI, no existía un tratado de inversión, ni mucho menos un tratado en vigencia que otorgara acceso directo al CIADI a los inversores extranjeros en Argentina, es un argumento que contraría la posición de la Demandante (en lugar de favorecerla) porque evidentemente demuestra que los Estados Contratantes, Argentina y Alemania, nunca “tuvieron en mente” la posibilidad de que se aplicara la cláusula relativa a la resolución de diferencias del Artículo VII del TBI Argentina-Estados Unidos a la resolución de diferencias en el marco del TBI Argentina-Alemania. Si así lo hubieran previsto, habría cabido esperar que en el mismo Artículo 10 se hubiera incluido la cláusula de la nación más favorecida.
196. Es errónea la afirmación de que era inútil y discriminatorio que Wintershall planteara una diferencia relativa a inversiones en los tribunales locales, porque los tribunales locales no habrían podido decidir un caso de la naturaleza de la reclamación de Wintershall en 18 meses o porque los tribunales de Argentina eran menos favorables a los inversores extranjeros debido a su falta de independencia. En el Artículo 10(2) no se contempla que los tribunales locales decidan en el plazo de 18 meses un caso de la naturaleza de la reclamación de Wintershall en este arbitraje, por el contrario, en el Artículo 10(2) se dispone expresamente que la diferencia “será sometida a petición de una de ellas a los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión”; allí no se establece que el caso deba decidirse dentro de ese período o que la reparación pretendida en los tribunales locales deba ser de la misma naturaleza que la reclamada en el arbitraje internacional.

4. Conclusión sobre el segundo aspecto de la primera excepción preliminar a la jurisdicción opuesta por Argentina

197. Por todos los motivos expuestos, el Tribunal decide que Wintershall, la Demandante, no puede basarse en la cláusula de la nación más favorecida del Artículo 3 del TBI Argentina-Alemania a fin de evitar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Artículo 10(2) del TBI.

NOVENA PARTE

IX. CONCLUSIONES Y DECISIONES FINALES DEL TRIBUNAL

198. Teniendo en cuenta las consideraciones y conclusiones precedentes, el Tribunal de Arbitraje, por unanimidad:

- (1) Concluye, confirmando la primera excepción preliminar sobre jurisdicción opuesta por la Demandada: a) que la Demandante Wintershall Aktiengesellschaft no tenía derecho a remitir directamente la diferencia por ella planteada al arbitraje del CIADI, puesto que no había cumplido con las disposiciones contenidas en el Artículo 10(2) del TBI Argentina-Alemania; y b) que la cláusula de la nación más favorecida del Artículo 3 del TBI Argentina-Alemania no da derecho a la Demandante a eludir el cumplimiento de los requisitos estipulados en el Artículo 10(2) del mencionado TBI.
- (2) Decide, de conformidad con la Regla 41(5) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, que la diferencia planteada por la Demandante Wintershall Aktiengesellschaft (a la que se sumó Wintershall Holding Aktiengesellschaft) no cae dentro de la jurisdicción del Centro ni de la competencia del Tribunal.
- (3) Declara que, en las circunstancias del caso, las demás excepciones preliminares sobre la jurisdicción opuestas por la Demandada en este caso (a diferencia de la primera excepción preliminar sobre la jurisdicción) no son de naturaleza exclusivamente preliminar, y que no es necesario ninguna consideración ni conclusión respecto de las segunda, tercera, cuarta, quinta y sexta excepciones sobre la jurisdicción.
- (4) Decide que, como no hay falta de *bona fides* por parte de la Demandante para iniciar el presente procedimiento de arbitraje, y teniendo en cuenta la complejidad y el régimen incierto de las cuestiones que entrañan la primera excepción preliminar sobre la jurisdicción:

- (a) las costas y los gastos del Centro serán soportados en partes iguales por las partes, y
- (b) los costos incurridos por cada una de las partes en el procedimiento de arbitraje serán soportados por las respectivas partes; en otras palabras, ninguna de las partes podrá recuperar de la otra parte ninguno de los costos del procedimiento de arbitraje.

Hecho en Washington, D.C., en inglés y castellano, siendo ambas versiones igualmente auténticas.

[Firmado]

Sr. Fali S. Nariman

Presidente del Tribunal

Fecha: 8 de noviembre de 2008

[Firmado]

Dr. Santiago Torres Bernárdez
Árbitro

Fecha: 6 de noviembre de 2008

[Firmado]

Profesor Piero Bernardini
Árbitro

Fecha: 3 de noviembre de 2008