

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Informe Jurídico sobre el Laudo arbitral sobre jurisdicción
del Caso CPA N° 2010-9

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogado
que presenta:

AUTOR:

Jose Rodrigo Garcia Gonzales

ASESOR:

Victor Augusto Saco Chung

Lima, 2025

Informe de Similitud

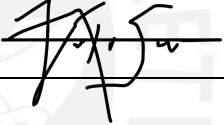
Yo, VICTOR AUGUSTO SACO CHUNG, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado "Informe Jurídico sobre el Laudo arbitral sobre jurisdicción del Caso CPA N° 2010-9", del autor(a) JOSE RODRIGO GARCIA GONZALES, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 26%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 13/07/2025.

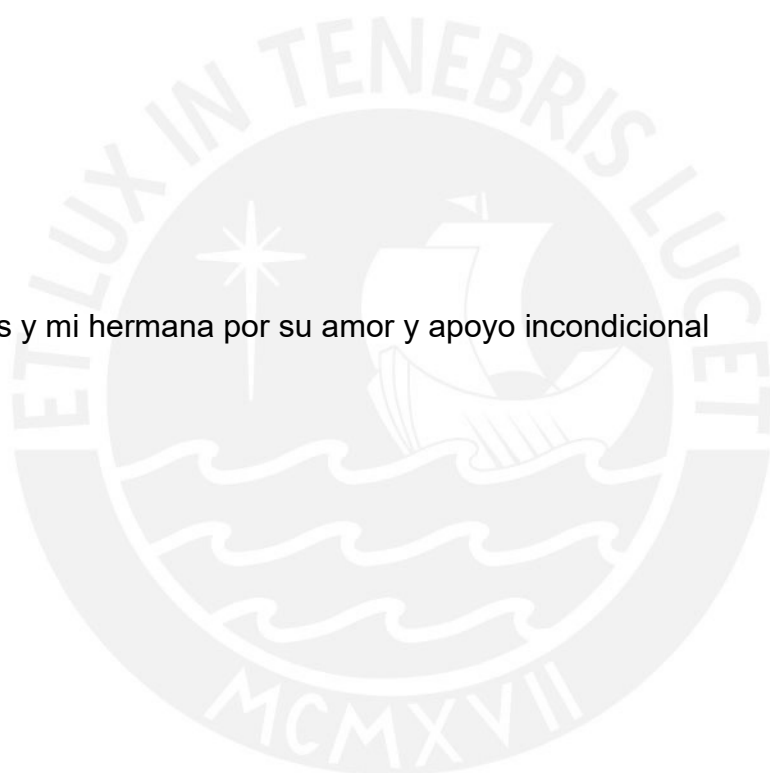
- He revisado con detalle dicho reporte y el Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierten indicios de plagio.

- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 22 de julio del 2024

<u>VICTOR AUGUSTO SACO CHUNG</u>	
DNI: 40663922	Firma:
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-3616-9786	

A mis padres y mi hermana por su amor y apoyo incondicional



RESUMEN

El presente informe tiene como finalidad analizar el laudo arbitral de jurisdicción del 2012 del caso entre ICS y la República Argentina, en el que tribunal declaró carecer de competencia para conocer el fondo de la controversia y por ende, dio por finalizado el procedimiento arbitral. Así pues, se evalúa si la decisión adoptada por el Tribunal fue correcta jurídicamente. En ese sentido, se aborda si el requisito de dieciocho meses de litigio interno es un requisito de admisibilidad o de jurisdicción, dado que incumplimiento fue considerado por el tribunal como el factor de su falta de jurisdicción. Asimismo, se aborda si la cláusula de Nación Más Favorecida es aplicable a las disposiciones de solución de controversias, en tanto, el demandante pretendía eximirse del cumplimiento del requisito mencionado por uno más favorable.

A partir de la investigación de la doctrina, la jurisprudencia arbitral y la interpretación del Tratado Bilateral de Inversión Argentina y Reino Unido, se alcanza una respuesta sólida consistente en que el Tribunal debió declararse competente, y suspender el procedimiento arbitral. Las razones jurídicas se basan en que el litigio interno previo durante dieciocho meses es un requisito de admisibilidad. Además, la cláusula de NMF del TBI si permite la importación de disposiciones más favorables como el trato directo. No obstante, debido a que el demandante tampoco cumplía con este último, correspondía la suspensión del arbitraje.

Palabras clave

Arbitraje, inversión, Tratados, jurisdicción, admisibilidad

ABSTRACT

This report aims to analyze the 2012 jurisdictional arbitral award in the case between ICS and the Argentine Republic, in which the tribunal declared that it lacked jurisdiction to hear the merits of the dispute and, therefore, terminated the arbitral proceedings. Accordingly, the report assesses whether the tribunal's decision was legally correct. In this regard, it examines whether the requirement of eighteen months of prior litigation before domestic courts constitutes a matter of admissibility or jurisdiction, given that the tribunal considered its non-compliance as grounds for its lack of jurisdiction. Furthermore, it analyzes whether the Most-Favored-Nation (MFN) clause is applicable to dispute settlement provisions, insofar as the claimant sought to replace the aforementioned requirement with a more favorable one.

Based on an analysis of legal doctrine, arbitral jurisprudence, and the interpretation of the Argentina–United Kingdom Bilateral Investment Treaty (BIT), this report reaches a well-founded conclusion: the tribunal should have declared itself competent and suspended the arbitral proceedings. The legal reasoning is that the eighteen-month prior litigation requirement is a condition of admissibility. Moreover, the MFN clause under Article 3(1) of the BIT does allow the importation of more favorable provisions, such as direct access to arbitration. However, since the claimant did not comply with this latter requirement either, the proper legal consequence was the suspension of the proceedings rather than a denial of jurisdiction.

Keywords

Arbitration, Investment, Treaties, Jurisdiction, Admissibility

ÍNDICE

PRINCIPALES DATOS DEL CASO	5
I. INTRODUCCIÓN	6
1.1 Justificación de la elección de la resolución.....	6
1.2 Presentación del caso y del análisis	6
II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES	9
2.1 Antecedentes	9
2.2 Hechos relevantes del caso	10
III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS	10
3.1 Problema principal	10
3.2 Problemas secundarios.....	11
IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A	11
4.1 Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios	11
4.2 Posición individual sobre el fallo de la resolución	12
V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS.....	13
5.1 El requisito de 18 meses de litigio interno como requisito de admisibilidad	13
5.1.1 Naturaleza jurídica del requisito de jurisdicción	13
5.1.2 Naturaleza jurídica del requisito de admisibilidad	16
5.1.3 Relevancia de una clasificación u otra.....	20
5.1.4 Aplicación de la teoría al caso	21
5.2 La cláusula de NMF del TBI es aplicable a requisitos de admisibilidad ..	28
5.2.1 Naturaleza jurídica del trato de NMF	29
5.2.2 Trato de NMF aplicable a requisitos de admisibilidad.....	31
5.2.3 Análisis interpretativo de la cláusula de NMF del TBI.....	35
5.3 tercer problema	47
VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES.....	49
BIBLIOGRAFÍA	52
ANEXOS	53

PRINCIPALES DATOS DEL CASO

N° EXPEDIENTE	Caso CPA N° 2010-09 Laudo sobre Jurisdicción
ÁREA(S) DEL DERECHO SOBRE LAS CUALES VERSA EL CONTENIDO DEL PRESENTE CASO	Derecho Internacional Público y Derecho Internacional de las inversiones
IDENTIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES Y SENTENCIAS MÁS IMPORTANTES	Laudo sobre jurisdicción CAP N° 2010-09
DEMANDANTE/DENUNCIANTE	ICS Inspection and Control Services Limited
DEMANDADO/DENUNCIADO	República de Argentina
INSTANCIA ADMINISTRATIVA O JURISDICCIONAL	Instancia jurisdicción – tribunal arbitral
TERCEROS	-
OTROS	-

I. INTRODUCCIÓN

1.1 Justificación de la elección de la resolución

La razón personal para haber elegido un laudo arbitral de inversiones se debe a que a inicios del año 2024 tuve la oportunidad de participar en la XI Competencia de Arbitraje Internacional de Inversión organizada por la American University y Universidad Externado de Colombia, que se llevó a cabo de forma presencial en Washington D.C. Esta experiencia fue fundamental y clave para definir mi preferencia en la especialización de Derecho internacional Público.

Asimismo, dicha vivencia provocó que decidiera analizar un caso de arbitraje internacional de inversiones, porque tras los constantes debates con mis coaches del moot, Fabio Núñez del Prado y Hugo Forno Odría, aprecié la especial complejidad de este tipo de arbitrajes. La cual se basa en que las disposiciones jurídicas del TBI o del TLC, sobre estándares de protección a la inversión y las cláusulas de solución de controversias, no siempre son claras. En el sentido de hallar una única respuesta con la aplicación exclusiva de la interpretación conforme al sentido común del texto del Tratado. Es así que en el arbitraje de inversiones existen grandes discusiones donde existen posiciones doctrinales y jurisprudenciales contrapuestas, ya que la ambigüedad del texto del Tratado provoca interpretaciones contradictorias entre sí.

1.2 Presentación del caso y del análisis

El presente informe realiza un análisis exhaustivo del laudo arbitral sobre jurisdicción, de fecha 10 de febrero de 2012. Precisamente este laudo es el resultado de un arbitraje internacional de inversiones, cuyas partes en disputa fueron la ICS, como parte demandante, y la República de Argentina, como parte demandada. En dicho laudo, el Tribunal concluyó que no tenía jurisdicción para pronunciarse sobre la controversia, dando por finalizado el procedimiento arbitral.

El Tribunal fundamentó su falta de competencia en base a dos argumentos principales: i) ICS incumplió con el requisito de someter la controversia a tribunales locales durante 18 meses antes de solicitar el arbitraje, siendo un requisito de jurisdicción, y ii) La cláusula de Nación más favorecida (NMF) del TBI Argentina con Gran Bretaña incluye únicamente a los estándares de protección a la inversión y no a las cláusulas de solución de controversias; por tanto, ICS no puede eximirse del cumplimiento del requisito de 18 meses de litigio interno.

En base a los problemas jurídicos abordados por el tribunal, se responderá la pregunta principal que aborda ambos puntos: ¿Era competente el Tribunal en el caso ICS c. Argentina, y, de ser así, debió suspender el procedimiento arbitral?

Para responder a dicha pregunta, se analizarán dos grandes problemas jurídicos secundarios y uno de carácter aplicativo: i) ¿Es el cumplimiento del requisito de sometimiento previo a los tribunales argentinos durante dieciocho meses una cuestión de jurisdicción o admisibilidad?; ii) ¿Es la cláusula de “Nación más favorecida” del TBI aplicable a las disposiciones sobre Solución de controversias?; y iii) ¿Es posible aplicar el trato de NMF para reemplazar los 18 meses de litigio interno por 6 meses de negociación previa?

Respecto del primer problema jurídico, el artículo 8 del TBI Argentina y Reino Unido regula un requisito para el solicitante a arbitraje de recurrir a los tribunales locales como mínimo durante 18 meses. Esta disposición como se verá no tiene un significado indubitable, es decir, que pueda determinarse en seguida que es un requisito de jurisdicción o de admisibilidad. Por tanto, la metodología de estudio que se utilizará será el análisis de la doctrina y jurisprudencia arbitral sobre la materia, y la aplicación de los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969.

Cabe mencionar que el primer problema jurídico secundario se encuentra interrelacionado con el segundo. En tanto como se explicará más adelante, la cláusula de NMF no puede aplicar a las disposiciones sobre solución de controversias relativas a la jurisdicción. Por ello, la conclusión del primero

determinará si existe la posibilidad de aplicar dicha cláusula al caso. Ahora bien, en caso se determine que la exigencia de litigio interno durante 18 meses es un requisito de admisibilidad, es solo un factor necesario, pero no suficiente para aplicar el trato de NMF. Su aplicación dependerá si la cláusula de NMF del TBI concibe efectivamente a la admisibilidad de la demanda.

En ese sentido, se analizará si el artículo 3 del TBI, puede abarcar las disposiciones sobre solución de controversias relativas a la admisibilidad. Resolver esta cuestión es especialmente compleja, ya que a diferencia de las cláusulas en los casos CIADI de Maffezini y Plama, no se utiliza términos generales como la frase “en todas las cuestiones”. En dichos casos, los tribunales consideraron que la cláusula de NMF sí abarcaba las cuestiones procesales. Por lo tanto, en el presente informe jurídico se será meticuloso para desentrañar la correcta interpretación de la mencionada cláusula.

Por último, el tercer problema secundario es menos extenso que los otros porque se pretende realizar un análisis aplicativo de la cláusula de NMF. Para ello, se utiliza las respuestas a los anteriores problemas y se aborda únicamente si el requisito de 18 meses de litigio interno y el trato directo cumplen con el principio de ejusdem generis. Además, se aborda si el trato directo es una condición más favorable. Con ello, se emite una conclusión final de cómo debió haberse pronunciado el Tribunal.

II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES

2.1 Antecedentes

El 22 de mayo de 1997, el Estado de Argentina (en adelante, “la demanda” o el “Estado”) aprobó un programa de inspección de mercaderías de importación, con el fin de detectar discrepancias en las declaraciones de importación. Para ello, se contrataron empresas de inspección de preembarque. Posterior a ello, a través de una licitación pública internacional, el Comité Ejecutivo de este Programa seleccionó a ICS para auditar los servicios de dichas empresas.

El contrato establecía que ICS recibiría el 80% de los honorarios cobrados por cada inspección auditada, pero existía un límite máximo que oscilaba entre 4% y 10% del total de los honorarios pagados por las empresas de inspección de preembarque. Para que ICS operara sin sobrepasarse del límite, el Comité estaba obligada a implementar un sistema de selección, lo cual pese a reiterados pedidos no realizó.

El contrato concluyó en 2011, y para entonces, ICS solo había recibido un pago parcial. Tras la entrada en vigencia de la Ley de Emergencia N° 25.561 en 2022, que derogó la Ley de Convertibilidad, ICS presentó un reclamo administrativo solicitando las facturas pendientes. El Comité exigió la pesificación de las facturas, que con la nueva ley significaba una significativa deducción del pago pendiente. Además, exigió que las facturas no sobrepasaran el 10%. ICS accedió bajo protesta, aunque el pago no se realizó.

En 2003, un decreto presidencial aplicó una reducción del 13% a las facturas. Luego de varios años, en 2006, el Comité pagó parcialmente los servicios aplicando todas las reducciones anteriormente explicadas. Posterior a ello, el Estado de Argentina no efectuó pagos posteriores a ICS.

En razón a ello, el 16 de junio de 2009, ICS solicitó el inicio de arbitraje internacional contra Argentina en virtud del artículo 8 del TBI Reino Unido y Argentina.

2.2 Hechos relevantes del caso

Habiendo descrito los hechos fácticos en forma de antecedentes, los sucesos más relevantes son las cuestiones jurisdiccionales y la discusión sobre la materia, en la medida que el análisis del tribunal se enfocó únicamente en ello.

ICS antes de la solicitud del inicio de arbitraje internacional no había cumplido con someter la controversia a los tribunales nacionales argentinos durante 18 meses, como exigía el artículo 8 del TBI.

La demandada alegó que se trataba de un requisito de jurisdicción, por tanto, la reclamación no se encontraba bajo la jurisdicción del Tribunal.

Por otro lado, ICS aseveró que era un requisito de admisibilidad, y que, por tanto, como medida de ultima ratio debería suspenderse el procedimiento arbitral durante 18 meses.

ICS, agregó que, en todo caso, debía reemplazarse dicho requisito por la exigencia de trato directo durante 6 meses del TBI Argentina-Lituania al ser más favorable, en aplicación de la cláusula de NMF.

La demandada se mostró en contra de la posición y argumentación de ICS. Consideró que la cláusula de NMF no podía aplicarse a las disposiciones sobre solución de controversias. Por ende, no era posible importar una disposición como el trato directo y reemplazarla por los 18 meses de litigio interno.

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

3.1 Problema principal

¿Era competente el Tribunal en el caso ICS c. Argentina, y, de ser así, debió suspender el procedimiento arbitral?

3.2 Problemas secundarios

- ¿Es el cumplimiento del requisito de sometimiento previo a los tribunales argentinos durante dieciocho meses una cuestión de jurisdicción o admisibilidad?
- ¿Es la cláusula de “Nación más favorecida” del TBI Argentina y Gran Bretaña aplicable a las disposiciones sobre Solución de controversias?
- ¿Se puede aplicar el trato de NMF para reemplazar los dieciocho meses de litigio interno por seis meses de negociación previa?

IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A

4.1 Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios

En el presente informe, a partir de la formulación del problema jurídico principal se pretende encontrar la respuesta a 3 posibles escenarios: i) El Tribunal era competente, ii) Era competente y debió analizar el fondo de la controversia directamente, o iii) Era competente, pero debió suspender el procedimiento arbitral. La postura que se adopta en este informe es la tercera: el Tribunal sí tenía jurisdicción sobre la controversia y debió suspender el procedimiento arbitral. Más precisamente, se sostiene que la mencionada suspensión debía extenderse hasta que se cumpliera con el trato directo, lo que idealmente implica un plazo de seis meses.

Respecto del primer problema jurídico secundario, se considera que el requisito de someter la controversia a los tribunales locales durante 18 meses constituye un requisito de admisibilidad, y no de jurisdicción. En consecuencia, el Tribunal del presente caso erró en rechazar su competencia para analizar la controversia.

En relación con el segundo problema secundario, se argumenta que la cláusula de NMF del TBI sí es aplicable a las disposiciones sobre solución de controversias, pero únicamente respecto de los requisitos de admisibilidad. Por ello, es jurídicamente plausible que, en el caso en particular, se puede aplicar el trato de NMF para importar exigencias de admisibilidad más favorables de otros Tratados.

Finalmente, el tercer problema jurídico secundario, se refiere a la aplicación concreta de las conclusiones anteriores. Se concluye que la cláusula de NMF permite que el trato directo de 6 meses reemplace a la exigencia original. Además, se afirma que en tanto el demandante no cumplió con este requisito, el tribunal debió haberse declarado competente, pero suspender el procedimiento hasta que se cumpliera con la negociación.

4.2 Posición individual sobre el fallo de la resolución

En relación al caso, no me encuentro de acuerdo con la postura del tribunal en el primer problema jurídico, debido a que no realiza una argumentación jurídica completa que implemente los métodos de interpretación jurídica para definir si el requisito de sometimiento a tribunales locales durante 18 meses es de jurisdicción o admisibilidad. En ese sentido, no debió haberse declarado incompetente para analizar la controversia.

En cuanto al segundo problema jurídico, nos encontramos en desacuerdo parcialmente con la postura del tribunal de considerar que el trato de NMF del TBI Argentina-Reino Unido no abarca la solución de controversias. En tanto, que la cláusula de NMF sí es aplicable a las disposiciones relacionadas a la admisibilidad, y por ende, podía reemplazarse el requisito de 18 meses de litigio interno por el trato directo.

En síntesis, el informe jurídico demostrará que el Tribunal debió declararse competente y suspender el procedimiento hasta que se cumpliera con los seis meses de negociación.

V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

A fin de hallar la respuesta a este problema principal, es sustancial primero determinar si el requisito que obstaculizó el análisis de fondo de la controversia era o no un requisito de admisibilidad o jurisdicción.

5.1 El requisito de 18 meses de litigio interno como requisito de admisibilidad

En el presente informe, a fin de hallar la respuesta al primer problema jurídico secundario, primero se determinará en qué consiste un requisito de jurisdicción, y uno de admisibilidad, para definir en qué se diferencian. Para luego, catalogar el período de 18 meses de litigio interno en una de las dos categorías. Es preciso apuntar que será clave el uso de los métodos de interpretación previstos en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 para hallar una respuesta jurídicamente correcta.

Cabe señalar que distinguir este requisito es fundamental para determinar si el Tribunal era competente o no. No obstante, también será esencial para el posterior análisis de la aplicación de la cláusula NMF en el segundo problema jurídico. Ello debido a que “por regla general, han sido infructuosos los intentos de utilizar el principio NMF para añadir otras disposiciones de solución de controversias que fueran más allá del plazo de 18 meses de litigio.” (CDI, 2015, p. 115). La razón jurídica radica y que se abordará con mayor detalle más adelante, es que la cláusula de NMF no puede aplicarse a los requisitos de jurisdicción, pero sí a los de admisibilidad.

5.1.1 Naturaleza jurídica del requisito de jurisdicción

En primer lugar, uno de los elementos característicos del Derecho Internacional es la ausencia de un órgano jurisdiccional de carácter obligatorio. Ello se debe a que el “sometimiento a una jurisdicción internacional por parte de los Estados es

enteramente voluntario” (Novak y García-Corrochano, 2016, p. 7) debiendo existir “la aceptación de todas las partes involucradas en una controversia para someter está a conocimiento y resolución de un tribunal internacional” (Novak y García-Corrochano, 2016, p. 7). Dicho esto, se puede observar una clara diferencia con los tribunales nacionales, que en principio tienen competencia jurisdiccional para resolver conflictos acontecidos dentro del ámbito territorial del Estado al que pertenecen. Mientras que el consentimiento de los involucrados sobre el conflicto es sumamente esencial para que el tribunal internacional tenga jurisdicción.

Por dicha razón, tribunales internacionales encargados de resolver controversias a partir de la aplicación del Derecho Internacional, como la Corte Internacional de Justicia (CIJ), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), los Tribunales arbitrales de inversión, entre otros; deben asegurarse de que las partes han consentido que resuelvan una controversia presente o futura. En el caso del arbitraje internacional de inversiones, “el consentimiento suele otorgarse por el Estado receptor sobre la base de tratados de inversión, en la legislación nacional o mediante cláusulas de arbitraje negociadas en los contratos entre inversores y Estados” (Wailber, 2014, p. 2).

Por lo general, es común que en estos arbitrajes la voluntad del Estado receptor de la inversión de un arbitraje se encuentre plasmada en un Tratado bilateral de inversión (TBI) o un Tratado de Libre Comercio (TLC) que tiene un capítulo referente a la protección de inversiones. En este capítulo:

“el país de origen y el país receptor acuerdan conjuntamente los estándares de trato garantizados a la inversión transfronteriza y los términos, si los hubiere, en los que recíprocamente ofrecen arbitraje entre inversionistas y Estados a los inversionistas de la otra parte contratante” (Wailber, 2014, p. 15) [énfasis agregado]

De esta manera, en estos Tratados los Estados parte se obligan mutuamente a garantizar determinados estándares de protección a la inversión como el trato

justo y equitativo, protección y seguridad plenas, trato nacional y trato de nación más favorecida, entre otros según lo que se acuerde, dirigido al inversor que es nacional del otro Estado contratante. Aunado a ello, los Estados parte manifiestan su voluntad unilateral, a modo de oferta, de consentir el arbitraje y con ello, la jurisdicción del futuro tribunal siempre que se cumplan con determinadas condiciones concurrentes. Asimismo, para que exista consentimiento debe conjugarse “una oferta a arbitrar y una aceptación a dicho arbitraje por otros medios, como es la introducción de la demanda arbitral” (Jaime, 2021, p. 277).

Ahora, como se mencionó, la oferta a arbitrar no es incondicionada, debido a que está dirigida a aquellos sujetos que son inversionistas, *ratione personae*, que poseen una inversión protegida, *ratione materiae*, en el territorio del Estado demandado, *ratione loci*, y sobre acontecimientos que se hayan producido tras la entrada en vigor del Tratado, *ratione temporis*. Cada uno de estos requisitos son definidos de manera particular de acuerdo al capítulo de inversiones aplicable, en el sentido que un inversionista protegido por el Tratado A podría no serlo según el Tratado B.

Cabe precisar que se tratan de condiciones concurrentes bajo las cuales el Estado contratante decidió arbitrar de forma *ex ante*, y, por tanto, el tribunal arbitral que reciba la solicitud de arbitraje por el inversionista solo tendrá jurisdicción si estos parámetros se cumplen en su totalidad. A partir de ello, se puede observar que dichos Tratados contienen requisitos de jurisdicción, cuyo cumplimiento en la realidad determinan la capacidad del tribunal arbitral para resolver un conflicto entre el Estado parte y el inversor extranjero.

Ahora bien, los requisitos mencionados anteriormente pueden no ser los únicos de jurisdicción previstos en los TBIs o TLCs. Es preciso recordar que los Estados parte pueden haber añadido otras exigencias que resultan ser de jurisdicción. En razón a que los Estados dentro de su capacidad para celebrar Tratados, reconocida en el artículo 6 de la CV sobre Derecho de los Tratados, tienen la libertad de negociar y consentir otras condiciones de jurisdicción. No obstante, en caso no se establezca de forma explícita que posee tal carácter, corresponde

acudir a la doctrina y jurisprudencia para clasificar a la exigencia objeto de análisis, en admisibilidad o jurisdicción. Además de implementar los métodos de interpretación conforme a la CV del 69. Siendo este el caso, ambos puntos se verán en las siguientes secciones.

5.1.2 Naturaleza jurídica del requisito de admisibilidad

La manera más efectiva de definir la naturaleza jurídica de un requisito de admisibilidad es en contraste con el concepto de jurisdicción. La admisibilidad se distingue por dos características principales:

1. Se relaciona a la demanda en sí misma, y
2. Su incumplimiento impide que la controversia sea pertinente o apta para ser resuelta por el momento, configurando así un impedimento transitorio y subsanable

Respecto a la primera característica, la doctrina internacional generalmente ha señalado que, mientras las objeciones a la jurisdicción se dirigen a la facultad del tribunal para decidir el caso, las objeciones de admisibilidad apuntan a defectos de la demanda. Como recoge un análisis del jurista Aitelaj:

Los tribunales de inversión han distinguido la admisibilidad de la jurisdicción. Varios tribunales han aceptado que, si bien las objeciones a la jurisdicción se dirigen a la facultad del tribunal para decidir el caso, las impugnaciones de admisibilidad se basan en un defecto de la demanda. (2023, bajo el encabezado 3) [énfasis agregado]

Esta línea de razonamiento es seguida por el tribunal en Hochtief c. Argentina, el cual sostiene que:

La jurisdicción es un atributo de un tribunal y no de una reclamación, en tanto que la admisibilidad es un atributo de una reclamación, pero no de un tribunal [...] Un tribunal puede concluir que una reclamación sometida

a su consideración y comprendida dentro de su jurisdicción es inadmisibles (por ejemplo, por razones de *lis alibi pendens* o *forum non conveniens*), o incluso negarse a recibir y dar trámite a una reclamación comprendida dentro de su jurisdicción porque presenta algún vicio fundamental de formulación.(2011b, párr. 90) [énfasis agregado]

A partir de ello, se puede afirmar que los requisitos de jurisdicción otorgan y delimitan el ámbito de competencia del tribunal arbitral. Esto se define comúnmente con base en los criterios *ratione personae*, *ratione materiae*, *ratione loci* y *ratione temporis*. Desde la perspectiva del inversionista, que su caso cumpla con estos requisitos implica que ostenta la facultad de acudir y someter a arbitraje al Estado demandado ante el tribunal competente.

En cambio, los requisitos de admisibilidad constituyen exigencias que el demandante debe cumplir para la presentación o formulación de su demanda, a fin de que esta pueda ser efectivamente tramitada y el tribunal analice el fondo de la controversia, es decir, las violaciones a los estándares de protección a la inversión. Un ejemplo claro de ello, es el requisito de trato directo o negociación previa durante seis meses que en principio el demandante debe respetar antes de solicitar el inicio del arbitraje. Dado que se trata de una exigencia para la formulación de la demanda, su incumplimiento no afecta la competencia del Tribunal, pero sí la continuación del trámite del procedimiento arbitral.

Respecto a la segunda característica, la doctrina y jurisprudencia internacional coinciden en que el requisito de admisibilidad es una exigencia que determina la pertinencia de que una demanda pueda ser oída por el tribunal. Así lo asevera Ian Brownlie que en sus propias palabras señala que:

Una objeción a la admisibilidad de una reclamación invita al tribunal a desestimar (o quizás aplazar) la reclamación por un motivo que, si bien no excluye su autoridad en principio, afecta la posibilidad o la pertinencia de decidir el caso en particular en el momento concreto (como se citó en Aitelaj, bajo el encabezado 3) [énfasis agregado]

Del mismo modo, Mills confirma la pertinencia que otorga el cumplimiento del requisito de admisibilidad, señalando que:

La cuestión de la admisibilidad se relaciona con la demanda, más que con el tribunal, y plantea si se trata de una demanda que puede interponerse debidamente. En particular, considera si existen condiciones para el ejercicio del derecho a arbitraje que no se hayan cumplido (...) [por ejemplo] el requisito de mediación o negociación antes de que se inicie el procedimiento arbitral. (2020, p. 84)

A partir de ello, se deduce que la inadmisibilidad no niega la autoridad del tribunal arbitral para analizar el caso, sino impide que la ejerza porque resulta que no es pertinente que la demanda sea escuchada por el momento. Aunado a ello, la pertinencia en tanto está relacionada con la demanda, se condiciona por el cumplimiento de exigencias previas a la reclamación como el trato directo.

En el laudo arbitral de inversiones emitido en 2011 del caso *Abaclat y otros c. Argentina*, así como en la sentencia del Tribunal Superior de Inglaterra y Gales del 15 de febrero de 2011, referida a la impugnación de un laudo de inversiones, se concluyó que condiciones previas al arbitraje, como el período de trato directo o negociación constituye un requisito de admisibilidad. En particular, en esta última decisión, el tribunal reconoció expresamente las dos características esenciales de la admisibilidad: i) que se refiera a la demanda, ii) que su cumplimiento resulta determinante para que la demanda pueda ser debidamente conocida por el tribunal arbitral.

Ahora bien, el hecho que la demanda aún no sea pertinente para ser escuchada por el tribunal competente implica que su incumplimiento es un defecto transitorio. Así lo afirma, Wailber, el cual expresamente menciona que:

[Un requisito jurisdiccional] suele implicar defectos permanentes que impiden a los tribunales ejercer su mandato conforme a las instrucciones de las partes, mientras que las objeciones a la admisibilidad de las demandas suelen implicar circunstancias más transitorias, lo que significa

que una demanda aún no está lista para su resolución. (2014, p. 65)
[énfasis agregado]

En suma, un requisito de admisibilidad se caracteriza por ser un defecto o impedimento transitorio. Su incumplimiento impide que el caso sea analizado de inmediato, pero no excluye la competencia del tribunal. Por el contrario, el incumplimiento de un requisito de jurisdicción genera un defecto permanente, no subsanable, que impide absolutamente al tribunal conocer la controversia.

Un ejemplo claro es el requisito de jurisdicción *ratione materiae*: sólo se cumple si el demandante posee una “inversión protegida” conforme a la definición del TBI aplicable. En el caso del TBI Argentina–Reino Unido, el artículo 1(a) define la inversión como “todo elemento del activo definido según las leyes y reglamentaciones de la Parte Contratante en cuyo territorio es realizada (...)”. Si la supuesta inversión no se ajusta a esta definición, el tribunal carecerá de jurisdicción y ello no podrá subsanarse posteriormente. De ahí, una pregunta clave para distinguir entre jurisdicción y admisibilidad sea: ¿El defecto procesal puede ser subsanado? Si la respuesta es afirmativa, se trata de una cuestión de admisibilidad.

Esta interpretación fue adoptada expresamente en el caso *SGS Société Générale de Surveillance SA c. República de Filipinas*. En dicho laudo, el tribunal analizó una cláusula paraguas contenida en el artículo X (2) del TBI, la cual implicaba que el incumplimiento de contratos por parte del Estado podía constituir también una violación del tratado. Sin embargo, el contrato subyacente contenía una cláusula de jurisdicción exclusiva que remitía las controversias a tribunales filipinos.

El tribunal entonces se preguntó: “¿Debe permitirse a una parte invocar un contrato como fundamento de su demanda cuando el propio contrato remite dicha demanda exclusivamente a otro foro?” (Tribunal CIADI, 2004, párr. 154) A lo cual respondió: “No puede reclamar sobre ese contrato sin cumplir él mismo, lo que se considera más naturalmente como una cuestión de admisibilidad que de jurisdicción” (Tribunal CIADI, 2004, párr. 154). Además, concluyó que debido

a ello: “Una decisión sobre la reclamación de pago de SGS sería prematura” (Tribunal CIADI, 2004, párr. 155).

Así, el tribunal consideró que aún no era pertinente escuchar la demanda pese a tener competencia. En tanto, existía otro foro donde primero debía discutirse la controversia. En ese sentido, consideró que se trataba de un defecto que podía subsanarse en tanto el demandante cumpliera con acudir al procedimiento acordado en el contrato, es decir, acudir a los tribunales filipinos. Una vez cumplido podría continuar con el procedimiento arbitral.

En conclusión, los requisitos de admisibilidad se caracterizan por ser exigencias a cumplir en la formulación de la demanda. Además, estas condiciones previas tienen por objeto asegurar que la reclamación sea pertinente en el momento en que se presenta al tribunal. Justamente, es dicha exigencia de pertinencia la que determina que su incumplimiento no invalide la competencia del tribunal, sino que constituya un defecto subsanable que impide que la controversia sea resuelta de forma inmediata.

5.1.3 Relevancia de una clasificación u otra

La relevancia de distinguir un requisito de jurisdicción y de admisibilidad, en base a lo planteado anteriormente, consiste en las consecuencias que importan a las partes en conflicto. El efecto jurídico más relevante que produce catalogar a un requisito como jurisdicción es que el tribunal se declara incompetente para analizar la controversia. A causa de ello, el único momento u oportunidad para demostrar haber cumplido con el requisito de jurisdicción es en la presentación de la solicitud de arbitraje.

En cambio, cuando el requisito regula la admisibilidad de la demanda, el tribunal suspende el transcurso del arbitraje “para permitir que el demandante cumpla con los requisitos de admisibilidad faltantes” (Wailber, 2014, p. 67). En razón a que no es el momento oportuno para que la disputa sea oída. Justamente ello fue lo ocurrido en el caso SGS c. República de Filipinas anteriormente analizado.

Por otro lado, existe una consecuencia práctica, que radica en que los tribunales “normalmente abordarán las cuestiones de admisibilidad sólo en la fase de fondo” (Wailber, 2014, p. 68). En el caso Chevron c. Ecuador, el tribunal consideró que:

“Las objeciones del Demandado a la admisibilidad de las reclamaciones de los Demandantes, cuando no equivalgan ni se superpongan a sus objeciones jurisdiccionales, deben tratarse, de conformidad con los Artículos 15 y 21 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, como cuestiones relativas a la fase de fondo de este procedimiento de arbitraje, (...) porque presupone necesariamente la existencia de dicha jurisdicción; y sólo objeta el ejercicio de dicha jurisdicción por parte del tribunal al decidir sobre el fondo de una reclamación (como se cita en Wailber, 2014, pp. 68-69) [énfasis agregado]

Dicho en otras palabras, en el caso el Tribunal consideró que, al tener jurisdicción para resolver el fondo de la controversia, podría evaluar con posterioridad las objeciones de admisibilidad junto con las cuestiones de fondo. Ello debido a que en el supuesto de que se declare fundada la objeción, sólo acarrearía una suspensión del procedimiento arbitral. Sin embargo, consideramos que esta postura “puede ser preocupante para un Estado anfitrión con fuertes objeciones jurisdiccionales o de admisibilidad, pero argumentos sobre el fondo mucho más débiles” (Wailber, 2014, 69). En el sentido, un tribunal podría inclinarse por eximir al demandante del cumplimiento del requisito de admisibilidad por ser “fútil”, siendo una de las razones detrás de su convencimiento el haber verificado la vulneración a los estándares de protección a la inversión.

5.1.4 Aplicación de la teoría al caso

Una vez precisada la diferencia entre un requisito de jurisdicción y admisibilidad, así como la importancia de su distinción, corresponde ahora aplicar la teoría revisada y los métodos de interpretación previstos en los artículos 31, 32 y 33 de

la CVDT del 69. Dicha Convención resulta aplicable al presente caso, en la medida en que el TBI constituye un tratado internacional celebrado por escrito entre Estados, específicamente entre Reino Unido y Argentina. Además, de haber entrado en vigor para ambos Estados en 1980.

El objetivo final de este análisis es determinar si es jurídicamente correcta la postura del Tribunal de considerar los 18 meses de litigio interno como requisito de jurisdicción.

Para ello, se interpretará el numeral 2 del artículo 8 del TBI Argentina y Reino Unido de 1990, cuya redacción es la siguiente:

ARTÍCULO 8: Solución de controversias entre un inversor y el Estado receptor

(...)

(2) Las controversias arriba mencionadas serán sometidas a arbitraje internacional en los siguientes casos:

(a) a solicitud de una de las partes, en cualquiera de las circunstancias siguientes:

(i) cuando, luego de la expiración de un plazo de dieciocho meses contados a partir del momento en que la controversia fue sometida al tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión, dicho tribunal no haya emitido una decisión definitiva;

(ii) cuando la decisión definitiva del tribunal mencionado haya sido emitida pero las partes continúen en disputa;

(b) Cuando la Parte Contratante y el inversor de la otra Parte Contratante así lo hayan convenido. [énfasis agregado]

En el caso se analizó específicamente el numeral (2) del artículo 8 del TBI, el cual prevé un requisito de litigación interna durante 18 meses en el territorio del Estado receptor de la inversión. No obstante, antes de continuar con el análisis de dicha disposición jurídica, cabe aplicar la interpretación conforme al sentido

corriente de los términos del Tratado, que “hace referencia a su significado regular, normal o acostumbrado” (Novak & García-Corrochano, 2016, p. 92).

Se puede entender del lenguaje común del numeral (2) que la controversia estará “sometida” a arbitraje sólo si una de las partes lo solicita unilateralmente habiendo transcurrido dieciocho meses después del sometimiento a litigio interno, o (ii) cuando exista una decisión definitiva del mismo. Es claro que este lenguaje denota que se tratan de requisitos imperativos u obligatorios que el inversionista debe cumplir de manera alternativa para que la controversia esté sujeta a arbitraje internacional.

En la versión en inglés del TBI, se puede alcanzar la misma interpretación utilizando la siguiente frase “The afore mentioned disputes shall be submitted to international arbitration in the following cases”. De acuerdo al diccionario de Cambridge, la palabra “shall” es un verbo modal utilizado para decir que algo ciertamente sucederá o debe suceder. En ese sentido, el conflicto deberá estar sometido a arbitraje en caso se cumpla con la solicitud de arbitraje y habiendo cumplido con dos de las alternativas mencionadas anteriormente. Hasta este punto, es correcta la apreciación del tribunal, debido a que también considera que el requisito de 18 meses de litigio interno es un requisito de obligatorio cumplimiento en base a la interpretación del lenguaje del Tratado.

Ahora, el hecho de que se trate un requisito que es necesario para someter a arbitraje la controversia no significa que pueda calificarse como un requisito de jurisdicción. En razón a que como vimos anteriormente, el incumplimiento de este tipo de requisitos genera que el tribunal arbitral no sea competente para analizar la disputa, más un requisito de admisibilidad tiene como efecto que el tribunal sí sea competente, pero que por el momento no pueda someterlo a arbitraje. A fin de cuentas, ambas consecuencias generan en distinto grado que la controversia jurídica del inversionista con el Estado receptor de la inversión no pueda ser sometida a arbitraje ante el tribunal que recibió la solicitud de arbitraje, de forma transitoria o definitiva.

En razón a ello, es necesario aplicar la teoría anteriormente explicada sobre las características que distinguen a un requisito de admisibilidad, a la exigencia de someter durante 18 meses la controversia a litigio interno a fin de desentrañar si efectivamente lo es. Las preguntas clave a realizar son las siguientes: ¿Es un requisito que el demandante debe cumplir ante la formulación de su demanda? ¿Es un requisito que impide que el conflicto aún no esté listo para su resolución, y que por tanto pueda subsanarse?

Respecto a la primera pregunta —si el requisito de los 18 meses es una condición que el demandante debe cumplir ante la formulación de la demanda—, es fundamental diferenciarlo de los requisitos clásicos de jurisdicción, tales como el *ratione personae*, *ratione materiae*, *ratione temporis* y *ratione loci*. Estos requisitos delimitan objetivamente el ámbito de competencia del tribunal, es decir, determinan si tiene un título válido de jurisdicción y sobre el objeto del litigio. Su incumplimiento genera una falta absoluta e insubsanable de competencia, y, por tanto, el tribunal no puede conocer el fondo del caso bajo ninguna circunstancia.

En cambio, el requisito de someter la controversia a tribunales internos durante 18 meses no se refiere al poder del tribunal para conocer el caso en sí, sino al modo en que el demandante debe ejercer su derecho preexistente a acudir al arbitraje. Es decir, se trata de un requisito procesal que debe cumplir para que se considere que ha formulado de forma adecuada su demanda, al igual que ocurre con el requisito de trato directo antes visto. Por ello, se da por cumplido el primer requisito que caracteriza a un requisito de admisibilidad.

Ahora, para responder la segunda pregunta de arriba, es clave analizar cuál es el objetivo del requisito obligatorio bajo análisis. En el caso *Abaclat y otros c. Argentina*, se analizó el requisito de recurrir por 18 meses a la justicia interna y concluyó que “el fin de ese párrafo es meramente ofrecer al Estado receptor la oportunidad de tratar la cuestión antes de que se recurra al arbitraje internacional” (Tribunal CIADI, 2011a, p. 239).

Del mismo modo, en *Hochtief AG c. Argentina*, el tribunal consideró que “el requisito del litigio previo durante 18 meses no entraña otro beneficio que la interposición de un período durante el cual las partes pueden precisar los términos y reflexionar acerca de sus respectivas posiciones” (Tribunal CIADI, 2011b, p. 24). Así las cosas, se puede observar que la finalidad consiste en que el Estado receptor de la inversión tenga la oportunidad de resolver la controversia durante un período de tiempo, antes de que escale a un foro internacional.

En vista de ello, se puede destacar que el cumplir con este requisito es esencial a fin que la demanda sea pertinente para que el tribunal escuche el caso. En tanto, no sería adecuado que existiendo la posibilidad de que la controversia pueda resolverse en el foro nacional, el tribunal ejerza su competencia y analice las violaciones a la inversión. En razón a ello, se trata de un requisito susceptible de subsanación con el sometimiento del conflicto a tribunales internos durante dicho período.

En síntesis, la exigencia bajo análisis es un requisito de admisibilidad al cumplir con los dos elementos que la caracteriza: i) se trata de una condición a cumplir para la formulación de la demanda, y ii) su cumplimiento es vital a fin que sea pertinente para el tribunal.

No obstante, el tribunal arbitral del presente caso difiere de la postura presentada, calificando al requisito como uno de jurisdicción. Se basa en la opinión del jurista Paulsson, que considera que “ante la falta de agotamiento de los recursos locales, el reclamo subyacente puede aún estar perfectamente maduro y adecuado para la decisión, pero no ante un foro particular (...) como una precondition de acceso a él. El problema es un problema de jurisdicción” (como se cita en *Tribunal CPA, 2012, p. 90*). En relación a ello, el tribunal considera que el requisito del período de 18 meses de litigio interno es comparable con el agotamiento de los recursos locales.

Dicha argumentación es cuestionable. Si bien los 18 meses de litigio interno y el agotamiento de recursos locales pueden tener similitudes, existe una diferencia sustancial entre ambas. En el caso, *Gas Natural SDG c. Argentina*, se resaltó

dicha divergencia: “El Tribunal observa que existe la posibilidad de recurrir al arbitraje (...) aunque no hayan dictado una sentencia definitiva al respecto. En consecuencia, el plazo de 18 meses no está comprendido en el concepto de previo agotamiento de recursos internos” (Tribunal CIADI, 2005, p. 19). Dicho, en otros términos, la diferencia sustancial entre ambas figuras radica en que el período de 18 meses de sometimiento ante el foro nacional no funciona como una especie de primera instancia nacional, donde el inversionista debe agotar todas las instancias jurisdiccionales para acceder al arbitraje. De hecho, el período para alcanzar el foro internacional sería más extenso que dieciocho meses.

Ahora bien, no se considera que la teoría de Paulsson sobre la madurez de la reclamación sea adecuada para calificar a un requerimiento como requisito de admisibilidad. En tanto, como se explicó anteriormente, la doctrina y la jurisprudencia arbitral coinciden en que un requisito de admisibilidad para ser tal debe cumplir con las dos características ya ampliamente desarrolladas en el presente informe. En ese sentido, “el tribunal arbitral en el caso Saipem s.p.a. c. Bangladesh distinguió claramente entre el agotamiento de los recursos internos como una condición de admisibilidad” (Jaime, 2021, p. 304). Cabe destacar que es criticable que el tribunal del caso bajo análisis no haya utilizado otros recursos jurídicos para demostrar su postura de considerarlo como requisito de jurisdicción.

Por otro lado, con el ánimo de realizar un análisis jurídico más amplio y aseverar con mayor certeza que efectivamente es un requisito de admisibilidad, se interpretará el numeral 2.a del artículo 8 del TBI de conformidad con su objeto y fin. Este método de interpretación previsto en la CV del 69 consiste en “adoptar la [interpretación] que mejor sirva a la satisfacción de su objeto y fin” (Salmón, 2018, p. 212). Y para “determinar el verdadero objeto y fin del tratado, será de particular relevancia -como ya se indicó- analizar el preámbulo de dicho instrumento, donde suele señalarse el objeto que el tratado persigue alcanzar” (Novak y García-Corrochano, 2016, p. 97).

En el preámbulo del TBI, se establece que los Estados parte celebraron este Tratado:

“Con el deseo de crear condiciones favorables para un aumento de las inversiones por parte de inversores de un Estado en el territorio del otro Estado; reconociendo que la promoción y protección recíproca de tales inversiones mediante acuerdos internacionales contribuirán a estimular la iniciativa económica individual e incrementarán la prosperidad en ambos Estados” [énfasis agregado]

Este preámbulo demuestra que “el propósito de los tratados de inversión es abordar los riesgos típicos de un proyecto de inversión a largo plazo y, de ese modo, proporcionar estabilidad y previsibilidad en el sentido de un clima favorable a la inversión” (Dolzer y Schreuer, 2008, p. 22). Es preciso considerar que, por lo general, los inversionistas que acuden a estas instancias arbitrales internacionales son aquellos cuya inversión se realiza en un considerable período de tiempo, como, por ejemplo, la construcción y ejecución de la concesión de autopistas.

En consecuencia, el inversionista antes de implicarse en un proyecto a largo plazo, espera que el Estado receptor de la inversión cumpla con garantizar ciertos estándares de protección a la inversión. Para ello, los Estados celebran estos tratados de inversión obligándose a dichas garantías con la finalidad ulterior de atraer inversiones del otro Estado parte, en beneficio de su desarrollo económico.

Estos Tratados de inversión no contienen sólo estándares de protección a la inversión, sino también un mecanismo de solución de controversia basado en el conocido arbitraje internacional de inversiones. Este forma parte primordial e inherente de garantías al inversionista para tener un ambiente propicio para su inversión. Debido a que las garantías, como por ejemplo trato justo y equitativo o protección y seguridad plenas, sólo serán efectivamente protegidas si existe un tribunal que determine la existencia de la responsabilidad internacional del Estado receptor de la inversión, y su obligación de reparación.

Es preciso mencionar que “las sanciones son los únicos motivos útiles para la eficacia del derecho, teniendo -asimismo- como objeto indirecto la formación del hábito de obediencia” (como se cita en Sasaki, 2011, pp. 312-313). Si bien, en estos arbitrajes no se determinan sanciones sino reparaciones, tienen este mismo efecto de asegurar la efectividad del derecho, y no solo ser letra muerta. Con estas garantías procesales se espera que el Estado receptor de la inversión tenga una mayor precaución en no vulnerar las garantías materiales.

Considerando lo anteriormente dicho, es claro que la interpretación más acorde con el objeto y fin del TBI es calificar el sometimiento de la controversia durante 18 meses como requisito de admisibilidad. En tanto permite que el tribunal continúe con el procedimiento arbitral y evalúe las posibles violaciones a los estándares de protección a la inversión, tras haberse cumplido con el requisito de litigio interno durante 18 meses. Con ello, las garantías prometidas por el Tratado serían efectivamente protegidas, lo cual es una condición favorable a la inversión.

En conclusión, se discrepa con la postura del tribunal, y se considera que el requisito de sometimiento de la controversia ante tribunales nacionales durante 18 meses es un requisito de carácter obligatorio que determina la admisibilidad de la reclamación. En tanto el demandante ICS no cumplió con esta exigencia, el tribunal del presente caso aún no puede analizar el fondo de la controversia, y en principio debiera aplicarse la suspensión del procedimiento arbitral. No obstante, ICS alegó la cláusula de NMF para reemplazar por una exigencia más favorable, lo que será materia del segundo problema jurídico.

5.2 La cláusula de NMF del TBI es aplicable a requisitos de admisibilidad

El segundo problema jurídico que analiza el Tribunal en el caso ICS c. Argentina es si la cláusula de Nación más favorecida (“NMF”) puede aplicarse para la solución de controversias. Ante lo cual, concluye que no es posible porque el ámbito de aplicación se limita a cuestiones sustanciales del Tratado aplicable, es decir, a la importación de los estándares de protección a la inversión. En

consecuencia, desestima la pretensión del demandante de reemplazar el requisito de 18 meses de litigio interno previsto en el TBI Argentina-Reino Unido, por uno que considera más favorable: los 6 meses de negociación del TBI Argentina-Lituania.

Al respecto, la postura que se presentará es parcialmente contraria al Tribunal, porque el trato de NMF sólo abarca ciertas disposiciones sobre solución de controversias, relativas a la admisibilidad. Para probar ello, se emplearán los métodos de interpretación jurídica conforme al sentido común de los términos, al contexto, y al objeto y fin del Tratado, previstos por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 (“CV del 69”)

5.2.1 Naturaleza jurídica del trato de NMF

A fin de comprender la cuestión a resolver en este segundo problema jurídico, resulta relevante explicar en qué consiste el estándar de protección de Nación Más Favorecida (en adelante, trato o cláusula de “NMF”). El cual se caracteriza por tener i) una base jurídica, ii) cumplir con un trato no discriminatorio entre inversores extranjeros, iii) regirse por el principio de Eiusdem Generis.

La primera característica radica en que “se trata de una obligación convencional y no de un principio del derecho internacional que se aplica a los Estados” (UNCTAD, 2010, p. 22). Por eso, su base jurídica se encuentra en un Tratado, y ningún Estado tiene una obligación general, como sí lo es un principio, de otorgar un trato de NMF a la generalidad de los Estados. Por dicha razón, el estándar puede variar en su contenido.

En cuanto a la segunda característica, el trato de NMF establece un trato no discriminatorio, ya que “exige que el Estado receptor otorgue a un inversor extranjero cubierto un trato no menos favorable que el que otorga a un tercer inversor extranjero” (UNCTAD, 2010, p. 23). De este modo, si el Estado A y B celebran un Tratado que contiene esta cláusula, y sus nacionales invierten en el

otro Estado contratante, en principio, no podrán recibir un trato menos beneficioso que otro extranjero.

No obstante, en este escenario surge una incógnita: ¿Cualquier trato que sea más beneficioso para el tercer inversor extranjero aplica al inversionista cubierto? No, por el principio de ejusdem generis. El cual consiste en que “sólo puede aplicarse a cuestiones pertenecientes a la misma materia o a la misma categoría de las materias a las que se refiere la cláusula” (UNCTAD, 2010, p. 24). En otras palabras, el inversionista cubierto no puede invocar el trato más favorable otorgado a otro inversor extranjero, proveniente de otro tratado; en caso el beneficio sea diferente o no pertenezca a la misma categoría.

Cabe precisar que, dicho principio también establece que sólo se puede alegar sobre aquellas materias o categorías, que la cláusula prevea. Por consiguiente, la cláusula NMF podría abarcar únicamente la categoría de derechos sustantivos a la inversión, como trato justo y equitativo, y no las cláusulas de solución de controversias del Tratado. Por ejemplo, en el pie de página 2, del artículo 10.4 del Acuerdo Promoción Comercial Perú - Estados Unidos de 2006, se indica literalmente que no incluye las disposiciones sobre solución de controversias.

Por otro lado, la cláusula de NMF sí puede abarcar ambas categorías. Sin embargo, como señaló el tribunal del presente caso, se requiere mayor esfuerzo interpretativo cuando no se indica expresamente si la solución de controversias se encuentra incluida o no en el trato de NMF. Desvelar la respuesta a esta incógnita en el caso bajo análisis de ICS c. Argentina es sumamente relevante, para dilucidar si ICS puede eximirse de cumplir con el requisito de 18 meses de litigio en sede interna, a cambio de uno más favorable previsto en otro Tratado sobre inversiones.

Para ello, citaremos el artículo 3 que regula la materia de forma expresa:

Artículo 3

Trato Nacional y cláusula de la nación más favorecida

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

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

A partir de una interpretación únicamente textual del artículo 3 no se puede concluir que la cláusula de NMF abarque únicamente a los derechos sustanciales. Es más, si vemos el artículo 7, que regula las excepciones sobre la materia, no indica en ninguno de sus numerales que la solución de controversias se encuentra excluida del artículo 3. Por estas razones, estamos ante un caso complejo en el cual será necesario aplicar en conjunto otros métodos de interpretación conforme a la CV del 69.

5.2.2 Trato de NMF aplicable a requisitos de admisibilidad

Antes de esta sección, se sostuvo que es jurídicamente viable que el trato de NMF se aplique a las disposiciones sobre solución de controversias. Esta afirmación es correcta, pero requiere de una precisión importante: dicha aplicación solo es jurídicamente viable respecto de aquellas disposiciones relativas a la admisibilidad, más no a la jurisdicción. En ese sentido, clasificar un requisito en una categoría u otra es crucial para evaluar preliminarmente si puede aplicarse la cláusula de NMF. Ahora a continuación se explicará los argumentos jurídicos que sostienen esta afirmación.

En primer lugar, los Tratados de inversión tienen un ámbito de aplicación que determina a quiénes se otorga los derechos previstos en este instrumento internacional. Una de sus condiciones de aplicación es que el sujeto sea un

inversionista. Por ello, la “definición de inversionista es como la llave que abre la puerta del tratado a los inversionistas y permite que estos disfruten de las protecciones allí contenidas, entre ellas los derechos contenidos en el tratado (Saco, 2021, p. 179).

Cabe resaltar que el ámbito de aplicación de este tipo de tratados no se limita hasta ahí, puesto a que el Tratado prevé otras condiciones de aplicación. Entre ellas, que la inversión encaje dentro de la definición prevista, y que se haya realizado en el territorio del otro Estado parte del cual no es nacional el inversionista. Además, como en la gran mayoría de Tratados Internacionales, se aplican a partir de su entrada en vigencia, como ya lo prevé la propia Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

El determinar si estos requisitos encajan con el caso en particular es jurídicamente relevante pues de ello depende si el inversionista gozará de los derechos de protección a la inversión previstos en el Tratado. Uno de estos derechos es el trato de NMF que asegura al inversionista a no recibir un trato menos favorable en comparación con un tercer inversionista extranjero. Por ende, no es posible aplicar la cláusula que contiene este derecho si no se cumple con las condiciones de aplicación anteriormente mencionadas.

Ahora bien, las condiciones anteriormente mencionadas, no funcionan únicamente como condiciones de aplicación del Tratado de inversión, sino también como requisitos de jurisdicción. Como se explicó detalladamente en la sección 5.1.1, en el Derecho Internacional no existe para las controversias tribunales internacionales que sean obligatorios por defecto. Al contrario, es necesario el consentimiento de los Estados de otorgarle jurisdicción a un tribunal para analizar determinado tipo de casos. En el arbitraje de inversiones, esto suele darse a través de TBI o TLCs con capítulos de inversión, que establecen sobre qué casos el tribunal arbitral tendrá competencia.

Por dicha razón, cuando en los hechos fácticos, se observa que un caso no cumple con estas condiciones de aplicación y jurisdicción, significa que el inversionista no es titular de los derechos previstos en el Tratado y que el

Tribunal arbitral no tiene jurisdicción. Salvo por el conocido principio *Kompetenz-Kompetenz* que habilita a que el tribunal arbitral decida si tiene jurisdicción o no. En ese sentido, sin dichas condiciones la persona no solo no tendrá derecho al trato de NMF, sino también el Tribunal no tendrá competencia para analizar si aplicar la cláusula de NMF o no.

Esta misma afirmación es respaldada por la Comisión de Derecho Internacional en un informe especializado sobre la cláusula de NMF, que considera que “existen algunos parámetros (*ratione materiae*, *ratione personae*, *ratione temporis*, etc.) dentro de los cuales debe aplicarse una disposición de NMF” (CDI, 2015, p. 120). Es así como la CDI asevera que es jurídicamente imposible aplicar la disposición de NMF de un Tratado si no se cumple con las condiciones para su aplicación.

Por otro lado, existe jurisprudencia arbitral que ha denegado la aplicación de la cláusula de NMF para requisitos de jurisdicción. El primer laudo arbitral a citar pertenece al caso *HICEE BV vs The Slovak Republic*, cuyo tribunal analizó si el demandante tenía una “inversión” según la definición del TBI entre Países Bajos y Checoslovaquia. El Tribunal interpretó que dicha definición limitaba la cobertura a inversiones hechas directamente o a través de un inversor de un tercer Estado. Debido a que HICEE realizó la inversión a través de una filial, no podía considerarse como una inversión protegida.

En ese sentido, el demandante intentó usar la cláusula de NMF del TBI a fin de importar una definición más amplia de “inversión” incluida en otros tratados en los que no existía la restricción de que la inversión tuviera que ser “directa”. Ante dicho argumento, el tribunal consideró que no era legítimo utilizar la cláusula de NMF para ampliar la definición de inversiones ni de inversores.

Asimismo, hubo otros casos donde los demandantes ya no pretendieron ampliar la definición de inversión, sino extender la competencia del tribunal arbitral para que analice estándares de protección a la inversión no previstos en el Tratado original mediante la cláusula de NMF. Ello resulta ser un requisito de jurisdicción *ratione materiae*, que “permite concluir qué asuntos se encuentran dentro de la

jurisdicción de los tribunales arbitrales y por ende pueden ser resueltos” (Balcerzak, 2021, p. 619).

El primer laudo a citar es del 2012 perteneciente a la controversia de Servier vs Polonia. En el caso, el tribunal arbitral analizó si era jurídicamente viable extender su jurisdicción para analizar las supuestas violaciones del trato justo y equitativo, trato no discriminatorio, trato nacional, y protección y seguridad plenas. El tribunal advirtió que la cláusula de solución de controversias del TBI aplicable Francia y Polonia sólo preveía el arbitraje para las controversias relativas a la desinversión, y que la cláusula de NMF no podía ampliar la competencia arbitral.

Una decisión similar se dio en el laudo arbitral del 2013 sobre jurisdicción perteneciente al caso Sanum Investments vs Laos (I), el tribunal analizó si era posible ampliar su jurisdicción y con ello analizar una controversia sobre seguridad y protecciones plenas. El demandante pretendía que se aplicase la cláusula de NMF del TBI China-Laos para que el tribunal se pronuncie sobre un estándar de protección a la inversión que no se encontraba en el tratado original, sino en otros TBIs de Laos con Alemania, Corea del Sur y Reino Unido. El tribunal consideró que no podía extender su competencia por el siguiente argumento:

“(…) Interpretar en dicha cláusula una disposición sobre resolución de controversias que abarque todas las protecciones del Tratado cuando este mismo prevé un acceso muy limitado al arbitraje internacional resultaría en una reestructuración sustancial del Tratado y en una extensión del consentimiento de los Estados Parte al arbitraje más allá de lo que podría suponerse que fue su intención, dado el alcance limitado de las cláusulas de protección y resolución de controversias del Tratado” (CPA, 2013, párr. 358)

En la jurisprudencia recopilada y explicada arriba, se evidencia una negativa de los tribunales arbitrales de aceptar la aplicación de la cláusula de NMF para requisitos de jurisdicción. De hacerlo se trataría de una construcción artificial del

consentimiento de los Estados parte, ya que sólo otorgaron competencia al tribunal para analizar determinados casos. No obstante, si bien es correcta su conclusión, su argumentación pudo ser más asertiva si hubieran advertido que la cláusula de NMF es un estándar de protección a la inversión previsto en el Tratado. Por lo tanto, solo el tribunal que es competente puede aplicar dicho estándar, como explicamos al inicio.

A partir de lo argumentado, es plausible concluir que la cláusula de NMF no es aplicable a las disposiciones sobre solución de controversias relativas a los requisitos de jurisdicción. En base a que los requisitos de aplicación/jurisdicción generan que: i) el demandante no tenga derecho a un trato menos favorable, y que ii) el tribunal no tenga competencia para analizar la aplicación de la cláusula de NMF. Por otro lado, sí puede aplicarse a los requisitos de admisibilidad, al no ser necesarios para la aplicación de la cláusula de NMF ni la jurisdicción del Tribunal.

5.2.3 Análisis interpretativo de la cláusula de NMF del TBI

Ahora bien, en la presente sección se argumentará que la cláusula de NMF resulta aplicable a las disposiciones sobre solución de controversias relativas a la admisibilidad. Para sustentar esta tesis, en primer lugar, se analizará cuál de los dos numerales del artículo 3, que contiene la cláusula de NMF, puede comprender este tipo de disposiciones. En segundo lugar, se desarrollará que la interpretación más acorde al objeto y fin del Tratado permite confirmar la teoría. Finalmente, se examinará cómo la forma en que el Tratado regula las excepciones al trato de NMF contribuye a reforzar los argumentos previamente expuestos.

Cabe aclarar que, a lo largo de la sección, las referencias a las disposiciones sobre solución de controversias dentro del marco del Trato de NMF deben entenderse limitadas exclusivamente a los requisitos de admisibilidad. En ningún caso, se pretende extender la aplicación de dicha cláusula a los requisitos de jurisdicción, conforme a las razones expuestas en la sección inmediatamente

anterior. Esta distinción resulta esencial para delimitar con precisión el alcance del análisis que se desarrollará a continuación.

5.2.3.1 Unión funcional entre inversionista e inversión

Cuando el Tribunal del presente caso analiza el artículo 3, que es la cláusula de NMF, concluye que el numeral 1 es una disposición orientada exclusivamente a garantizar el trato de NMF respecto de los derechos sustantivos. En cambio, estima que sería únicamente a través del numeral 2 que podría extenderse dicho trato a las disposiciones sobre solución de controversias. Esta conclusión se basa en que el numeral 1 menciona expresamente que se otorgará un trato no menos favorable a las inversiones, lo que se interpreta como una referencia exclusiva a las normas sustantivas.

Por otra parte, al aludir el numeral 2 a un trato no menos favorable a los inversionistas, considera que incluye -entre otros aspectos- el acceso al arbitraje, en tanto los inversionistas son quienes están facultados a iniciar el procedimiento arbitral. Por ello, el Tribunal se enfoca en analizar únicamente este último numeral a fin de determinar si permite la aplicación del trato de NMF a las disposiciones sobre solución de controversias.

Esta interpretación resulta errónea, puesto a que el numeral 1 del artículo 3 sí puede regular el trato de NMF para las disposiciones sobre solución de controversias (sólo las relativas a la admisibilidad, como se explicó en la sección V.2.2). El hecho que este numeral utilice el término “inversión” no implica una exclusión del trato de NMF para el acceso al arbitraje. Debido a que el Tratado bajo análisis concibe una unión funcional entre inversión e inversionista. En consecuencia, cuando emplea alguno de estos términos en sus disposiciones está regulando lo mismo: los mecanismos de protección a la inversión, entre ellos el arbitraje.

A lo largo del Tratado, se observa que la referida unión funcional se fundamenta en el carácter complementario de la inversión y el inversionista dentro de un mismo sistema de protección jurídica contenido en el TBI. En este sistema, tanto

los derechos sustantivos como el acceso al arbitraje internacional que ostenta el inversionista persiguen el mismo fin: proteger la inversión o su valor económico. Existe, por tanto, una relación estrecha entre el inversionista, como sujeto titular de los derechos, y la inversión, como objeto de la protección jurídica.

Esta interrelación puede advertirse a partir de una interpretación conforme al contexto, al analizar distintos artículos del Tratado. Por ejemplo, en el artículo 2 del TBI, el cual obliga a los Estados Contratantes a cumplir con distintos estándares de protección a la inversión a favor del inversionista, como el trato justo equitativo, la protección y seguridad plenas; y no afectar injustificadamente su gestión, mantenimiento, uso o liquidación. Este artículo pone en evidencia el vínculo jurídico entre el inversionista y la inversión, ya que el primero es el titular de estos derechos sustantivos, cuyo objeto de protección es la segunda.

Esta misma conexión se evidencia en el artículo 4 del Tratado sobre indemnización por pérdidas. Esta norma reconoce que los inversores tienen derecho a un “trato no menos favorable” y “trato nacional” relativo a las restituciones, indemnizaciones, compensaciones u otros resarcimientos, cuando sus inversiones sufran pérdidas a causa de guerra, rebelión u otros excepcionales. Si bien el artículo parece establecer este derecho a favor del inversionista, el hecho generador es el daño ocasionado a la inversión. De esta manera, el derecho reconocido al inversionista funciona para proteger el valor económico de la inversión, lo cual denota la relación estrecha entre ambos elementos.

El mismo patrón se repite en el artículo 5 sobre expropiación. Este estándar de protección a la inversión, establece que las inversiones no podrán ser nacionalizadas, expropiadas o sometidas a un efecto equivalente, salvo que se cumpla con tres condiciones concurrentes: i) que persiga una utilidad pública ii) que no sea discriminatoria, y (iii) que se otorgue una compensación pronta, adecuada y efectiva. Además, el inversionista puede acudir a una revisión imparcial de su caso ante el Poder Judicial u otra autoridad independiente, el cual determine si la expropiación cumple con estos tres requisitos.

Como se observa, si bien el texto del artículo 5 pone énfasis en que lo protegido es la inversión frente a actos de expropiación, se vincula directamente con el inversionista por ser el titular del derecho a no ser expropiado ilícitamente. Asimismo, de forma inmediata reconoce un derecho procesal al inversionista, que no constituye un beneficio autónomo, sino un instrumento indispensable para proteger de manera efectiva a la inversión de expropiaciones ilícitas, que no cumplan con los tres requisitos anteriormente citados.

Ahora, el artículo 6 del TBI refuerza esta misma lógica al establecer que los inversionistas tienen derecho a la repatriación de inversiones y ganancias, es decir, a la libre transferencia del capital invertido o ganancias desde el Estado receptor de la inversión hacia el Estado de su residencia, salvo ciertas excepciones. Aunque este artículo otorga directamente el derecho al inversionista, su propósito final es proteger el valor económico de la inversión.

A partir de la lectura sistemática de estos artículos, puede afirmarse que el TBI Argentina y Reino Unido concibe al inversionista y a la inversión como elementos complementarios dentro de un sistema de protección. En tanto, los derechos del inversionista en el Tratado tienen por finalidad la protección efectiva de la inversión en sí misma y de su valor económico, incluyendo los derechos de carácter procesal que son indispensables para dicho fin.

Esta relación estrecha entre el inversionista y su inversión no es gratuita. A nivel metafórico, puede compararse con el nexo entre un jardinero y el árbol que siembra, ya que el primero selecciona la tierra fértil donde plantará el árbol asumiendo todos los costos económicos que conlleva. De igual manera, utiliza herramientas como tijeras de podar, o un cerco que permiten que el jardinero proteja el árbol frente a factores externos como el clima o plagas. Y si ocurre una tormenta de forma inesperada, es el jardinero quien sufre la pérdida pese a los esfuerzos físicos y económicos realizados.

En esta metáfora, el jardinero es el inversionista quien cuenta con herramientas jurídicas, que son los derechos sustantivos y el acceso al arbitraje otorgados por el Tratado, con el objeto de proteger su inversión, el árbol sembrado. Y cuando

este árbol sufre el daño ante una tormenta inesperada, que representa la violación de los estándares de protección a la inversión por el Estado, es el inversionista quien sufre directamente la pérdida.

Es así que el Tratado protege a la inversión mediante el reconocimiento de derechos al inversionista, dado que este es el sujeto con capacidad jurídica para ejercer acciones y reclamar frente a una vulneración. Es también quien tiene el interés directo en evitar comportamientos estatales arbitrarios que puedan desvalorizar o generar la pérdida de su inversión. Por ello, el TBI al momento de regular los mecanismos de protección, puede hacer referencia al término inversión o inversionista, pero en el fondo se está refiriendo a lo mismo: a los derechos que se reconocen al inversionista para proteger su inversión.

Sin embargo, no en todos los Tratados internacionales sobre inversión regulan una unión funcional total entre estos elementos, ya que en ciertos modelos el inversionista puede ser titular de derechos que no tengan por objeto la protección de su inversión. Ello es relevante para definir si el presente Tratado, como hemos venido explicando, sólo otorga garantías al inversionista referidas a la inversión.

Para ello, es preciso considerar, que los “All [acuerdos internacionales de inversión] generalmente adoptan dos enfoques respecto a la entrada de inversores extranjeros en el país receptor: el modelo posterior al establecimiento y el modelo anterior/posterior al establecimiento” (UNCTAD, 2010, p. 38). El primer modelo se enfoca únicamente en establecer derechos a favor del inversionista relativas a la inversión ya establecida en el territorio del Estado contratante. Esto significa que “la entrada de inversiones se rige íntegramente por las leyes y regulaciones del Estado receptor” (UNCTAD, 2010, p. 38).

Por otro lado, el segundo modelo, constituye derechos al inversionista referidas a su inversión, pero además es titular del derecho a un trato no menos favorable en el pre establecimiento. Es decir, en la cláusula de NMF, se establecerá que el inversionista que aún no ha establecido su inversión, se le debe garantizar que “no se le apliquen medidas discriminatorias en comparación con otros extranjeros referentes a las condiciones de entrada que se impongan” (UNCTAD,

2010, p. 42). A fin de identificar estos modelos, es crucial observar si la cláusula de NMF se refiere de algún modo a la etapa previa al establecimiento de la inversión, en alguna otra cláusula, o acuerdo complementario.

Un ejemplo evidente del modelo anterior/posterior al establecimiento, se encuentra en el capítulo 10 sobre inversiones del Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos, suscrito el 12 de abril de 2006. En este capítulo se ubica el artículo 10.4 sobre Trato de Nación Más Favorecida, el cual menciona que esta garantía se aplica a la etapa del establecimiento de la inversión. En consecuencia, los inversionistas estadounidenses y peruanos cuya intención consista en invertir en el territorio de Perú y EEUU respectivamente, tendrán derecho a no tener condiciones de entrada menos favorables que otros inversionistas extranjeros, salvo las excepciones previstas en dicho Acuerdo.

Si se analiza el artículo 3 del TBI Argentina y Reino Unido que regula el trato de NMF, en ningún momento se menciona “establecimiento”, ni se emplea otra expresión o frase que indique que al inversionista se le deba otorgar este trato, antes de invertir en el territorio del otro Estado contratante. Esto significa que este Tratado se ajusta al modelo de post establecimiento, regulando únicamente derechos relativos a la inversión extranjera ya establecida. En consecuencia, los derechos del inversionista sólo tienen objeto salvaguardar la inversión frente a las actuaciones del Estado receptor. De modo que el tratado al mencionar inversión, se está refiriendo sólo a aquellos derechos otorgados al inversionista.

Uno de estos derechos es la facultad del inversionista de acceder a un arbitraje, previsto en el artículo 8 del TBI. Según Douglas, esto constituye el “derecho procesal del inversionista a que la conducta del Estado receptor se juzgue de acuerdo con las normas del tratado de inversión” (Douglas, 2009, p. 36). Es así que, el inversionista es el titular de una facultad, que, al ejercerse, vincula al Estado receptor a arbitraje si se cumplen con las condiciones jurisdiccionales establecidas en dicho artículo. Además, las disposiciones que regulan esta facultad también establecen condiciones de admisibilidad, cuyo incumplimiento genera que el tribunal no analice el fondo de la controversia hasta su subsanación.

Al igual que los derechos sustantivos, como el trato justo y equitativo o la prohibición de expropiación, esta facultad procesal tiene la misma finalidad: proteger la inversión de forma efectiva ante actuaciones contrarias al Tratado. Si el inversionista no tiene acceso al arbitraje, no podría reclamar ni obtener un laudo vinculante que sancione al Estado por violar sus obligaciones internacionales. Ello causaría que la inversión se encuentre desprotegida.

Tomando en consideración que el TBI puede mencionar de forma indistinta inversor o inversión para garantizar lo mismo: los derechos del inversionista. Entonces, es correcto entender que el artículo 3.1 que garantiza un trato de NMF a las inversiones, incluya también a las disposiciones sobre solución de controversias, pues regulan la facultad de acceder al arbitraje. Cabe puntualizar, que sólo hace referencia a aquellas disposiciones relativas a la admisibilidad, por las razones jurídicas expuestas en la sección V.2.2.

Otra razón que fundamenta que el artículo 3.1 incluye a este tipo de disposiciones, es porque la unión funcional evidencia que todo aquello que se le otorga o niega al inversionista incide directamente en la protección efectiva de la inversión. Por tanto, si al inversionista se le impide continuar con el análisis del fondo de la controversia, por un incumplimiento de un requisito de admisibilidad, la protección efectiva de la inversión es retrasada y afectada. Después de todo “el arbitraje y otros mecanismos de controversias (...) son también esenciales para proteger los derechos previstos por los tratados pertinentes” (Tribunal CIADI Maffezini, 2000, p. 22). En razón a ello, negar la aplicación de NMF a las disposiciones relativas a la admisibilidad afecta directamente a las inversiones, al privarlas de un nivel de protección igualitario frente a otras inversiones extranjeras.

Ahora bien, se ha determinado que el trato de NMF, regulado en el artículo 3.1 del TBI, puede aplicarse para las disposiciones de solución de controversias relativas a la admisibilidad. Sin embargo, aún queda pendiente determinar qué regula el artículo 3.2 del TBI en tanto también forma parte de la cláusula de NMF.

Al respecto se coincide con el Tribunal del caso ICS c. Argentina en cuanto a que dicha disposición no comprende las disposiciones de solución de controversias. No obstante, se discrepa con su argumentación, que será analizada a continuación.

El artículo 3.2 del TBI, otorga el trato de NMF a los inversores “en cuanto se refiere a la gestión, mantenimiento, uso, goce o liquidación de sus inversiones”. Esta frase, según el Tribunal, está “destinada a tener cierto efecto limitativo respecto de los tipos de trato cubiertos” (CPA, 2012, p. 105), y ninguna de estas actividades incluye la solución de controversias.

Para sustentar dicha afirmación, el Tribunal recurre al Borrador del Tratado de Libre Comercio de Centroamérica, cuya cláusula contiene una redacción similar. Se limita el trato de NMF a lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones”. Además, en una nota de pie de página, las Partes aclararon expresamente que dicha cláusula excluye la aplicación del trato de NMF a las disposiciones de solución de controversias.

Sin embargo, este argumento resulta cuestionable por dos razones principales. En primer lugar, el Tribunal construye su argumentación comparando el TBI Argentina y Reino Unido con un tratado distinto, como es el Borrador del Tratado de Libre Comercio de Centroamérica. En este caso, no es posible trasladar esta comparación porque el TLC de Centroamérica deja expresamente aclarado, a través de una nota al pie de página, que el trato de NMF no incluía las disposiciones sobre solución de controversias, mientras que el TBI Argentina y Reino Unido no contiene este tipo de aclaración.

En segundo lugar, la comparación resulta aún menos adecuada porque el TLC de Centroamérica responde a un modelo de pre y post establecimiento, dado que su cláusula de la NMF incluye expresamente el término “establecimiento”. Esto significa que no todos los derechos del inversionista están orientados a la protección de la inversión. De modo que el TLC también reconoce al inversionista el derecho a tener un trato no menos favorable en las condiciones de entrada al

mercado. En cambio, el TBI Argentina y Reino Unido al ser un Tratado de post establecimiento, sólo concibe derechos al inversionista con la finalidad de salvaguardar la inversión. Ello puede explicar por qué el tratado puede referirse indistintamente al “inversionista” o a la “inversión” sin generar una segmentación entre los derechos del inversionista.

No obstante, la frase “en cuanto se refiere a la gestión, mantenimiento, uso, goce o liquidación de sus inversiones”, sí alude a una cierta categoría de derechos sustanciales del inversionista. El trato de NMF de este numeral abarcaría a los derechos relacionados a actividades como la administración cotidiana, la obtención de las ganancias y liquidación de la inversión. Como, por ejemplo, la repatriación de las ganancias, previsto en el artículo 6 del TBI, que permite la liquidación de la inversión hacia el Estado de residencia del inversionista.

Por consiguiente, el artículo 3.1 abarcaría el trato de NMF, sobre aquellos derechos sustanciales no vinculados a las actividades del numeral 3.2, y también comprende a las disposiciones sobre solución de controversias relativas a la admisibilidad. Cabe aclarar que la división entre los numerales 1 y 2 no debe entenderse como una restricción, sino como una clasificación con fines organizativos.

5.2.3.2 Análisis interpretativo conforme al objeto y fin

Hasta este apartado, se ha aplicado el método de interpretación literal y conforme al contexto, conforme a lo previsto en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 (CVDT). A través del cual se ha determinado que el artículo 3.1 del TBI permite aplicar la cláusula de NMF a las disposiciones sobre solución de controversias relativas a la admisibilidad. No obstante, resulta igualmente relevante acudir al método de interpretación según el objeto y fin del Tratado, con el propósito de reforzar y consolidar esta conclusión.

Tal como ha sido desarrollado en líneas anteriores, el método de interpretación conforme al objeto y fin de las disposiciones del Tratado consiste en “adoptar la [interpretación] que mejor sirva a la satisfacción de su objeto y fin” (Salmón,

2018, p. 212). Este enfoque interpretativo fue aplicado en el caso Siemens c. Argentina, cuyo contexto resulta pertinente para el análisis que se realizará.

En dicho caso, el Tribunal enfrentó una controversia similar al caso ICS c. Argentina. El inversionista había incumplido con el requisito de 18 meses de litigio interno ante los tribunales locales, conforme lo establecía el tratado aplicable. Frente a ello, argumentó que podía acogerse a una disposición más favorable contenida en otros Tratado, en virtud de la cláusula de NMF, la cual exigía únicamente cumplir con un plazo de 6 meses de negociación antes de acudir al arbitraje internacional.

Por ello, el tribunal formuló la misma interrogante que subyace al análisis de la presente sección: ¿la cláusula de solución de controversias está comprendida dentro del ámbito de aplicación de la cláusula de NMF? Ante dicha cuestión, el Tribunal observó que el término “trato” abarca todos los mecanismos de protección a la inversión previstos en el Tratado, por ende, evaluó si las disposiciones de solución de controversias efectivamente lo eran. En su decisión, el Tribunal afirmó lo siguiente:

La posibilidad de recurrir a un arbitraje internacional se estableció para preservar al Estado receptor de la inversión de presiones políticas(...). La gran mayoría de los tratados bilateral de inversiones, y prácticamente todos los más recientes, prevén un arbitraje internacional independiente para las diferencias entre inversores y Estados, (...) y esas disposiciones son universalmente consideradas —por quienes a ellas se oponen y por quienes las promueven— como elementos esenciales de un régimen de protección de inversiones extranjeras directas. (Tribunal CIADI, 2005, p. 19)

El tribunal determinó que el objeto y fin del arbitraje en los Tratados de inversión es proteger de forma efectiva a las inversiones, mediante un mecanismo exento de presiones políticas que comprometan la independencia del juez nacional. En consecuencia, “la garantía de un arbitraje internacional independiente es un elemento importante -quizás el más importante- del sistema de protección de los

inversores” (Tribunal CIADI, 2004b, p. 28). En base a ello, concluyó que, dado que el término “trato” de NMF se refiere a garantías de protección a la inversión, sí abarca a las disposiciones sobre solución de controversias. Este mismo razonamiento puede extrapolarse al artículo 3.1, ya que esta disposición emplea el término “trato”. Además, el objetivo del arbitraje internacional en el contexto de los tratados de inversión es uniforme.

A lo señalado por el tribunal en el caso Siemens, debe añadirse que el objeto y fin general de los Tratados de inversión, incluido el TBI bajo análisis, es la promoción y protección de las inversiones extranjeras. Esta finalidad se encuentra expresamente recogida en el preámbulo del TBI, donde se manifiesta que los Estados parte celebraron dicho Tratado con el “deseo de crear condiciones favorables para un aumento de las inversiones por parte de inversores de un Estado en el territorio del otro Estado”.

Entre las condiciones más relevantes para lograr dicho objetivo se encuentra precisamente, la garantía de un mecanismo de solución de controversias eficaz. Por tanto, interpretar que el trato de NMF previsto en el artículo 3.1 se limita únicamente a cuestiones sustantivas, como el trato justo y equitativo o la protección y seguridad plenas, resultaría ser restrictivo y contravendría al objeto y fin del Tratado.

En cambio, una interpretación que permita aplicar la cláusula de NMF a disposiciones sobre solución de controversias relativas a la admisibilidad se alinea con el propósito del Tratado. En la medida en que garantiza al inversionista el acceso a condiciones más favorables de admisibilidad contenidas en otros Tratados suscritos por el Estado receptor. Esto permite que el inversionista no se vea impedido de forma temporal a que el tribunal emita un pronunciamiento sobre el fondo, o en todo caso, la restricción temporal sea en menor grado. En definitiva, cuanto menos sean los obstáculos de admisibilidad, más efectiva será la protección arbitral del inversionista.

5.2.3.3 Análisis interpretativo de las excepciones del trato de NMF

Un argumento adicional que respalda la inclusión de las disposiciones sobre solución de controversias relativas a la admisibilidad dentro del ámbito del artículo 3.1 del TBI, radica en que estas no se encuentran comprendidas dentro de las excepciones del trato de NMF. En consecuencia, se deduce del significado ordinario de los términos entendidos en su conjunto, que este tipo de disposiciones no están excluidas del ámbito de aplicación de la cláusula de NMF. Esta posición ha sido respaldada por tribunales arbitrales de inversiones.

En el caso *National Grid c. Argentina*, el tribunal arbitral advirtió que las excepciones previstas en el TBI Argentina y Reino Unido, que también es objeto de análisis en este informe, no enumera las cláusulas de solución de controversias. Por tal motivo, consideró que debía aplicarse el principio de *expressio unius est exclusio alterius*, que significa que “la mención específica de un elemento excluye otros” (Tribunal ad hoc, 2006a, p. 27). En otras palabras, la existencia de excepciones específicas implica que no deben entenderse por incluidas otras excepciones no expresamente enlistadas. De este modo, el tribunal concluyó que, las disposiciones sobre solución de controversias no podían ser incluidas en las excepciones, y por tanto, sí era posible que la cláusula de NMF las abarque.

Otro caso de arbitraje de inversiones donde se desarrolló un razonamiento similar es el de *Suez c. Argentina*, cuyo tribunal al analizar “la lista de excepciones específicas, observó que no se incluía la solución de controversias, por lo que no cabía duda que la solución de controversias quedaba comprendida en la cláusula de NMF” (Tribunal CIADI, 2006b, p. 12).

Sin embargo, el tribunal del caso bajo análisis, *ICS c. Argentina*, considera lo contrario. En su análisis, afirmó lo siguiente:

“Las excepciones al trato de NMF no sugieren ninguna exclusión de las cuestiones relativas a la solución de controversias internacionales” (2012, p. 110)

Al respecto, este razonamiento relativo a las excepciones resulta objetable. Sostener que las excepciones no tienen valor interpretativo relevante es incorrecto. No obstante, es cierto que no basta con aplicar el método conforme al texto del Tratado para analizar la disposición sobre excepciones y alcanzar una conclusión unívoca. En tanto, “los principios de interpretación consagrados en él [CV del 69] deben ser aplicados integral y conjuntamente, esto es, en una sola operación combinada” (Novak y García-Corrochano, 2016, p. 90). Por ende, es necesario utilizar los métodos de interpretación conforme al texto, contexto, y objeto y fin del Tratado en conjunto para definir si el trato de NMF abarca o no la solución de controversias.

En esa línea, a lo largo del presente informe, se ha demostrado mediante una interpretación integral del artículo 3, cláusula de NMF del TBI, que las disposiciones sobre solución de controversias relativas a la admisibilidad están incluidas dentro de su ámbito de aplicación, a diferencia de lo sostenido por el tribunal en el presente caso. En ese marco, corresponde analizar en la siguiente sección si la parte demandante, ICS, debió haberse beneficiado de sustituir el requisito de 18 meses de litigio interno por el requisito de 6 meses de negociación previa al arbitraje, previsto en el TBI suscrito entre Argentina y Lituania.

5.3 Trato directo como reemplazo de los 18 meses de litigio interno

Como se desarrolló en el capítulo 5.2.2, es jurídicamente inviable aplicar cualquier cláusula de NMF para los requisitos de jurisdicción. Ello se debe a dos razones fundamentales: i) son condiciones necesarias de aplicación de las disposiciones del Tratado, y, por tanto, el demandante sólo tendrá derecho al trato de NMF si se cumplen a cabalidad, y ii) el Tribunal solo tendrá poder para aplicar el trato de NMF si se cumplen con los mencionados requisitos de jurisdicción. Por ende, la conclusión a la que se arribó en el primer problema jurídico -que el requisito de los 18 meses de litigio interno es de admisibilidad-

es un factor necesario, pero no suficiente por sí solo para la aplicación de la cláusula de NMF.

En ese sentido, en el capítulo 5.1.4, se analizó si la cláusula 3 de NMF del TBI efectivamente era aplicable a las disposiciones sobre solución de controversias relativas a la admisibilidad, obteniéndose una respuesta afirmativa. Dado que el requisito de los 18 meses de litigio interno clasifica como uno de admisibilidad, lo que habilita la posibilidad de recurrir a la cláusula de NMF a fin de reemplazarlo por uno presuntamente más favorable.

No obstante, como se advirtió en el capítulo 5.2.1, la importación de una disposición más favorable, requiere que provenga de un Tratado celebrado por el Estado receptor de la inversión con un tercer Estado. En el presente caso, la disposición invocada por el demandante proviene del TBI Argentina y Lituania, lo que da por cumplido con este requerimiento. En razón a que es un Tratado de inversiones celebrado entre Argentina, Estado receptor de la inversión, y por un tercer Estado, Lituania.

Asimismo, para que proceda la aplicación del trato de NMF, la disposición que se pretende importar debe cumplir con el principio de ejusdem generis, y, además, ser más favorable que la disposición a reemplazarse. El análisis de ambos puntos se desarrollará en los siguientes párrafos.

En primer lugar, el principio de ejusdem generis exige que “la cláusula solo operará si aquel trato acordado respecto del tercer estado corresponde a las mismas materias que las previstas en el tratado base” (Carrano y Bonifaz, 2008, p. 169). Dicho en otras palabras, la disposición del Tratado base y la disposición del Tratado del tercer Estado deben regular materias que sean equivalentes.

Por tanto, es clave, responder a la siguiente pregunta: ¿El requisito de 18 meses de litigio interno y el de trato directo durante 6 meses son sobre la misma materia? La respuesta es afirmativa. Se observa que ambas son disposiciones sobre solución de controversias, ya que están ubicadas en el artículo 8 sobre solución de controversias entre las Partes Contratantes de sus respectivos Tratados.

Aunado a ello, son requisitos de admisibilidad porque constituyen condiciones que se deben cumplir para la reclamación arbitral, cuyo incumplimiento provoca que la demanda aún no sea pertinente para ser analizada por el tribunal competente.

Más allá de la aplicación teórica planteada, en el capítulo 5.1.2, se evidencia que el requisito de trato directo acorde con la jurisprudencia arbitral es un requisito de admisibilidad y no de jurisdicción. Del mismo modo, en la respuesta al primer problema jurídico, se concluyó que los 18 meses de litigio desde la teoría y la jurisprudencia sostienen que también tiene esta misma naturaleza jurídica. Por tanto, es evidente que ambos requisitos regulan la misma materia: la admisibilidad de la demanda arbitral.

Habiendo verificado lo anterior, restar analizar la siguiente cuestión ¿El requisito de trato directo durante 6 meses de negociación es más favorable que el litigio interno de 18 meses antes del arbitraje? La respuesta también es afirmativa. Ello se debe a que mientras el incumplimiento del requisito de trato directo exige únicamente notificar al Estado receptor de la inversión e intentar resolver la controversia durante seis meses, el otro exige que el inversionista someta su reclamación ante la jurisdicción local durante un período más extenso, dieciocho meses. Este plazo por su duración e incluso el gasto procesal a realizarse, resulta ser más gravoso para el inversionista. Por todo ello, sí corresponde en aplicación del trato de NMF aplicar los seis meses de trato directo al presente caso

Ahora bien, dado que, de los hechos relevantes del caso, no se advierte que el demandante ICS haya negociado con la República Argentina, corresponde la suspensión del procedimiento arbitral hasta el cumplimiento de dicho requisito.

VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES

1. El requisito de admisibilidad, de acuerdo con la doctrina y jurisprudencia arbitral, es identificable a partir de dos características: i) Es una exigencia

o condición previa a la demanda, y ii) Su cumplimiento determina que la reclamación sea pertinente para ser escuchada por el tribunal arbitral. Asimismo, se coincide que su incumplimiento acarrea la suspensión del procedimiento arbitral.

2. El requisito de sometimiento de la controversia a los tribunales nacionales argentinos durante dieciocho meses es un requisito de admisibilidad porque cumple con los dos requisitos anteriores. Se trata de una condición que debe cumplir el demandante antes de presentar su solicitud de arbitraje. Además, su incumplimiento genera que no sea pertinente que la reclamación sea escuchada por el momento, en tanto, existe la posibilidad de que la controversia se pueda resolver en el foro nacional.

Por ello, la mencionada exigencia es un requisito de admisibilidad, y no de jurisdicción, en contraste con lo decidido por el Tribunal de ICS c. Argentina. En principio, el tribunal debió haberse declarado competente y suspender el procedimiento por aproximadamente 18 meses. No obstante, el demandante alegó la cláusula de NMF para importar una disposición más favorable, lo cual es parte de las conclusiones del segundo problema jurídico.

3. En relación al segundo problema jurídico se halló que cláusula de NMF no es aplicable a todas las disposiciones sobre solución de controversias. Únicamente a aquellas que regulan la admisibilidad de la demanda. Debido a que dicha cláusula es parte del Tratado, por ende, para su aplicación es necesario que se cumpla las condiciones de aplicación del TBI: *ratione materiae*, *personae*, *temporis* y *loci*. Aunado a ello, si no se cumplen dichas condiciones, el Tribunal tampoco tiene jurisdicción para pronunciarse sobre la aplicación del trato de NMF. Por ello, en cualquier cláusula de NMF no es posible importar requisitos de jurisdicción como el concepto de inversión.
4. La cláusula de NMF del TBI es aplicable a los requisitos de admisibilidad. Específicamente el numeral 1 del artículo 3 del Tratado es el aplicable. Si

bien se menciona que no se dará un trato no menos favorable a la “inversión”, este último término no excluye al arbitraje por ser un mecanismo de protección a la inversión.

Asimismo, la interpretación más conforme al objeto y fin es permitir la importación de disposiciones más favorables de admisibilidad. En tanto reducen las barreras para que la reclamación sea escuchada por el tribunal, lo cual es una condición favorable para la inversión, que es la finalidad del TBI.

Por último, ninguna de las excepciones del Trato de NMF, previstos en el artículo 7, excluye a los requisitos de admisibilidad.

5. En base a las conclusiones anteriores, es plausible aplicar el trato de NMF para los dieciocho meses de litigio interno al ser un requisito de admisibilidad. Adicional a ello, se observa que se cumplen el supuesto de hecho que requiere el trato de NMF. En razón a que la disposición que pretende ser importada proviene de un Tratado entre el Estado receptor de la inversión y un tercer Estado. Además, se cumple con el principio ejusdem generis, porque el trato directo y los dieciocho meses de litigio interno regulan la misma materia: la admisibilidad de la demanda. Por último, el trato directo de seis meses de un requisito más favorable, en tanto, su cumplimiento puede realizarse en menos tiempo y es menos oneroso.
6. Finalmente, en los hechos, el demandante no cumplió con seis meses de negociación. Por ende, el tribunal debió declararse competente, aplicar la cláusula de NMF y suspender el procedimiento arbitral hasta que se cumpliera con dicho período.

BIBLIOGRAFÍA

Aitelaj, K. (2023, 21 de junio). Admissibility.

<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=9be9e790-425f-4e0a-94b4-c6b9ae25d5c9>

Balcerzak, F. (2021). Los derechos humanos y el derecho internacional de las inversiones. En J. Álvarez y M. Zenkiewicz (Eds.), *El Derecho Internacional de las inversiones: Desarrollo actual de normas y principios* (pp. 609-643)

Carrano I. y Bonifaz G. (2008). Los alcances de la cláusula de la nación más favorecida en los acuerdos de inversión. *Ius Revista* N° 36, pp. 158-200

Comisión de Derecho Internacional, CDI (2015). *Informe final Grupo de estudio sobre la cláusula de Nación más Favorecida*. Anuario de la Comisión de Derecho Internacional.

Dolzer, R. y Schreuer C. (2008). *Principles of International Investment Law*. Oxford University Press.

Douglas, Z. (2009). *The International Law of Investment Claims*. Cambridge University Press.

Jaime, M. (2021). Capítulo IV La Jurisdicción de los tribunales arbitrales en el arbitraje de inversión. En *El Derecho Internacional de las Inversiones desarrollo actual de normas y principios*. En J. Álvarez y M. Zenkiewicz (Eds.), (pp. 275-316). Universidad Externado de Colombia.

Mills, A. (2020). Arbitral Jurisdiction. En T. Schultz y F. Ortino (Eds.), *The Oxford Handbook of International Arbitration* Get access Arrow (pp. 70-102)

Novak, F. y García-Corrochano, L. (2016). *Derecho Internacional Público, Tomo I: Introducción y fuentes*. Thompson Reuters.

Sasaki, M. (2011). El sistema de sanciones por incumplimiento en el ámbito de la Comunidad Andina. *Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, (vol. XI), 302-337

Saco, V. (2021). Definición de inversionista. En J. Álvarez y M. Zenkiewicz (Eds.), *El Derecho Internacional de las inversiones: Desarrollo actual de normas y principios* (pp. 177-205)

Salmón, E. (2014). *Curso de Derecho Internacional Público*. (2da edición). Fondo Editorial PUCP.

Schreuer C., Malintoppi L., Reinisch A. & Sinclair A. (2009). (2da edición). *The ICSID Convention A Commentary*. Cambridge University Press.

UN Trade and Development - UNCTAD (2010). Most-favoured Nation Treatment. UNCTAD Series on International Investment Agreement II

Wailber, M. (2014). Investment Arbitration: Jurisdiction and Admissibility. *Legal Studies Research Paper Series from Cambridge University*, 1-81.

JURISPRUDENCIA Y NORMATIVA:

Acuerdo de Promoción Comercial PERÚ-EE.UU. de 2006

Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969

Convenio entre El Gobierno de la República de Argentina y El Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte para la promoción y la protección de inversiones de 1990

Tribunal CIADI (2000). Decisiones del Tribunal sobre excepciones a la Jurisdicción, Caso No. ARB/97/7 entre Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España

Tribunal CIADI (2004a). Decision of the tribunal on objection to jurisdiction, Case N° ARB/02/6 entre SGS Société Générale de Surveillance SA c. República de Filipinas.

Tribunal CIADI (2004b). Decisión sobre jurisdicción, Caso CIADI No. ARB/02/8 entre SIEMENS A.G. c. República Argentina

Tribunal CIADI (2005). Decisión del Tribunal sobre preguntas preliminares sobre jurisdicción, Case No. ARB/03/10 entre Gas Natural SDG, S.A. v. The Argentine Republic.

Tribunal ad hoc (2006a). Decisión sobre competencia, Caso National Grid plc v. The Argentine Republic, UNCITRAL

Tribunal CIADI (2006b). Decisión sobre jurisdicción, Caso CIADI No. ARB/03/17 entre Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. República Argentina

Tribunal CIADI (2011a). Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, Case No. ARB/07/5 entre Abaclat and Others v. Argentine Republic.

Tribunal CIADI (2011b). Decisión sobre Jurisdicción, Case No. ARB/07/31 entre Hochtief AG v. Argentine Republic.

Corte Permanente de Arbitraje (2012). Laudo sobre Jurisdicción, Caso CPA N° 2010-9 entre ICS INSPECTION AND CONTROL SERVICES LIMITED c. República de Argentina

Corte Permanente de Arbitraje (2013). Laudo sobre Jurisdicción, Caso CPA N° 2013-13 entre Sanum Investments c. Laos

Caso CPA N° 2010-9

**EN EL CASO DE UN ARBITRAJE INICIADO CONFORME AL CONVENIO ENTRE
EL GOBIERNO DEL REINO UNIDO DE GRAN BRETAÑA E IRLANDA DEL
NORTE Y EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA ARGENTINA PARA LA
PROMOCIÓN Y LA PROTECCIÓN DE INVERSIONES, FIRMADO EL 11 DE
DICIEMBRE DE 1990**

- y -

EL REGLAMENTO DE ARBITRAJE DE LA CNUDMI DE 1976

- entre -

**ICS INSPECTION AND CONTROL SERVICES LIMITED
(REINO UNIDO)**

(“Demandante”)

- y -

LA REPÚBLICA ARGENTINA

(“Demandada”)

Laudo sobre Jurisdicción

Fecha: 10 de febrero de 2012

Tribunal

Profesor Pierre-Marie Dupuy, árbitro presidente
Dr. Santiago Torres Bernárdez
Honorable Marc Lalonde

Secretario del Tribunal

Martín Doe

Registro

Corte Permanente de Arbitraje

ÍNDICE

A. LAS PARTES DEL ARBITRAJE	6
B. EL TRIBUNAL.....	7
C. BREVE RESEÑA DEL CASO.....	8
D. ANTECEDENTES PROCESALES.....	12
E. LAS CUESTIONES JURISDICCIONALES.....	25
F. LAS PRINCIPALES DISPOSICIONES JURÍDICAS PERTINENTES.....	26
F.I. TBI ARGENTINA-REINO UNIDO.....	26
F.II. TBI ARGENTINA-LITUANIA	30
F.III. CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS	32
G. SÍNTESIS DE LOS ARGUMENTOS DE LAS PARTES.....	34
G.I. EL REQUISITO PREVIO AL ARBITRAJE DEL ARTÍCULO 8 DEL TBI Y LA INVOCACIÓN DE LA CLÁUSULA DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA EN EL ARTÍCULO 3	34
1. Argumentos de la Demandada	34
(i) El sometimiento previo de las controversias a los tribunales nacionales argentinos durante un período de 18 meses es un requisito de jurisdicción	34
(ii) El artículo 8 del TBI forma parte de la “oferta de arbitraje” y no puede ser modificada por la Demandante	37
(iii) Como regla, las cláusulas de NMF no se aplican a cuestiones de jurisdicción	37
(iv) Del texto del tratado no surge una intención clara e inequívoca de aplicar la cláusula de NMF.....	40
(v) La práctica habitual de las Partes Contratantes confirma que la cláusula de NMF del Tratado no se aplica a cuestiones sobre solución de controversias.....	44
(vi) Subsidiariamente, las circunstancias del caso no permiten aplicar la cláusula de NMF a las disposiciones sobre solución de controversias.....	44
2. Argumentos de la Demandante	47
(i) La mayoría de los tribunales han adoptado una interpretación amplia de las cláusulas de NMF.....	47
(ii) La cláusula de NMF les permite a los inversores del Reino Unido en la Argentina recurrir directamente al arbitraje internacional.....	50
(iii) Aquellos fallos que adoptan un enfoque restrictivo respecto de la interpretación de la cláusula de NMF se distinguen desde el punto de vista fáctico	53
G.II. LA CLÁUSULA PARAGUAS	56
1. Argumentos de la Demandada	56
(i) Un reclamo contractual regido por el derecho argentino, está bien diferenciado de un reclamo por violación del TBI, regido por el derecho internacional	56
(ii) La Demandante no celebró un acuerdo de inversión y por lo tanto no puede ampararse en las disposiciones del TBI.....	57
(iii) En subsidio, la cláusula paraguas no es tan amplia como argumenta la Demandante.....	59
(iv) La Demandante invoca erróneamente la decisión en SGS c. Filipinas	61
(v) La Demandante ignora la cláusula de elección de foro estipulada en el Contrato	62
2. Argumentos de la Demandante	64
(i) El Tribunal debería seguir un enfoque más amplio de la interpretación de la cláusula paraguas.....	65

(ii)	Los incumplimientos por parte de la Demandada de sus obligaciones contractuales constituyeron infracciones del TBI.....	66
(iii)	La cláusula de elección de foro en el Contrato no priva a este Tribunal de jurisdicción	69
G.III.	AQUIESCENCIA Y PRESCRIPCIÓN DE LOS RECLAMOS DE LA DEMANDANTE	71
1.	Argumentos de la Demandada	71
(i)	Aquiescencia.....	72
(ii)	Prescripción	74
2.	Argumentos de la Demandante	76
(i)	Aquiescencia.....	76
(ii)	Prescripción extintiva	77
G.IV.	LA CUESTIÓN DE LA CESIÓN	79
1.	Argumentos de la Demandada	79
2.	Argumentos de la Demandante	81
H.	PETITORIO DE LAS PARTES CON RESPECTO A LA JURISDICCIÓN	84
H.I.	PETITORIO DE LA DEMANDADA	84
H.II.	PETITORIO DE LA DEMANDANTE.....	84
I.	ANÁLISIS DEL TRIBUNAL	85
I.I.	EL PRERREQUISITO DE 18 MESES DE LITIGIO EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 8.....	85
1.	La naturaleza del requisito de sometimiento previo a los tribunales argentinos	85
2.	¿Es el cumplimiento del requisito de sometimiento previo a los tribunales argentinos una cuestión de jurisdicción, admisibilidad, o procedimiento?	88
3.	¿Está el Tribunal facultado a ignorar el prerequisite de 18 meses de litigio en función de que sería fútil o insuficiente?	91
I.II.	¿ES LA CLÁUSULA DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA DEL ARTÍCULO 3(2) APLICABLE A LAS DISPOSICIONES SOBRE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS?	96
1.	Consideraciones preliminares: consentimiento e interpretación de tratados	96
2.	Los términos de la cláusula de nación más favorecida del artículo 3.....	100
(i)	El significado del término “trato”	100
(ii)	El significado del término “trato” con respecto a la “gestión, mantenimiento, uso, goce o liquidación” de las inversiones por los inversores	104
(iii)	El significado de trato por parte del Estado receptor “en su territorio”	107
(iv)	El principio de <i>expressio unius est exclusio alterius</i> aplicable a las excepciones al trato de NMF	109
3.	<i>Effet utile</i> y práctica posterior de la Argentina en materia de celebración de TBIs	110
I.III	¿OTORGA EL TBI ARGENTINA-LITUANIA UN TRATO “MÁS FAVORABLE”?	112
I.IV.	CONCLUSIÓN EN MATERIA DE JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA	116
I.V.	COSTAS.....	117
J.	DECISIONES	120
	ANEXO 1: TBIS ARGENTINOS SEGÚN FECHA DE FIRMA.....	121

ABREVIATURAS

AFIP	Administración Federal de Ingresos Públicos
C I	Escrito de Demanda de la Demandante
C II	Memorial de Contestación de Jurisdicción de la Demandante
C III	Dúplica de Jurisdicción de la Demandante
C IV	Memorial Posterior a la Audiencia de la Demandante
C V	Réplica Posterior a la Audiencia de la Demandante
C-[#]	Anexo de la Demandante N° [#]
C-LA-[#]	Autoridad Legal de la Demandante N° [#]
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
CDI	Comisión de Derecho Internacional
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CPA	Corte Permanente de Arbitraje
Contrato	Contrato suscripto por las Partes el 11 de marzo de 1998 relativo a la disposición de provisión de servicios de auditoría
Contrato de Cesión	Contrato de Cesión entre la Demandante y Ostram de fecha 13 de junio de 2001
CVDT	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados
Convenio CIADI	Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, firmado en Washington, DC, el 18 de marzo de 1965
Informe Bianchi (Primer Informe & Segundo Informe)	Primer Informe Bianchi: Informe Pericial de D. Alberto B. Bianchi de 24 de enero de 2011; Segundo Informe Bianchi: Informe Pericial de D. Alberto B. Bianchi de 20 de abril de 2011
Informe Mata (Primer Informe & Segundo Informe)	Primer Informe Mata: Informe Pericial de D. Ismael Mata de 8 de noviembre de 2010; Segundo Informe Mata: Informe Pericial de D. Ismael Mata, sin fecha

MECON	Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos
NMF	Nación Más Favorecida
Ostram	Ostram Holdings Limited
Partes	Demandante y Demandada
R I	Memorial de Jurisdicción de la Demandada
R II	Réplica de Jurisdicción de la Demandada
R III	Memorial Posterior a la Audiencia de la Demandada
R-[#]	Anexo de la Demandada N° [#]
R-LA-[#]	Autoridad Legal de la Demandada N° [#]
Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI	Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, 13 de diciembre de 1976
TBI	Tratado Bilateral de Inversión, en particular, el Convenio Entre el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Gobierno de la República Argentina para la Promoción y la Protección de Inversiones, firmado el 11 de diciembre de 1990

A. LAS PARTES DEL ARBITRAJE

La Demandante **ICS Inspection and Control Services Limited**
5th Floor
86 Jermyn Street
Londres SW1Y 6AW
Reino Unido

Representada por: D. Christopher Colbridge
D. Benjamin Sanderson
Kirkland & Ellis International LLP
30 St Mary Axe
Londres EC3A 9AF
Reino Unido

Tel.: +44 20 7469 2010
Fax: +44 20 7469 2001
E-mail: ccolbridge@kirkland.com
benjamin.sanderson@kirkland.com

La Demandada **La República Argentina**

Representada por: Dra. Angelina María Esther Abbona
(Procuradora del Tesoro de la Nación)
Dr. Gabriel Bottini
(Director Nacional de Asuntos y Controversias
Internacionales)
Procuración del Tesoro de la Nación
Calle Posadas 1641
C1112ADC Buenos Aires
República Argentina

Tel. +54 11 480 45 169
Fax: +54 11 480 47 718
E-mail: grupo_ciadi@ptn.gov.ar

B. EL TRIBUNAL

Nombrado por la Demandante:

Hon. Marc Lalonde, P.C., O.C., Q.C
1155 Rene-Levesque Blvd West, 33rd Floor
Montreal, QC H3B 3V2
Canadá

Nombrado por la Demandada:

Dr. Santiago Torres Bernárdez
Calle Jorge Juan 40 - 2º Izd.
28001 Madrid
España

Nombrado por acuerdo de los Co-Árbitros:

Prof. Pierre-Marie Dupuy
Graduate Institute of International Studies and Development
Case Postale 136
16, Voie Creuse, Office No. 337
CH 1211 Ginebra 21
Suiza

C. BREVE RESEÑA DEL CASO

1. La siguiente cita del Escrito de Demanda de la Demandante resume los aspectos principales de la controversia:
 5. [...] A modo de resumen, la controversia está relacionada con el trato brindado por la Argentina a ICS en relación con el contrato celebrado por ICS y el *Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos* (el “MECON”) el 11 de marzo de 1998 sobre la prestación de servicios de auditoría (el “Contrato”).
 6. El 22 de mayo de 1997, por medio del Decreto Presidencial 477/97 (“DP 477/97”), la Demandada aprobó un programa supervisado por el gobierno que establecía que las mercaderías de importación destinadas a la Argentina debían someterse a una inspección previa a su embarque a la Argentina (el “Programa”). Las mercaderías debían ser inspeccionadas por empresas privadas, autorizadas por la Demandada a través de un proceso de licitación pública internacional (“Empresas de Inspección de Preembarque”). El objetivo de las inspecciones era detectar discrepancias en las declaraciones de importación y, de este modo, ayudar a combatir la pérdida de recaudación aduanera de la Demandada que tales discrepancias traían aparejadas.
 7. La responsabilidad de la supervisión y el cumplimiento diarios del Programa, incluida la coordinación de su auditoría, estaba en manos de un comité especial perteneciente al MECON, conocido como el *Comité Ejecutivo del Programa de Inspección de Preembarque de Importaciones* (el “Comité”). La *Administración Federal de Ingresos Públicos* (“AFIP”) era el ente del gobierno argentino responsable de la administración aduanera de la Demandada y el principal responsable del pago de las facturas aprobadas por el Comité.
 8. El funcionamiento del Programa debía ser supervisado por una empresa privada que sería seleccionada por la Demandada a través de una licitación pública nacional e internacional (el “Auditor”). Según el Programa, el Auditor debía auditar los servicios prestados por las Empresas de Inspección de Preembarque, lo que le permitiría a la Demandada identificar cualquier déficit en los valores imponibles atribuible a las mercaderías de importación como consecuencia de las deficiencias en el cumplimiento de las obligaciones de las Empresas de Inspección de Preembarque.
 9. ICS (conocida en aquel momento como Swipco Limited) obtuvo el cargo de Auditor tras ganar la licitación N° 13/97.
 10. Conforme a la Cláusula 3 del Contrato, los honorarios que ICS percibiría por la auditoría de los certificados de inspección correspondían al 0,64% del valor FOB, FOR o FOT de cada certificado de inspección auditado. Luego del otorgamiento del Contrato, el 11 de septiembre de 1998, el MECON modificó la estructura de los honorarios de ICS a través de la Resolución N° 1106/98 (“Resolución 1106/98”), de manera tal que los honorarios de ICS por Servicios Ordinarios corresponderían al 80% de los honorarios percibidos por la Empresa de Inspección de Preembarque por cada certificado de inspección auditado por ICS. Asimismo, se establecía que los honorarios de ICS no podrían ser inferiores al 4% ni superiores al 10% de los honorarios pagados a las Empresas de Inspección de Preembarque (el “Límite Máximo del 10% sobre los Honorarios”).

11. A fin de que ICS estuviera en condiciones de cumplir con el Límite Máximo del 10% sobre los Honorarios, la Demandada tenía la obligación de garantizar un sistema adecuado para la selección de los certificados de inspección que debían auditarse.
12. Desde el comienzo del Contrato, fue evidente que la Demandada no había establecido un marco adecuado para los servicios que ICS debía prestar. Pese a que, en varias oportunidades, ICS le solicitó al Comité que implementara un sistema de selección (que le permitiría al Auditor identificar los certificados de inspección que debía auditar y, por consiguiente, cumplir con el Límite Máximo del 10%), la Demandada nunca implementó ningún sistema de selección, con lo cual a ICS se le dificultó considerablemente mantenerse por debajo del Límite Máximo del 10% sobre los Honorarios.
13. El plazo inicial del Contrato concluyó en marzo de 2000. Sin embargo, un año más tarde, el 2 de marzo de 2001, el Comité confirmó retroactivamente una extensión de un año del plazo del Contrato hasta marzo de 2001.
14. Después de marzo de 2001, ICS presentó ante el Comité solicitudes por escrito, en al menos dos oportunidades más, donde pedía el establecimiento de un marco adecuado que rigiera la prestación de los servicios. En efecto, los servicios fueron solicitados y prestados hasta diciembre de 2001, pese a la conclusión formal del Contrato.
15. Para fines de 2001, ICS todavía no había recibido el pago por muchos de los servicios prestados desde 1998.
16. El 6 de enero de 2002, la Ley 25.561 (la “Ley de Emergencia”) dejó sin efecto a la Ley 23.928 (“la Ley de Convertibilidad”). Hasta entonces, la Ley de Convertibilidad había estabilizado el tipo de cambio entre el peso argentino y el dólar estadounidense a una paridad de 1 a 1. Esta medida, tomada después de que ICS hubiera prestado y facturado sus servicios, destruyó el marco económico del que dependía ICS.
17. El 20 de febrero de 2002, el Programa finalizó oficialmente.
18. En esa misma fecha, ICS presentó una solicitud ante el Comité para la aprobación y el posterior pago de las facturas adeudadas que, si bien se habían presentado, permanecían pendientes de pago.
19. En vista de la ausencia de respuesta de la Demandada a la solicitud de la Demandante, ICS inició un reclamo administrativo (el “Reclamo Administrativo”) el 15 de marzo de 2002, donde exigía el pago de las facturas adeudadas que se habían presentado debidamente en febrero de 2002.
20. A la espera de una resolución del Reclamo Administrativo, el 22 de agosto de 2002, el Comité devolvió todas las facturas presentadas por ICS en febrero de 2002 y solicitó que algunas de ellas:
 - (i) se modificaran a fin de que los importes figuraran como un número igual de pesos argentinos (“Pesos”), es decir, se “pesificaran”; y
 - (ii) se redujeran los importes a fin de que no superaran el Límite Máximo del 10% sobre los Honorarios.
21. Debido a su debilitada posición económica, ICS procedió a cumplir con las directivas del Comité; sin embargo, se reservó expresamente el derecho a reclamar cualquier diferencia entre estas facturas reducidas y las facturas inicialmente presentadas, junto con los correspondientes daños y perjuicios e intereses.

22. Como si esto no hubiese sido suficiente, el 30 de junio de 2003, la AFIP intentó aplicar una reducción [d]el 13% sobre las facturas ya pesificadas de conformidad con el Decreto Presidencial 1060/01 (“DP 1060/01”).
 23. Luego de dos años de constantes y reiteradas solicitudes para el pago de las facturas reclamadas en el Reclamo Administrativo, el 6 de diciembre de 2004, ICS decidió ampliar su Reclamo Administrativo (el “Reclamo Administrativo Ampliado”). De este modo, el reclamo pasó a incluir todos los importes adeudados y expresó su desacuerdo con algunas de las medidas que la Demandada había tomado en contra de ICS.
 24. El 10 de enero de 2006, casi cinco años después de la fecha de finalización del Programa de Inspección, el Comité autorizó el pago de 1.230.181,68 Pesos. La Demandada no efectuó ningún pago hasta el 9 de marzo de 2006. Incluso cuando se concretó este pago, las únicas facturas que se pagaron fueron las correspondientes a los servicios prestados entre abril y diciembre de 2001, luego de la implementación del Límite Máximo del 10% sobre los Honorarios, su pesificación y, en el caso de las facturas correspondientes a los servicios prestados desde julio hasta diciembre de 2001, una reducción adicional del 13%.
 25. Hasta la fecha, ICS no ha recibido ningún otro pago en concepto de capital.
 26. La Demandante sostiene que las medidas tomadas por la Argentina a lo largo de este período han violado las normas básicas y fundamentales de protección que amparan a ICS de conformidad con el tratado bilateral de inversión aplicable a esta controversia¹.
2. De conformidad con su Escrito de Demanda, la Demandante solicita que el Tribunal otorgue lo siguiente:
248. En este procedimiento ICS solicitará una reparación que incluye, entre otras:
 - (b) una declaración del Tribunal en el sentido de que la controversia se encuentra dentro de la jurisdicción del Tribunal;
 - (c) una declaración en el sentido de que la Demandada incumplió el Artículo 2(2) del TBI al violar los estándares de trato dispuestos en él con relación a la inversión de ICS;
 - (d) una orden en el sentido que la Argentina indemnizará a ICS por las pérdidas que sufrió mediante la conducta ilícita de la Argentina por un importe a cuantificarse durante estos procedimientos, pero en ningún caso por un importe inferior a USD 25.277.011,10. Este importe comprende los elementos siguientes:

Importes ilícitamente pesificados	USD 3.374.947,53
Importe ilícitamente reducidos en un 13%	USD 90.703,01
Importes que superan el 10% del límite máximo sobre los honorarios	USD 4.538.571,58
Facturas impagas correspondientes a Servicios Especiales prestados entre junio de 1998 y julio de 2001	USD 3.035.026,68

¹ C I, ¶¶ 5-26.

Ordenar que la Argentina pague un interés anterior al laudo	USD 14.237.762,29
Total	USD 25.277.011,10

- (e) daños por pérdida de oportunidad: como consecuencia del incumplimiento de la Argentina respecto de los términos del Contrato, ICS incurrió en un gasto sustancial derivado de sus esfuerzos en recuperar los importes debidos. ICS podría haber empleado los recursos que utilizó para las actividades de recuperación de deuda en otras inversiones que le hubieran rendido una ganancia. Como mínimo, ICS debería ser indemnizada por los gastos incurridos para el esfuerzo exhaustivo de recuperación de la deuda. Además, para satisfacer plenamente a ICS, es decir, para colocarla en la misma situación en la que estaría si la Argentina hubiera cumplido con el Contrato, se debe indemnizar a ICS por la rentabilidad que hubiera obtenido si los recursos se hubieran utilizado en usos productivos, devengando la tasa de rentabilidad habitual de la compañía;
- (f) además o como alternativa una orden en el sentido que la Argentina se enriqueció indebidamente por el importe del valor del beneficio recibido;
- (g) ordenar que la Argentina pague un interés posterior al laudo según corresponda;
- (h) otorgar a ICS una reparación adicional según lo considere adecuado el Tribunal; y
- (i) ordenar que la Argentina pague a ICS los costos derivados del arbitraje inclusive entre otros, los honorarios y gastos del Tribunal, los gastos administrativos de la CNUDMI, los gastos de los árbitros, los honorarios y gastos de los peritos, y los gastos legales incurridos por las partes (inclusive los honorarios de abogados), e interés².

² C I, ¶ 248.

D. ANTECEDENTES PROCESALES

3. Mediante una Notificación de Arbitraje de fecha 26 de junio de 2009, recibida por la Demandada el día 30 de junio de 2009, la Demandante inició el presente procedimiento de arbitraje contra la Demandada de conformidad con el artículo 8 del Convenio entre el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Gobierno de la República Argentina para la Promoción y la Protección de Inversiones, firmado el 11 de diciembre de 1990. El artículo 8 del TBI prevé, *inter alia*, que las controversias que surjan en virtud del Tratado podrán someterse a un tribunal arbitral establecido de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.
4. La Notificación de Arbitraje presenta una controversia supuestamente surgida del trato brindado por la Demandada a la Demandante en relación con el contrato celebrado por la Demandante y el Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos el 11 de marzo de 1998 sobre la prestación de servicios de auditoría.
5. El 28 de julio de 2009, la Demandante nombró a D. Stanimir A. Alexandrov como primer árbitro.
6. El 12 de agosto de 2009, la Demandada recusó el nombramiento del Sr. Alexandrov en este procedimiento.
7. El 27 de agosto de 2009, la Demandada nombró al Dr. Santiago Torres Bernárdez como segundo árbitro.
8. El 23 de septiembre de 2009, de conformidad con el artículo 12(1)(c) del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, la Demandante solicitó que el Secretario General de la Corte Permanente de Arbitraje designara a una autoridad nominadora para que decidiera la recusación de la Demandada.
9. El 26 de octubre de 2009, el Secretario General de la CPA designó a D. Jernej Sekolec como autoridad nominadora a todos los efectos que deriven del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.
10. El 17 de diciembre de 2009, tras haber considerado las alegaciones de las Partes con relación a la recusación presentada por la Demandada, el Sr. Sekolec aceptó la recusación contra el Sr. Alexandrov.
11. El 8 de enero de 2010, la Demandante solicitó una prórroga de 14 días al plazo de 30 días para el nombramiento de un árbitro sustituto. El 11 de enero de 2010, la Demandada aceptó la prórroga de 14 días solicitada por la Demandante.
12. El 28 de enero de 2010, la Demandante nombró al Hon. Marc Lalonde como árbitro.
13. El 26 de febrero de 2010, según lo acordado entre los co-árbitros, el Profesor Pierre-Marie Dupuy fue nombrado Árbitro Presidente.

14. El 15 de marzo de 2010, el Tribunal recientemente constituido solicitó comentarios y observaciones de las Partes con respecto a, *inter alia*, la conveniencia de recurrir a la CPA a efectos de la administración del caso y la celebración de una reunión preliminar a fin de debatir acerca de cuestiones procesales adicionales.
15. El 16 de marzo de 2010, la Demandante expresó su acuerdo con la sugerencia del Tribunal de recurrir a la CPA a efectos de la administración del caso, al igual que su disponibilidad para una reunión procesal preliminar en mayo de 2010.
16. El 26 de marzo de 2010, la Demandada remitió su respuesta a la carta del Tribunal en la que confirmó su acuerdo con la sugerencia del Tribunal de recurrir a la CPA a efectos de la administración del caso, al igual que su disponibilidad para una reunión procesal preliminar en mayo de 2010.
17. El 27 de marzo de 2010, el Tribunal hizo circular un borrador de la Orden Procesal N° 1 entre las Partes e invitó a las Partes a procurar llegar a un acuerdo en materia de cuestiones procesales con anterioridad a la reunión procesal que tendría lugar el 17 de mayo de 2010, ya sea en persona en el Palacio de la Paz en La Haya o por teléfono o videoconferencia.
18. El 5 de mayo de 2010, las Partes informaron al Tribunal que habían logrado “llegar a un acuerdo en principio respecto de las cuestiones procesales principales” [Traducción libre] establecidas en el borrador de la Orden Procesal N° 1 del Tribunal y, por lo tanto, consideraban que “no habría necesidad de una audiencia en persona en La Haya el 17 de mayo a menos que el Tribunal disienta. Sin embargo, podría resultar útil mantener una conferencia telefónica con el Tribunal el 17 de mayo”. [Traducción libre].
19. El 7 de mayo de 2010, el Tribunal le comunicó a las Partes que había decidido proceder a una conferencia telefónica en lugar de una reunión en persona que tendría lugar el 17 de mayo de 2010. Asimismo, el Tribunal solicitó que las Partes le comunicaran todos los avances adicionales y le suministraran información acerca de las cuestiones procesales específicas respecto de las cuales llegaran a un acuerdo hasta el 13 de mayo de 2010.
20. El 13 de mayo de 2010, las Partes presentaron ante el Tribunal una copia revisada del borrador de la Orden Procesal N° 1, mediante la cual expresaban su acuerdo con respecto a las cuestiones procesales pendientes.
21. El 17 de mayo de 2010, el Tribunal celebró una reunión procesal preliminar con las Partes por medio de una conferencia telefónica.
22. El 18 de mayo de 2010, el Tribunal emitió la Orden Procesal N° 1, que establecía, *inter alia*, normas procesales básicas y un calendario del procedimiento en los siguientes términos:

4 Normas Procesales Aplicables

- 4.1 El procedimiento se desarrollará conforme al Reglamento CNUDMI.
- 4.2 Para aquellos asuntos no tratados por el Reglamento CNUDMI ni por el Tratado, el Tribunal aplicará las normas que considere apropiadas, con sujeción al artículo 1(2) del Reglamento CNUDMI.

- 4.3 El Tribunal tiene el poder de emitir Ordenes Procesales sobre cuestiones procesales específicas siempre y cuando sea necesario. Estas Ordenes Procesales pueden ser firmadas por el Árbitro Presidente únicamente, tras consultar a los co-árbitros.

5 Honorarios y Gastos del Tribunal

- 5.1 Cada miembro del Tribunal será remunerado conforme a una tarifa horaria de €500 por todo el tiempo empleado en relación con este arbitraje.
- 5.2 Se reembolsará a los miembros del Tribunal todo gasto y cargo incurrido razonablemente en relación con este arbitraje, incluyendo, pero no limitado a, gastos de viaje, hoteles, teléfono, fax, mensajería y fotocopias.
- 5.3 Los miembros del Tribunal pueden solicitar el reembolso de los gastos y cargos cuando se hayan incurrido, y pueden remitir facturas periódicas respecto de sus honorarios.
- 5.4 Todos los abonos al Tribunal se harán de los depósitos referidos en la sección 6.

6 Depósitos

- 6.1 De conformidad con el artículo 41(1) del Reglamento CNUDMI, las Partes realizarán un depósito inicial de €100.000 (€50.000 de cada Parte) dentro de los 30 días siguientes a la adopción de esta orden. Los depósitos se entregarán a la CPA por transferencia a la siguiente cuenta:
- Banco: ING Bank N.V., La Haya, Países Bajos
Número de cuenta: 68 55 45 369
IBAN: NL71 INGB 068 55 45 369
BIC: INGBNL2A
Beneficiario: Permanent Court of Arbitration
Referencia: ICS-AR [nombre de la Parte]
- 6.2 La CPA revisará cada cierto tiempo la suficiencia del depósito y, a solicitud del Tribunal, podrá requerir a las Partes que realicen depósitos adicionales de acuerdo con el artículo 41(2) del Reglamento CNUDMI.
- 6.3 El saldo no utilizado que permanezca en el depósito cuando termine el arbitraje será devuelto a las Partes siguiendo las indicaciones del Tribunal.
- 6.4 Cualquier cargo por transferencia bancaria u otro cargo bancario, será cargado a la cuenta. No se abonará ningún interés por el depósito.

7 Administración del Procedimiento

- 7.1 La CPA administrará este arbitraje conforme a los siguientes términos:
- (i) La CPA mantendrá un archivo de los escritos y la correspondencia.
 - (ii) La CPA administrará los depósitos de las Partes y los desembolsos según se indica anteriormente.
 - (iii) La CPA pondrá a disposición de las Partes y el Tribunal sus salas de audiencia y de reuniones en el Palacio de la Paz en La Haya, o sus instalaciones en Costa Rica u otros lugares, gratuitamente. El coste del catering, estenografía u otro tipo de soporte técnico asociado con

audiencias o reuniones en el Palacio de la Paz o en otro lugar será costeadado por las Partes por partes iguales.

- (iv) Si así se solicita, la CPA podrá llevar a cabo tareas administrativas en nombre del Tribunal, siendo el principal objetivo reducir los costes en los que de otra forma incurriría el Tribunal llevando a cabo tareas puramente administrativas. El trabajo llevado a cabo por la CPA se facturará conforme a la tabla de honorarios de la CPA. Los honorarios y gastos de la CPA se abonarán del mismo modo que los honorarios y gastos del Tribunal.

7.2 Los datos de contacto de la CPA son los siguientes:

Attn: D. Martín Doe
Corte Permanente de Arbitraje
Palacio de la Paz
Carnegieplein 2
2517 KJ La Haya
Países Bajos
Tel.: +31 70 302 4140
Fax: +31 70 302 4167
E- mail: bureau @pca-cpa.org
mdoe@pca-cpa.org

8 Reunión Procesal

- 8.1 Detalles adicionales del procedimiento serán discutidos y, en todo lo posible, acordados durante una reunión procesal con las Partes que se celebrará el 17 de mayo de 2010 por medio de una conferencia telefónica.

9 Comunicaciones

- 9.1 Las Partes no se pondrán en contacto *ex parte* ni mediante comunicaciones orales ni escritas con ningún miembro del Tribunal en relación con el contenido de este arbitraje.
- 9.2 Las Partes remitirán copia de toda la correspondencia y escritos, incluyendo escritos de alegaciones y memoriales, por correo electrónico simultáneamente a los representantes de la parte contraria y a la CPA en el día en que acabe el plazo para su presentación. La CPA transmitirá sin demora toda la correspondencia y los escritos recibidos de las Partes a cada miembro del Tribunal. El envío por correo electrónico de alegaciones o memoriales incluirá las declaraciones de testigos y los informes periciales, pero no las pruebas o la doctrina y jurisprudencia adjuntas. Los párrafos de los escritos de las Partes (incluyendo las declaraciones de testigos y los informes periciales) estarán numerados.
- 9.3 Se remitirán por mensajero a la otra parte versiones electrónicas en DVD o CD de todos los documentos adjuntos y de la doctrina y jurisprudencia tres días después del fin del plazo en el que se deban presentar. En esa fecha, se remitirán por mensajero internacional a la CPA un original y tres (3) copias de los escritos, declaraciones de testigos, informes periciales y cuatro (4) copias del DVD o CD, y ésta distribuirá una (1) copia a cada miembro del Tribunal y se quedará con una (1) para su archivo.

- 9.4 Los documentos se presentarán sin encuadernar en archivadores, separados del escrito, y precedidos por un índice de los documentos numerados consecutivamente (C-1, C-2, etc. para los documentos de la Demandante y C-LA-1, C-LA-2 etc. para la doctrina y jurisprudencia de la Demandante; A RA-1, A RA-2, etc. para los documentos de la Demandada y AL RA-1, AL RA-2, etc. para la doctrina y jurisprudencia de la Demandada). Siempre que sea posible también se remitirán copias digitales de los documentos en formato Adobe Portable Document Format (“PDF”) que permita la búsqueda.
- 9.5 Para facilitar las citas y el procesamiento de textos, cada Parte proporcionará también copias electrónicas de las alegaciones escritas, incluyendo las declaraciones de testigos e informes periciales en PDF que permita la búsqueda, precedidas por un índice. Estos documentos serán enviados como adjuntos al correo electrónico referido en la sección 9.2.
- 9.6 Toda comunicación escrita se considerará hecha válidamente cuando haya sido enviada a:
- Partes: a las direcciones de los representantes en la sección 1;
- Registro: a las direcciones en la sección 7.2.
- 9.7 Las Partes solamente enviarán copias de la correspondencia entre sí a la CPA si se trata de un asunto que requiera que el Tribunal tome una decisión o no tome una decisión o si informa de un evento del que el Tribunal y la CPA deban estar informados.
- 9.8 Cualquier cambio de nombre, descripción, dirección, número de teléfono, número de fax o dirección de correo electrónico será inmediatamente notificado por la Parte o miembro del Tribunal a todas las otras direcciones dispuestas en las secciones 1, 3 y 7.
- 9.9 La fecha de presentación de un instrumento será la fecha de entrega a la CPA por correo electrónico de la versión electrónica del escrito.

10 Idioma del Arbitraje

- 10.1 Los idiomas de este arbitraje serán el inglés y el español.
- 10.2 Las alegaciones (incluyendo, pero no limitado a, Escrito de Demanda y de Contestación, Réplica y Dúplica), las declaraciones de testigos y los informes periciales presentados en un idioma se acompañarán de una traducción al otro idioma dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha original en el que se debían presentar. No será necesario traducir los documentos y la doctrina y jurisprudencia salvo que lo solicite el Tribunal y siempre y cuando estén en inglés o español.
- 10.3 El Tribunal emitirá sus decisiones en ambos idiomas. Las comunicaciones de la CPA a las Partes podrán ser en cualquiera de los dos idiomas. La CPA organizará servicios de interpretación simultánea de y al inglés y español para futuras audiencias. En caso de conflicto entre las versiones en los idiomas inglés o español de los escritos, declaraciones de testigos, e informes periciales, la versión del instrumento originalmente presentado será la versión vinculante.

11 Sede del Arbitraje

- 11.1 La sede del arbitraje será La Haya, Países Bajos.
- 11.2 Las reuniones y audiencias podrán celebrarse en otros lugares si así lo decide el Tribunal Arbitral tras consultar a las Partes.
- 11.3 El Tribunal Arbitral podrá deliberar en cualquier lugar conveniente, sin necesidad de consultar con las Partes.

12 Calendario

- 12.1 Dentro de los 90 días siguientes a la fecha de la Reunión Procesal, la Demandante presentará su Escrito de Demanda junto con todas las pruebas relevantes (documentos, declaraciones de testigos, informes periciales) en la que desea apoyarse en su Escrito de Demanda.
- 12.2 En el caso de que la Demandada desee presentar objeciones jurisdiccionales, la Demandada presentará su Memorial sobre Jurisdicción dentro de los 60 días siguientes a la recepción del Escrito de Demanda de la Demandante.
- 12.3 Dentro de los 60 días siguientes a la recepción del Memorial sobre Jurisdicción de la Demandada, la Demandante presentará su Memorial de Contestación sobre Jurisdicción.
- 12.4 A continuación de la presentación del Memorial y el Memorial de Contestación sobre Jurisdicción, el Tribunal decidirá si es necesaria una segunda ronda de alegaciones escritas sobre jurisdicción y/o si es necesaria una Audiencia sobre Jurisdicción.
- 12.5 El procedimiento dispuesto en los anteriores párrafos 12.2 y 12.4 constituye la Fase Jurisdiccional. Dentro de los 90 días siguientes a la terminación de la Fase Jurisdiccional, en el caso de que continúe el procedimiento, la Demandada presentará su Escrito de Contestación junto con todas las pruebas relevantes (documentos, declaraciones de testigos, informes periciales) en la que desea apoyarse en su Escrito de Contestación.
- 12.6 Dentro de los 40 días siguientes a la presentación del Escrito de Contestación de la Demandada, las Partes podrán solicitar la entrega de documentos a la otra Parte (sin copia a la CPA).
- 12.7 Dentro de los 40 días siguientes a la solicitud de documentos realizada por una Parte, la Parte receptora entregará los documentos solicitados.
- 12.8 Si cualquiera de las Partes se opone a cualquiera de las solicitudes de documentos, contestará mediante una objeción razonada a la otra Parte (sin copia a la CPA) dentro de los 10 días siguientes a la recepción de la solicitud de documentos de la otra Parte.
- 12.9 Si dentro de los 10 días siguientes a las objeciones razonadas las Partes no pueden ponerse de acuerdo respecto de los documentos a los que se ha objetado, las Partes podrán presentar ante el Tribunal solicitudes razonadas para ordenar la entrega de documentos.
- 12.10 En la medida que sea posible, dentro de los 10 días siguientes a la solicitud de las Partes, el Tribunal decidirá sobre tales solicitudes.
- 12.11 Dentro de los 10 días siguientes a la decisión del Tribunal, las Partes entregarán los documentos según lo haya ordenado el Tribunal.

- 12.12 Dentro de los 90 días siguientes a la entrega de documentos, la Demandante presentará su Memorial de Réplica con documentación probatoria adicional (documentos, declaraciones de testigos, e informes periciales) pero únicamente en contestación al Escrito de Contestación de la Demandada o en relación a nuevas pruebas del procedimiento de entrega de documentos de los anteriores párrafos 12.6 a 12.11.
- 12.13 Dentro de los 90 días siguientes a la recepción del Memorial de Réplica de la Demandante, la Demandada presentará su Memorial de Dúplica con documentación probatoria adicional (documentos, declaraciones de testigos, e informes periciales) pero únicamente en contestación al Memorial de Réplica de la Demandante o en relación a nuevas pruebas del procedimiento de entrega de documentos de los anteriores párrafos 12.6 a 12.11.
- 12.14 A continuación no se podrá presentar documentación probatoria adicional, salvo acuerdo en contrario de las Partes o autorización expresa del Tribunal.
- 12.15 Al término de la audiencia, el Tribunal consultará con las Partes si es necesario que las Partes presenten escritos de conclusiones o demandas de costas y en qué fechas.

13 Organización de las Audiencias

- 13.1 Tras consultar a las Partes, el Tribunal emitirá para cada audiencia una Orden Procesal convocando la reunión, estableciendo el lugar, la hora, la agenda y cualquier otro aspecto técnico o complementario.
- 13.2 Las Partes acuerdan que se mantendrá un archivo de las audiencias en inglés y español. Las Partes acuerdan tener grabaciones de audio y transcripciones escritas de cualquier audiencia oral así como “Real Time” o “Live Note”. También se acordó por las Partes tener interpretación simultánea de inglés a español y de español a inglés en todas las audiencias.
- 13.3 Las Partes también acuerdan que la CPA preparará un acta de la primera sesión del Tribunal.

14 Prueba

A) Prueba Documental

- 14.1 Todos los documentos (incluyendo textos y traducciones a los idiomas del arbitraje de las disposiciones legales sustantivas relevantes) considerados relevantes por las Partes se presentarán junto con sus alegaciones y memoriales conforme a lo establecido en el Calendario.
- 14.2 Todos los documentos se presentarán en la forma establecida en la anterior sección sobre comunicaciones.
- 14.3 No se permitirán nuevas alegaciones de hecho o documentos probatorios tras las respectivas fechas para los Memoriales de Réplica y Dúplica indicados en el anterior Calendario salvo acuerdo entre las Partes o autorización expresa del Tribunal.

B) Prueba Testifical

- 14.4 Se presentarán las Declaraciones de Testigos por escrito de todos los testigos junto con los Escritos y Memoriales mencionados anteriormente dentro de los plazos establecidos en el Calendario.

- 14.5 Los testigos que hayan presentado una Declaración de Testigo, estarán disponibles para su interrogatorio durante la audiencia oral. Si un testigo no está disponible para su interrogatorio durante la audiencia oral por causa justificada, el Tribunal – tras consultar con las Partes – podrá prestar el valor que considere apropiado al testimonio escrito.
- 14.6 De cara a hacer un uso lo más eficiente posible del tiempo durante la audiencia, generalmente se utilizarán las Declaraciones de Testigo escritas en lugar del interrogatorio oral directo aunque el Tribunal podrá admitir excepciones. Por lo tanto, siempre y cuando durante la audiencia tales testigos sean invitados por la Parte que los presente o que la otra Parte solicite su asistencia, la Parte que los presenta podrá presentar al testigo hasta durante 20 minutos y dentro de ese tiempo podrá interrogarle sobre asuntos, de haberlos, que hayan ocurrido desde la última declaración de testigo que el testigo haya presentado. El resto del tiempo de la audiencia estará reservado para el contrainterrogatorio y reinterrogatorio así como para preguntas de los árbitros.

C) Prueba Pericial

- 14.7 En el caso de que las Partes deseen presentar pruebas periciales, se aplicará el mismo procedimiento que para los testigos.

15 Prórrogas de Plazos y otras Decisiones Procesales

- 15.1 Las Partes podrán acordar breves prórrogas siempre y cuando no afecten a las posteriores fechas del Calendario y se informe al Tribunal antes de que pase la fecha original.
- 15.2 Las prórrogas de plazos sólo serán concedidas por el Tribunal en circunstancias excepcionales.

16 Inmunidad jurisdiccional del Tribunal

- 16.1 Las Partes no intentarán hacer responsable al Tribunal ni a ninguno de sus miembros de cualquier acto u omisión en relación con cualquier asunto relativo al arbitraje.
- 16.2 Las Partes no solicitarán a ningún miembro del Tribunal ser parte o testigo en ningún procedimiento judicial o de otro tipo que traiga causa o esté relacionado con este arbitraje.

23. El 16 de agosto de 2010, la Demandante presentó su Escrito de Demanda.
24. El 21 de septiembre de 2010, la Demandada solicitó una prórroga del plazo para la presentación de su Memorial sobre Jurisdicción, a la luz del hecho de que la Demandante no había presentado una traducción en idioma español de su Escrito de Demanda dentro de los plazos establecidos en la Orden Procesal N° 1. La Demandante aceptó esta solicitud mediante una carta de fecha 22 de septiembre de 2010 y el Tribunal la admitió mediante una carta de fecha 27 de septiembre de 2010.
25. El 28 de septiembre de 2010, la Demandante presentó la traducción en español de su Escrito de Demanda.

26. El 13 de noviembre de 2010, la Demandada presentó su Memorial sobre Jurisdicción. El 26 de noviembre de 2010, la Demandada presentó una traducción en idioma inglés de su Memorial sobre Jurisdicción.
27. El 9 de diciembre de 2010, la Demandante solicitó que el Tribunal le otorgara una breve prórroga a fin de presentar su Memorial de Contestación sobre Jurisdicción. En la misma fecha, la Demandada le informó al Tribunal que no tenía objeción alguna respecto de esta solicitud. En consecuencia, esta solicitud fue admitida por el Tribunal mediante una carta de fecha 13 de diciembre de 2010.
28. El 25 de enero de 2011, la Demandante presentó su Memorial de Contestación sobre Jurisdicción. La Demandante presentó una traducción en español el 8 de febrero de 2011.
29. El 9 de febrero de 2011, de conformidad con la Sección 12.4 de la Orden Procesal N° 1, el Tribunal informó a las Partes que había decidido solicitar una segunda ronda de alegaciones escritas sobre jurisdicción y confirmó la celebración de una Audiencia sobre Jurisdicción que se celebraría el día 17 de mayo de 2011 y podría extenderse hasta el 18 de mayo de 2011 si fuese necesario, en el Palacio de la Paz en La Haya.
30. El 11 de febrero de 2011, las Partes comunicaron conjuntamente al Tribunal una propuesta de modificación del calendario establecido por aquél para la segunda ronda de alegaciones sobre jurisdicción. Mediante una carta de fecha 14 de febrero de 2011, el Tribunal confirmó su acuerdo con la modificación de cronograma propuesta por las Partes.
31. El 16 de marzo de 2011, la Demandada presentó su Memorial de Réplica sobre Jurisdicción. La Demandada presentó una traducción al inglés el 23 de marzo de 2011. Mediante un correo electrónico separado de 23 de marzo de 2011, la Demandada también presentó una fe de erratas de su Memorial de Réplica sobre Jurisdicción.
32. El 20 de abril de 2011, la Demandante presentó su Memorial de Dúplica sobre Jurisdicción. La Demandante presentó una traducción al español el 27 de abril de 2011.
33. El 25 de abril de 2011, las Partes le informaron al Tribunal que habían acordado renunciar a su derecho de interrogar y contrainterrogar a testigos y peritos durante la Audiencia sobre Jurisdicción.
34. El 28 de abril de 2011, el Tribunal hizo circular un borrador de la Orden Procesal N° 2 entre las Partes, a través de la cual las invitaba a procurar llegar a un acuerdo acerca de las cuestiones organizativas y administrativas relativas a la Audiencia sobre Jurisdicción.
35. El 6 de mayo de 2011, la CPA celebró con las Partes una conferencia telefónica anterior a la audiencia a fin de resolver todas las cuestiones organizativas y administrativas relativas a la Audiencia sobre Jurisdicción que aún no hubieran acordado o todavía no se hubieran abordado en la Orden Procesal N° 2. El 6 de mayo de 2011, la CPA suministró un acta de la conferencia al Tribunal y a las Partes, mediante la cual llamaba la atención del Tribunal respecto de, *inter alia*, una propuesta de la Demandada,

respecto de la cual la Demandante no había presentado objeción alguna, de prorrogar el calendario de Audiencia hasta la mañana del día 18 de mayo de 2011.

36. El 12 de mayo de 2011, el Tribunal dictó la Orden Procesal N° 2, convocando la Audiencia sobre Jurisdicción, estableciendo el lugar, la hora, la agenda y otros aspectos técnicos y complementarios. En particular, el Tribunal aceptó el calendario de Audiencia propuesto por la Demandada.
37. El 11 de mayo de 2011, la Demandada solicitó autorización para presentar dos documentos probatorios y ocho documentos de doctrina y jurisprudencia adicionales, que se encontraban adjuntos a la solicitud, para ser utilizados durante la Audiencia sobre Jurisdicción, luego del desacuerdo entre las Partes respecto de la cuestión. La Demandada declaró que había informado a la Demandante de su intención de presentar los documentos adicionales mencionados de conformidad con un procedimiento previamente establecido por ellas a efectos de la introducción de documentos adicionales luego de la presentación de sus alegaciones escritas con anterioridad a la Audiencia sobre Jurisdicción. Según la Demandada, la Demandante no presentó ningún documento adicional propio y se opuso a la solicitud de la Demandada a tal efecto, por no aceptar las explicaciones de la Demandada acerca de la importancia de los documentos presentados recientemente. Con respecto a los documentos probatorios adicionales presentados, la Demandada arguyó que se trataba simplemente de versiones firmadas originales, en idiomas inglés y español, de documentos que ya habían sido introducidos en español por la Demandante, como el Documento Probatorio C-71 adjunto a su Escrito de Demanda.
38. El 12 de mayo de 2011, la Demandante solicitó encarecidamente al Tribunal que rechazase la solicitud de la Demandada a efectos de la presentación de documentos adicionales y adjuntó un registro de sus comunicaciones respecto de dicha cuestión con la Demandada. La Demandante argumentaba que la Demandada rehusaba proveer una explicación satisfactoria acerca de la importancia de los documentos adicionales y del uso al que estaban destinados, a pesar de las diversas solicitudes a tal efecto. Asimismo, la Demandante expresó su preocupación por el hecho de que la Demandada pretendiera presentar nuevas pruebas y doctrina y jurisprudencia en una etapa tardía, a fin de introducir recién en la Audiencia sobre Jurisdicción un argumento nuevo que no se había planteado previamente. La Demandante afirmó que se le estaba negando la capacidad de entender plenamente la carga que se le imponía cumplir a causa de la falta de explicación adecuada por parte de la Demandada acerca de la importancia y del uso al que estaban destinados los documentos adicionales presentados. Asimismo, nuevas pruebas periciales se presentaban en violación al acuerdo entre las Partes en virtud del cual no se introduciría prueba pericial adicional alguna ni se procedería al contrainterrogatorio de peritos durante la Audiencia sobre Jurisdicción. En el supuesto de que el Tribunal permitiera la presentación de los documentos nuevos, la Demandante solicitaba que se exigiera a la Demandada que identificara las cuestiones específicas pertinentes a cada documento, así como también los párrafos específicos en cada uno de los documentos de doctrina y jurisprudencia presentados que pretendía invocar durante sus alegaciones orales, y solicitó que se le otorgara el derecho de aducir material adicional en respuesta a ello.
39. El 13 de mayo de 2011, en debida observancia de sus deberes y facultades en virtud de la Sección 14.3 de la Orden Procesal N° 1, de la Sección 2.2 de la Orden Procesal N° 2 y

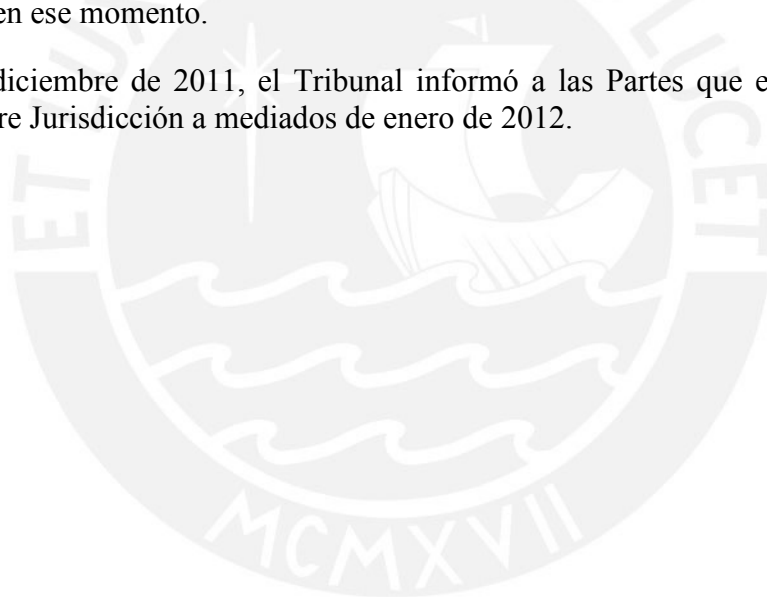
de los artículos 15(1) y 25(6) del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, el Tribunal otorgó permiso a la Demandada para presentar nuevos documentos probatorios y doctrina y jurisprudencia. En cuanto a lo anterior, el Tribunal compartía la preocupación de la Demandante con relación a la falta de aclaración adecuada por parte de la Demandada y estableció un plazo para que la Demandada, en la medida en que su presentación estuviera destinada a cualquier propósito excepto contar con un registro completo del caso, a fin de que señalara cuáles eran los asuntos fácticos específicos que pretendía abordar. En cuanto a esto último, el Tribunal, asimismo, estableció un plazo para que la Demandada señalara los párrafos específicos de la Dúplica de la Demandante a los cuales respondían los documentos de doctrina y jurisprudencia y los párrafos específicos dentro de cada documento de doctrina y jurisprudencia que pretendía invocar la Demandada. Por último, el Tribunal estableció un plazo para que la Demandante presentara documentos de doctrina y jurisprudencia adicionales siempre que se limitaran estrictamente a responder a los introducidos por la Demandada y que la Demandante indicara los párrafos específicos a los cuales respondían y los párrafos específicos dentro de cada documento de doctrina y jurisprudencia que pretendía invocar.

40. El 13 de mayo de 2011, la Demandada ofreció una explicación acerca del uso al que sus documentos probatorios adicionales estaban destinados e identificó los párrafos específicos de la Dúplica de la Demandante a los cuales respondían, al igual que los párrafos específicos dentro de cada documento de doctrina y jurisprudencia que pretendía invocar.
41. El 14 de mayo de 2011, la Demandante comentó que la Demandada parecía estar invocando tres documentos de doctrina y jurisprudencia adicionales con relación a las cuestiones de la prueba pericial, contrariamente al acuerdo de las Partes, y sin la presencia del perito de la Demandante en la Audiencia sobre Jurisdicción. Asimismo, afirmó que la Demandada, en un principio, no había dado a conocer la verdadera motivación que subyacía a su solicitud a efectos de la presentación de los documentos probatorios nuevos y objetó el hecho de ser “emboscada” un día hábil antes de la Audiencia sobre Jurisdicción con una nueva cuestión jurisdiccional que no se había planteado previamente. En consecuencia, la Demandante solicitó que el Tribunal aclarara que su autorización a efectos de la presentación de los documentos probatorios nuevos estaba limitada en la medida en que fueran pertinentes a la posición previamente planteada por la Demandada.
42. El 14 de mayo de 2011, el Tribunal decidió que, en la medida en que la introducción de nuevos documentos probatorios por parte de la Demandada planteara una nueva cuestión que no se hubiera planteado previamente, no se pretendería que la Demandante respondiera a esta cuestión durante la Audiencia sobre Jurisdicción. Asimismo, el Tribunal decidió que las cuestiones de determinar si algún argumento constituiría una nueva cuestión que no se había planteado previamente y si se habían introducido nuevos documentos de doctrina y jurisprudencia en violación de algún acuerdo entre las Partes respecto de la renuncia a los contrainterrogatorios sería abordada junto con las Partes al comienzo de la Audiencia sobre Jurisdicción.
43. El 16 de mayo de 2011, la Demandante envió el esquema del argumento que presentaría en la Audiencia sobre Jurisdicción y expresó su expectativa de recibir lo mismo o una presentación de PowerPoint por parte de la Demandada. En la misma fecha, la

Demandada respondió que no tenía ninguna obligación ni intención de suministrar ni un esquema ni una presentación de PowerPoint de sus argumentos, y que ya se lo había aclarado a la Demandante con anterioridad.

44. Los días 17 y 18 de mayo de 2011, la Audiencia sobre Jurisdicción tuvo lugar en el Palacio de la Paz, La Haya.
45. El 20 de mayo de 2011, el Tribunal emitió la Orden Procesal N° 3, en la que establecía, *inter alia*, plazos para la presentación de documentos adicionales en materia de jurisdicción; un cronograma para la presentación simultánea de Memoriales Posteriores a la Audiencia sobre Jurisdicción por las Partes; y una fecha límite para que la Demandante presentara una breve réplica adicional limitada a refutar los argumentos nuevos presentados por la Demandada en su Memorial Posterior a la Audiencia sobre Jurisdicción con relación a la “Cuestión de la Cesión”, que la Demandante considerase que no había tenido suficiente oportunidad previa de abordar.
46. El 27 de mayo de 2011, ambas Partes presentaron documentos adicionales en materia de jurisdicción.
47. El 22 de junio de 2011, ambas Partes presentaron sus Memoriales Posteriores a la Audiencia sobre Jurisdicción, seguidos por sus traducciones respectivas presentadas el 28 de junio de 2011 por parte de la Demandada y el 7 de julio de 2011 por parte de la Demandante.
48. El 27 de junio de 2011, la Demandante presentó una breve contestación al Memorial Posterior a la Audiencia sobre Jurisdicción de la Demandada, de conformidad con la Sección 2.2 de la Orden Procesal N° 3. La Demandante presentó una traducción al español el 7 de julio de 2011.
49. El 28 de junio de 2011, la Demandada presentó una carta ante el Tribunal en la que se oponía a la presentación por parte de la Demandante de un Informe Pericial conjuntamente con el Memorial Posterior a la Audiencia y argumentaba que esta presentación violaba la Orden Procesal N° 3.
50. El 29 de junio de 2011, la Demandante presentó una carta ante el Tribunal en la que refutaba la objeción de la Demandada y solicitaba que su Informe Pericial fuera considerado conjuntamente con sus otras presentaciones.
51. El 30 de junio de 2011, el Tribunal informó a las Partes que sus presentaciones recientes serían consideradas en la medida en que cumplieran con los términos de la Orden Procesal N° 3.
52. El 11 de julio de 2011, la Demandante presentó una carta ante el Tribunal, conjuntamente con un laudo recientemente publicado en otro caso.
53. El 13 de julio de 2011, el Tribunal solicitó a las Partes que se abstuvieran de presentar documentos adicionales que no se hubieran solicitado.
54. El 14 de julio de 2011, la Demandada solicitó el permiso del Tribunal para presentar comentarios y observaciones en respuesta a la carta de la Demandante de fecha 11 de julio de 2011.

55. El 18 de julio de 2011, el Tribunal rechazó la solicitud de permiso de la Demandada, debido al hecho de que la última presentación de la Demandante se había remitido luego del cierre de las actuaciones de la fase jurisdiccional conforme a la Orden Procesal N° 3 y, por consiguiente, había sido ignorada por el Tribunal. El Tribunal destacó que podría considerar todo laudo disponible al público dictado luego del cierre de las actuaciones en materia de jurisdicción y que el Tribunal podría pedirle a las Partes que realizasen comentarios al respecto, pero que el Tribunal no consideraba que fuera necesario comentario alguno de las Partes en ese momento. El Tribunal reiteró su solicitud de que las Partes se abstuvieran de realizar ninguna presentación adicional que no se les hubiera solicitado sin haber obtenido antes permiso por parte del Tribunal.
56. El 4 de noviembre de 2011 la Demandante hizo referencia a la reciente publicación de otro laudo disponible públicamente y solicitó que el Tribunal señalara si deseaba recibir comentarios de las Partes al respecto.
57. El 7 de noviembre de 2011, el Tribunal recordó que podría considerar laudos disponibles públicamente que se hubieran dictado luego del cierre de las actuaciones y les informó a las Partes que no consideraba que fuera necesario comentario alguno de las Partes en ese momento.
58. El 14 de diciembre de 2011, el Tribunal informó a las Partes que esperaba emitir su Laudo sobre Jurisdicción a mediados de enero de 2012.



E. LAS CUESTIONES JURISDICCIONALES

59. Sin perjuicio de la presentación completa por parte de las Partes de los detalles relativos a cuestiones de hecho y de derecho del caso, las cuestiones planteadas por las Partes en esta fase jurisdiccional se centran en cuatro temas principales.
60. El primer tema corresponde al período exigido de 18 meses de remisión a los tribunales locales argentinos antes de recurrir al arbitraje internacional y si cláusula de NMF le permite a la Demandante evadir este requisito por referencia a otros TBI que no imponen tal requisito (véase Sección G.I *infra*).
61. El segundo tema corresponde al alcance de la cláusula paraguas invocada por la Demandante, y si los reclamos de la Demandante que surgen del Contrato están cubiertos por el TBI. Asimismo, el hecho de si la Demandante está obligada a someter sus reclamos a los tribunales argentinos de conformidad con el artículo 23 del Contrato también constituye un tema controvertido (véase Sección G.II *infra*).
62. El tercer tema se refiere a si la Demandante ha prestado su aquiescencia respecto de las medidas sobre las que ahora reclama en su demanda y si su reclamo está prescripto (véase Sección G.III *infra*).
63. El cuarto tema corresponde a la cesión por parte de la Demandante de sus derechos en virtud del Contrato a Ostram y si la Demandante tiene capacidad para iniciar reclamos en este arbitraje como consecuencia de la cesión a Ostram (véase Sección G.IV *infra*).
64. Estas cuestiones han sido consideradas por el Tribunal en el mismo orden en que fueran argumentadas por las partes en sus presentaciones.

F. LAS PRINCIPALES DISPOSICIONES JURÍDICAS PERTINENTES

F.I. TBI ARGENTINA-REINO UNIDO

65. A fin de facilitar la referencia, las principales disposiciones pertinentes del TBI se presentan a continuación en sus dos versiones auténticas:

ARTÍCULO 2 Promoción y protección de inversiones	ARTICLE 2 Promotion and Protection of Investment
<p>(1) Cada Parte Contratante promoverá crear condiciones favorables para que inversores de la otra Parte Contratante inviertan capitales dentro de su respectivo territorio y, sujeto a su derecho de ejercer los poderes conferidos por su legislación, admitirá dichos capitales.</p> <p>(2) Las inversiones de inversores de cada Parte Contratante recibirán en toda ocasión un tratamiento justo y equitativo y gozarán de protección y seguridad constante en el territorio de la otra Parte Contratante. Ninguna Parte Contratante perjudicará de alguna manera con medidas injustificadas o discriminatorias la gestión, mantenimiento, uso, goce o liquidación en su territorio de las inversiones de inversores de la otra Parte Contratante. Cada Parte Contratante observará todo compromiso que haya contraído con relación a las inversiones de inversores de la otra Parte Contratante.</p>	<p>(1) Each Contracting Party shall encourage and create favourable conditions for investors of the other Contracting Party to invest capital in its territory, and, subject to its right to exercise powers conferred by its laws, shall admit such capital.</p> <p>(2) Investments of investors of each Contracting Party shall at all times be accorded fair and equitable treatment and shall enjoy protection and constant security in the territory of the other Contracting Party. Neither Contracting Party shall in any way impair by unreasonable or discriminatory measures the management, maintenance, use, enjoyment or disposal of investments in its territory of investors of the other Contracting Party. Each Contracting Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments of investors of the other Contracting Party.</p>
ARTÍCULO 3 Trato nacional y cláusula de la nación más favorecida	ARTICLE 3 National Treatment and Most-favoured-nation Provisions
<p>(1) Ninguna Parte Contratante someterá en su territorio las inversiones y las ganancias de inversores de la otra Parte Contratante a un trato menos favorable que el otorgado a las inversiones y ganancias de sus propios inversores o a las inversiones y ganancias de inversores de cualquier tercer Estado.</p> <p>(2) Ninguna Parte Contratante someterá en su territorio a los inversores de la otra Parte Contratante, en cuanto se refiere a la gestión, mantenimiento, uso, goce o liquidación de sus inversiones, a un trato menos favorable que el otorgado a sus propios inversores o a los inversores de cualquier tercer Estado.</p>	<p>(1) Neither Contracting Party shall in its territory subject investments or returns of investors of the other Contracting Party to treatment less favourable than that which it accords to investments or returns of its own investors or to investments or returns of investors of any third State.</p> <p>(2) Neither Contracting Party shall in its territory subject investors of the other Contracting Party, as regards their management, maintenance, use, enjoyment or disposal of their investments, to treatment less favourable than that which it accords to its own investors or to investors of any third State.</p>

[...]

[...]

ARTÍCULO 7
Excepciones

Las disposiciones del presente Convenio, relativas a la concesión de un trato no menos favorable del que se concede a los inversores de una de las Partes Contratantes o de cualquier tercer Estado, no serán interpretadas en el sentido de obligar a una Parte Contratante a conceder a los inversores de la otra Parte Contratante los beneficios de cualquier tratamiento, preferencia o privilegio proveniente de

(a) una unión aduanera existente o futura, un acuerdo de integración económica regional o cualquier acuerdo internacional semejante, al que una u otra de las Partes Contratantes haya adherido o pueda eventualmente adherir; o

(b) los acuerdos bilaterales que proveen financiación concesional respectivamente concluidos por la República Argentina con Italia el 10 de noviembre de 1987 y con España el 3 de junio de 1988; o

(c) un convenio o acuerdo internacional que esté relacionado en todo o principalmente con tributación o cualquier legislación interna que esté relacionada en todo o principalmente con tributación.

ARTÍCULO 8
Solución de controversias entre un inversor y el Estado receptor

(1) Las controversias relativas a una inversión que surjan, dentro de los términos de este Convenio, entre un inversor de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante, que no sean dirimidas amistosamente, serán sometidas a solicitud de cualquiera de las partes en la controversia a decisión del tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio la inversión se realizó.

(2) Las controversias arriba mencionadas serán sometidas a arbitraje internacional en los siguientes casos:

(a) a solicitud de una de las partes, en cualquiera de las circunstancias siguientes:

(i) cuando, luego de la expiración de un plazo de dieciocho meses contados a partir del momento en que la controversia fue sometida al

ARTICLE 7
Exceptions

The provisions of this Agreement relative to the grant of treatment not less favourable than that accorded to the investors of either Contracting Party or to the investors of any third State shall not be construed so as to oblige one Contracting Party to extend to the investors of the other the benefit of any treatment, preference or privilege resulting from

(a) any existing or future customs union, regional economic integration agreement or similar international agreement to which either of the Contracting Parties is or may become a party, or

(b) the bilateral agreements providing for concessional financing concluded by the Republic of Argentina with Italy on 10 December 1987 and with Spain on 3 June 1988 respectively, or

(c) any international agreement or arrangement relating wholly or mainly to taxation or any domestic legislation relating wholly or mainly to taxation.

ARTICLE 8
Settlement of Disputes Between an Investor and the Host State

(1) Disputes with regard to an investment which arise within the terms of this Agreement between an investor of one Contracting Party and the other Contracting Party, which have not been amicably settled shall be submitted, at the request of one of the Parties to the dispute, to the decision of the competent tribunal of the Contracting Party in whose territory the investment was made.

(2) The aforementioned disputes shall be submitted to international arbitration in the following cases:

(a) if one of the Parties so requests, in any of the following circumstances:

(i) where, after a period of eighteen months has elapsed from the moment when the dispute was submitted to the competent tribunal

tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión, dicho tribunal no haya emitido una decisión definitiva;

(ii) cuando la decisión definitiva del tribunal mencionado haya sido emitida pero las partes continúen en disputa;

(b) Cuando la Parte Contratante y el inversor de la otra Parte Contratante así lo hayan convenido.

(3) En caso de recurso al arbitraje internacional, el inversor y la Parte Contratante involucrados en la controversia pueden acordar someterla:

(a) al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, teniendo en cuenta, cuando proceda, las disposiciones del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, abierto a la firma en Washington D.C el 18 de marzo de 1965 (siempre y cuando ambas Partes Contratantes sean partes de dicho Convenio) y de la Facilidad Adicional para la Administración de Procedimientos de Conciliación, Arbitraje e Investigación); o

(b) a un árbitro internacional o tribunal de arbitraje ad hoc a ser designados por acuerdo especial o establecido de acuerdo con las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (C.N.U.D.M.I.).

Si, después de un período de tres meses a partir de la notificación escrita del reclamo, no se hubiera acordado uno de los procedimientos alternativos antes mencionados, dichas partes deberán someter la controversia a arbitraje conforme al Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional vigente en ese momento. Las partes en la controversia podrán acordar por escrito la modificación de dicho Reglamento.

(4) El tribunal arbitral decidirá la controversia de acuerdo con las disposiciones de este Convenio, el derecho de la Parte Contratante que sea parte en la controversia – incluidas las normas relativas a conflicto de leyes-, los términos de acuerdos especiales concluidos con relación a la inversión y los principios de derecho internacional que resulten aplicables. La decisión arbitral será definitiva y obligatoria

of the Contracting Party in whose territory the investment was made, the said tribunal has not given its final decision;

(ii) where the final decision of the aforementioned tribunal has been made but the Parties are still in dispute;

(b) where the Contracting Party and the investor of the other Contracting Party have so agreed.

(3) Where the dispute is referred to international arbitration, the investor and the Contracting Party concerned in the dispute may agree to refer the dispute either to:

(a) the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (having regard to the provisions, where applicable, of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States, opened for signature at Washington DC on 18 March 1965 (provided that both Contracting Parties are Parties to the said Convention) and the Additional Facility for the Administration of Conciliation, Arbitration and Fact-Finding Proceedings); or

(b) an international arbitrator or ad hoc arbitration tribunal to be appointed by a special agreement or established under the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law.

If after a period of three months from written notification of the claim there is no agreement to one of the above alternative procedures, the Parties to the dispute shall be bound to submit it to arbitration under the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law as then in force. The Parties to the dispute may agree in writing to modify these Rules.

(4) The arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with the provisions of this Agreement, the laws of the Contracting Party involved in the dispute, including its rules on conflict of laws, the terms of any specific agreement concluded in relation to such an investment and the applicable principles of international law. The arbitration decision shall be final and binding on both Parties.

(5) The provisions of this Article shall not apply where an investor of one Contracting Party is a natural person who has been

para ambas partes.

(5) Las disposiciones de este Artículo no se aplicarán cuando un inversor de una Parte Contratante sea una persona física que hubiese residido habitualmente en el territorio de la otra parte Contratante por más de dos años antes de la fecha de la inversión inicial y ésta no hubiese sido admitida en dicho territorio desde el extranjero. No obstante, si una controversia surgiere entre tal inversor y la otra Parte Contratante, las Partes Contratantes convienen en consultarse tan pronto como sea posible a fin de alcanzar una solución mutuamente aceptable.

ordinarily resident in the territory of the other Contracting Party for a period of more than two years before the original investment was made and the original investment was not admitted into that territory from abroad. But, if a dispute should arise between such an investor and the other Contracting Party, the Contracting Parties agree to consult together as soon as possible so that they can reach a mutually acceptable solution.



F.II. TBI ARGENTINA-LITUANIA

66. A fin de facilitar la referencia, las principales disposiciones pertinentes del TBI Argentina-Lituania se presentan a continuación en sus versiones auténticas en español e inglés:

Artículo 9 **Solución de controversias entre un inversor y la parte receptora de la inversión**

(1) Toda controversia relativa a las disposiciones del presente Acuerdo respecto de una inversión entre un inversor de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante, será, en la medida de lo posible, solucionada por consultas amistosas.

(2) Si la controversia no hubiera podido así ser solucionada en el término de seis meses a partir de la fecha en que hubiera sido planteada por una u otra de las partes, podrá ser sometida, a pedido del inversor a:

- los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión;
- arbitraje internacional en las condiciones descritas en el párrafo (3).

Una vez que un inversor haya sometido la controversia a los tribunales competentes mencionados de la Parte Contratante en la cual se realizó la inversión o al arbitraje internacional, la elección será definitiva.

(3) En el caso de recurso al arbitraje internacional, la controversia podrá ser llevada, a elección del inversor:

- al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (C.I.A.D.I.), creado por el "Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a las Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados", abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965, cuando cada Estado Parte en el presente Acuerdo haya adherido a aquél. Mientras esta condición no se cumpla, cada Parte Contratante da su consentimiento para que la controversia sea sometida al arbitraje conforme a las reglamentaciones del Mecanismo Complementario del C.I.A.D.I. para la

Article 9 **Settlement of Disputes between an investor and the host Contracting Party**

(1) Any dispute which arises within the terms of this Agreement concerning an investment between an investor of one Contracting Party and the other Contracting Party shall, if possible, be settled amicably.

(2) If the dispute cannot thus be settled within six months following the date on which the dispute has been raised by either party, it may be submitted, upon request of the investor, either to:

- The competent tribunal of the Contracting Party in whose territory the investment was made;
- International arbitration according to the provisions of Paragraph (3).

Where an investor has submitted a dispute to the aforementioned competent tribunal of the Contracting Party where the investment has been made or to international arbitration, this choice shall be final.

(3) In case of international arbitration, the dispute shall be submitted, at the investor's choice, either to:

- The International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID) created by the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and National of other States opened for signature in Washington on 18th March 1965, once both Contracting Parties herein become members thereof. As far as this provision is not complied with, each Contracting Party consents that the dispute be submitted to arbitration under the regulations of the ICSID Additional Facility for the Administration of Conciliation, Arbitration and Fact-Finding Proceedings,

Administración de Procedimientos de Conciliación, de Arbitraje o de Investigación, or
o

- a un tribunal de arbitraje establecido para cada caso de acuerdo con las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (C.N.U.D.M.I.).
- An arbitration tribunal set up from case to case in accordance with the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL).

(4) El tribunal arbitral decidirá en base a las disposiciones del presente Acuerdo, el derecho de la Parte Contratante que sea parte en la controversia, incluidas las normas relativas a conflictos de leyes a los términos de eventuales acuerdos específicos concluidos con relación a la inversión como así también a los principios pertinentes del derecho internacional en la materia.

(4) The arbitration tribunal shall decide in accordance with the provisions of this Agreement, the laws of the Contracting Party involved in the dispute, including its rules on conflict of law, the terms of any specific agreement concluded in relation to such an investment and the relevant principles of international law.

(5) Los fallos del tribunal arbitral será definitivos y obligatorios para las partes en la controversia. Cada Parte Contratante las ejecutará de conformidad con su legislación.

(5) The arbitral decisions shall be final and binding for the parties in the dispute. Each Contracting Party shall execute them in accordance with its laws.³

³ Traducción al inglés extraída de UNITED NATIONS TREATY SERIES, Tomo 2033, págs. 264-265.

F.III. CONVENCION DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS

67. Las principales disposiciones pertinentes de la CVDT se presentan a continuación en español e inglés:

SECCIÓN 3. INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS

SECTION 3. INTERPRETATION OF TREATIES

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 estos 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:
 - (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 forma 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.

ARTICLE 31

General rule of interpretation

1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.
2. The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes:
 - (a) any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connection with the conclusion of the treaty;
 - (b) any instrument which was made by one or more parties in connection with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty.
3. There shall be taken into account, together with the context:
 - (a) any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions;
 - (b) any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation;
 - (c) any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.
4. A special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended.

ARTÍCULO 32

Medios de interpretación complementarios

Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos

ARTICLE 32

Supplementary means of interpretation

Recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory

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.

work of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to confirm the meaning resulting from the application of article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to article 31:

- (a) leaves the meaning ambiguous or obscure; or
- (b) leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable.



G. SÍNTESIS DE LOS ARGUMENTOS DE LAS PARTES

G.I. EL REQUISITO PREVIO AL ARBITRAJE DEL ARTÍCULO 8 DEL TBI Y LA INVOCACIÓN DE LA CLÁUSULA DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA EN EL ARTÍCULO 3

1. Argumentos de la Demandada

68. La Demandada sostiene que este reclamo cae fuera de la jurisdicción del Tribunal porque la Demandante no ha cumplido con los requisitos establecidos en el artículo 8 del TBI, que exigen que la controversia sea sometida a los tribunales argentinos durante un período de 18 meses antes de recurrir al arbitraje internacional. De acuerdo a la Demandada, la Demandante no puede invocar la cláusula de Nación Más Favorecida en el artículo 3 del TBI para evitar este requisito jurisdiccional por referencia a las disposiciones supuestamente menos exigentes del TBI Argentina-Lituania.

(i) *El sometimiento previo de las controversias a los tribunales nacionales argentinos durante un período de 18 meses es un requisito de jurisdicción*

69. La Demandada sostiene que el artículo 8 del TBI “articula un sistema de resolución de controversias secuencial de múltiples etapas” en el cual todos los incisos del artículo “son interdependientes y están interrelacionados”⁴. El TBI limita el consentimiento del Estado al arbitraje al estricto cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 8 del TBI. Por lo tanto, dado que la Demandante no ha sometido -y ni siquiera ha intentado someter- su reclamo a los tribunales nacionales argentinos durante un período de 18 meses como lo exige el artículo 8(1) y (2), no ha cumplido con el requisito jurisdiccional en virtud del TBI y no puede recurrir al arbitraje internacional⁵.

70. Para avalar su calificación sobre la naturaleza del artículo 8(1) y (2), la Demandada hace referencia a los casos *Maffezini c. España*⁶ y *Wintershall c. República Argentina*⁷, en los que se concluyó que disposiciones similares a aquella del TBI que nos ocupa constituyen requisitos jurisdiccionales y no meros pasos procesales. Estos tribunales determinaron que la redacción del TBI impone una obligación, y no una mera opción. En subsidio, la Demandada sostiene que la presente es una cuestión de admisibilidad y que, en cualquier caso, los requisitos de los artículos 8(1) y (2) del TBI Reino Unido-Argentina no pueden percibirse como meramente procesales, en lugar de

⁴ R I, ¶7.

⁵ R II, ¶2; R III, ¶¶16-19.

⁶ *Maffezini c. Reino de España*, Caso CIADI N° ARB/97/7, Decisión sobre Objeción a la Jurisdicción, 25 de enero de 2000 (en adelante, “*Maffezini*”), ¶¶34-37.

⁷ *Wintershall Aktiengesellschaft c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/04/14, Laudo, 8 de diciembre de 2008 (en adelante, “*Wintershall*”), ¶¶133-153.

jurisdiccionales, dado que establecen condiciones que se relacionan con una etapa que antecede a los procedimientos de arbitraje⁸. La Demandada cita numerosos fallos de la CIJ y tribunales arbitrales internacionales para respaldar su argumento⁹.

71. Asimismo, la Demandada afirma que el uso del verbo “deber” en el artículo 8(1) del TBI sugiere claramente la idea de una obligación de recurrir en primer término a los tribunales locales antes de someter la controversia al arbitraje internacional. Incluso si hubiera de considerarse el requisito como procesal, no podría dejarse de lado por nadie más que por las partes del Tratado¹⁰. En este sentido, el tribunal en *Murphy c. Ecuador* afirmó recientemente que los requisitos procesales no pueden ignorarse sin dar origen a consecuencias procesales¹¹. Si no se cumplen con las condiciones a las que un Estado sujetó su consentimiento a la jurisdicción del arbitraje internacional, no existe consentimiento a la jurisdicción¹².
72. Es más, el tribunal de *Wintershall* rechazó, asimismo, la idea de que el recurso a los tribunales locales durante un período de 18 meses podría ser tratada como un mero período de espera, como asevera la Demandante. El análisis del tribunal fue el siguiente:

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 “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 que “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 10¹³.

⁸ Transcripción de la Primera Audiencia sobre Jurisdicción, 1^{er} día (versión en inglés), págs. 35, 4-12.

⁹ Caso relativo a *Actividades Armadas en el Territorio del Congo* (República Democrática del Congo c. Ruanda), Sentencia del 3 de febrero de 2006, 2006 ICJ Reports, 6 ¶¶87-88; *Caso relativo a la Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial* (Georgia c. Federación Rusa), Decisión sobre Objeción Preliminar, Sentencia de 1 de abril de 2011, CIJ, ¶¶133-134; *Wintershall*, *supra* nota 7, ¶127 y ¶145; *Murphy Exploration and Production Company c. República de Ecuador*, Caso CIADI N° ARB/08/4, Decisión sobre Jurisdicción, 15 de diciembre de 2010 (en adelante, “*Murphy*”), ¶142.

¹⁰ R II, ¶7.

¹¹ R II, ¶8. *Murphy*, nota 9 *supra*, ¶142.

¹² R II, ¶9; R III, ¶25.

¹³ *Wintershall*, nota 7 *supra*, ¶145.

73. Más aún, este requisito jurisdiccional representa una cuestión vital del derecho internacional¹⁴ y no puede ser soslayado simplemente porque se aduce que es “excesivo”, “genera ineficiencia y desigualdad”, o que sería “inútil ya que la controversia no se resolvería en dieciocho meses”¹⁵.
74. En primer lugar, fue la Demandante quien dejó transcurrir ocho años entre la adopción de las primeras medidas cuestionadas y el sometimiento de esta controversia, un hecho que en sí mismo, hace caer el argumento de la Demandante sobre la futilidad de recurrir a los tribunales locales¹⁶. Es más, el hecho de que la Demandante haya realizado previamente reclamos administrativos es irrelevante. Frente al silencio de las autoridades administrativas, la Demandante podría haber recurrido a los tribunales, como lo reconociera el propio experto de la Demandante¹⁷. En efecto, la afirmación de la Demandante de que intentó resolver amigablemente la controversia en cumplimiento del artículo 8(1) del TBI indica que la Demandante ha sido selectiva en el cumplimiento de las disposiciones de resolución de controversias, de ese modo contradiciendo su propia tesis de que estas disposiciones deberían ser reemplazadas por un mecanismo más favorable establecido en otro tratado¹⁸.
75. En segundo lugar, en cuanto a los argumentos relativos a la “ineficiencia e inequidad, en que la controversia no se resolvería en el período de dieciocho meses”, la Demandante no ha presentado evidencia de que haya sufrido impedimentos para presentar reclamos judiciales ante los tribunales locales, ni de que no recibiría la tutela judicial efectiva de sus derechos¹⁹.
76. En tercer lugar, la Demandada observa que, de acuerdo al informe del experto Ismael Mata, “el sistema jurídico argentino dispone de una amplia gama de posibilidades para que la Demandante someta su reclamo ante los tribunales locales de manera ágil y finalmente que dicho reclamo se decida dentro de los términos del Tratado”²⁰ [Traducción libre]. En efecto, la Demandada enfatiza que el TBI no le impone a la Demandante la necesidad de agotar los recursos locales o incluso litigar la controversia ante los tribunales argentinos durante 18 meses. Por el contrario, la Demandante podría iniciar una acción y obtener una decisión definitiva de un juez argentino competente (quien está obligado a darle supremacía a un tratado internacional como el TBI por sobre las leyes nacionales) antes del vencimiento de ese período, adquiriendo de este modo el derecho a referir la controversia al arbitraje internacional, si así lo desea²¹. De lo contrario, en caso de que no se hubiera resuelto la controversia una vez vencido el

¹⁴ Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción, 1^{er} día (versión en inglés), pág. 29, 2-9.

¹⁵ R I, ¶12; R III, ¶21.

¹⁶ R II, ¶11.

¹⁷ R II, ¶12; Informe Pericial de D. Alberto B. Bianchi de 24 de enero de 2011 (en adelante, “Primer Informe Bianchi”) ¶38.

¹⁸ R III, ¶24; Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción, 1^{er} día (versión en inglés), pág. 28, 5-18.

¹⁹ R II, ¶13.

²⁰ Informe Pericial de D. Ismael Mata de 8 de noviembre de 2010 (en adelante, “Primer Informe Mata”); Informe Pericial de D. Ismael Mata, sin fecha (en adelante, “Segundo Informe Mata”), ¶¶19-20; R I, ¶14.

²¹ Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción, 1^{er} día (versión en inglés), págs. 29-31.

plazo de 18 meses, sea debido a la falta de una decisión definitiva u otra causa, la Demandante puede posteriormente someter la controversia a arbitraje²². El argumento de la Demandante de que finalmente no se habría resuelto la controversia dentro de los 18 meses es por tanto irrelevante.

77. Por último, con respecto al argumento de la Demandante de que incurriría en costos adicionales, la Demandada alega que ha quedado probado que en Argentina los costos de un proceso judicial son lo suficientemente módicos como para no impedir a nadie el acceso a la justicia, y hace referencia al Segundo Informe Mata en este sentido²³.
78. En conclusión, la Demandante no ha probado que el requerimiento de someter la controversia en primer lugar a los tribunales locales sea fútil y dado que la Demandante ha incumplido el artículo 8(1) y (2) del TBI, no ha cumplido el requisito para establecer jurisdicción arbitral.

(ii) El artículo 8 del TBI forma parte de la “oferta de arbitraje” y no puede ser modificada por la Demandante

79. Asimismo, la Demandante sostiene que el requisito del sometimiento previo de la controversia a los tribunales locales antes de iniciar el procedimiento arbitral internacional “forma parte de la oferta de arbitraje realizada por las Partes Contratantes en virtud del TBI”²⁴. Esta oferta unilateral permanente debe ser aceptada por el inversor a fin de que exista un acuerdo de arbitraje. Un inversor, como la Demandante, puede o no aceptar la oferta según aparezca en el TBI, pero no puede modificarla de manera unilateral. En este caso, el período de 18 meses durante el cual la controversia debe ser sometida a los tribunales locales es un prerrequisito esencial para instituir el procedimiento arbitral y constituye una parte integral de la oferta permanente del Estado receptor para el arbitraje de controversias. El consentimiento al arbitraje por parte del Estado receptor “se construye sobre la condición de haber sometido primero ante los tribunales competentes del Estado Receptor toda diferencia para su resolución por los tribunales locales”²⁵. La Demandante hace referencia a numerosos laudos arbitrales, así como a casos de la CIJ para respaldar esta opinión²⁶.

(iii) Como regla, las cláusulas de NMF no se aplican a cuestiones de jurisdicción

80. La Demandada observa que la jurisdicción internacional se construye sobre el principio del consentimiento. Luego procede a razonar que, dado que la cláusula de NMF no es un acuerdo de arbitraje, y no forma parte de la oferta de arbitraje, debe constituir un consentimiento de arbitraje independiente a fin de aplicarse a cuestiones de jurisdicción.

²² Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción, 1^{er} día (versión en inglés), pág. 29, 17-22.

²³ R II, ¶15; Segundo Informe Mata, ¶¶46-49.

²⁴ R I, ¶18.

²⁵ R I, ¶22.

²⁶ Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción, 1^{er} día (versión en inglés), págs. 31-35.

Dicho consentimiento tendría que derivar de la intención clara e inequívoca de las Partes Contratantes del TBI y por lo tanto no podría resultar de la incorporación de las disposiciones sobre resolución de diferencias de otros tratados a través de la aplicación de la cláusula de NMF²⁷. El hacerlo, de acuerdo a la Demandada, haría que los requisitos contenidos en la disposición sobre resolución de controversias del TBI no tuvieran sentido, ya que cualquier inversor podría eludirlas²⁸.

81. La Demandada sostiene que el consentimiento en virtud del derecho internacional público debe ser “inequívoco” y cita un pasaje de *Djibouti c. Francia* en el que la CIJ resumió su jurisprudencia sobre el consentimiento de la siguiente manera:

El consentimiento que le permita a la Corte asumir jurisdicción debe ser cierto... Como la Corte lo ha explicado recientemente, cualquiera que sea la base del consentimiento la actitud del Estado demandado debe “ser capaz de ser considerada como ‘una indicación inequívoca’ del deseo de que el Estado acepte la jurisdicción de la Corte de manera ‘voluntaria e indiscutida’”²⁹.

82. Más aún, la Demandada hace referencia al caso *República Democrática del Congo c. Ruanda* en el cual la CIJ sostuvo que la observancia de una disposición sobre solución de controversias es una *conditio sine qua non* para el ejercicio de la jurisdicción por parte de un tribunal internacional. La Demandada concluye que la cláusula de la NMF no puede aplicarse en aras de modificar una cláusula jurisdiccional, a menos que exista una disposición expresa en tal sentido³⁰.

83. Más específico al arbitraje de tratados de inversión, la Demandada cita al tribunal de *Plama*³¹ que sostuvo que “una disposición de NMF en un tratado básico no incorpora por referencia disposiciones de solución de controversias en todo o en parte establecidas en otro tratado excepto que en el tratado básico no queden dudas de que los Estados Contratantes tuvieron la intención de incorporarlas.” La Demandada, asimismo, hace referencia a fallos similares que fueron dictados por los tribunales en *Berschader*³², *Tecmed*³³, *Salini*³⁴, *Telenor*³⁵, y *Wintershall*³⁶.

²⁷ R I, ¶25; R II, ¶¶17-18; R III, ¶26; Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción, 1^{er} día (versión en inglés), págs. 40-42.

²⁸ Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción, 2^{do} día (versión en inglés), págs. 22:: 4-23::4.

²⁹ Caso relativo a *Determinadas Cuestiones de Asistencia Mutua en Cuestiones Penales (Djibouti c. Francia)*, Sentencia de 4 de junio de 2008, 2008 ICJ Reports 177, ¶62.

³⁰ R II, ¶¶19-20. *Caso concerniente a las Actividades Armadas en el Territorio del Congo (Nueva Solicitud: 2002) (República Democrática del Congo c. Ruanda)*, Sentencia del 3 de febrero de 2006, 2006 ICJ Reports 6, ¶¶91-93.

³¹ *Plama Consortium Limited c. Bulgaria*, Caso CIADI N° ARB/03/24, Decisión sobre Jurisdicción, 8 de febrero de 2005 (en adelante, “*Plama*”), ¶223.

³² *Berschader y Berschader c. Federación Rusa*, Caso CCE N° 080/2004, Laudo y Corrección, firmado el 21 de abril de 2006 (en adelante, “*Berschader*”), ¶181.

³³ *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. México*, Caso CIADI N° ARB(AF)/00/2, Laudo, 29 de mayo de 2003 (en adelante, “*Tecmed*”), ¶74.

³⁴ *Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. c. Reino Hachemita de Jordania*, Caso CIADI N° ARB/02/13, Decisión sobre Jurisdicción, 15 de noviembre de 2004 (en adelante, “*Salini*”) ¶¶118-119.

84. La Demandada enfatiza que la determinación de si existe consentimiento al arbitraje no es la misma que la interpretación del alcance de un acuerdo de arbitraje cuya existencia ha quedado establecida. En el presente caso, la Demandante pretende establecer la existencia de un acuerdo de arbitraje bien definido e independiente a través de la operación de la cláusula de NMF. Por lo tanto, para que una cláusula de NMF sirva como dicha disposición de resolución de controversias, la intención de las Partes Contratantes debe ser clara e inequívoca, en caso de que no exista, la cláusula de NMF no puede aplicarse a cuestiones jurisdiccionales. En el caso que nos ocupa, el TBI carece de dicha intención clara e inequívoca.
85. La Demandada incluso cuestiona que la Demandante se apoye en determinados autores académicos para dar sustento a su argumento a favor de la extensión de la cláusula de NMF a las disposiciones sobre solución de controversias, y en particular observa que Peter Turner “no dice lo que la Demandante afirma. Al contrario, incluso respalda la posición de Argentina al sostener que el Tratado contiene ‘una oferta de arbitraje’ hecha por los Estados Contratantes, cuyos términos deben ser aceptados por el inversor a fin de poder someter la controversia a arbitraje”³⁷.
86. Por último, con referencia a los argumentos de la Demandante basados en el caso *Maffezini*³⁸ para invocar una interpretación más amplia de la cláusula de NMF, la Demandada observa que la decisión de *Maffezini* se basó en la errónea interpretación del caso *Ambatielos*³⁹. En particular, la Demandada enfatiza que “la cita de la Comisión sobre la cláusula de NMF sobre la que se basa el tribunal de *Maffezini* se refería a cuestiones sustanciales y jamás pudo referirse a cuestiones de procedimiento”⁴⁰.
87. En este sentido, la Demandada hace referencia al Profesor Zachary Douglas quien concluye que el caso *Ambatielos* es irrelevante:

Este análisis del caso *Ambatielos* revela que la decisión en abstracto de la Comisión Arbitral de que el alcance de la cláusula NMF expresada de manera de relacionarse con el ‘comercio y la navegación’ pueda abarcar ‘la administración de justicia’ es de poca importancia para decidir si la CNMF expresada en términos generales puede abarcar el encuadre jurisdiccional para la presentación de reclamos a arbitrajes internacionales.⁴¹

³⁵ *Telenor Mobile Communications AS c. Hungría*, Caso CIADI N° ARB/04/15, Laudo, 13 de septiembre de 2006 (en adelante, “*Telenor*”), ¶91.

³⁶ *Wintershall*, *supra* nota 7, ¶167.

³⁷ R II, ¶¶21-24; PETER J. TURNER Ch. 10 – *Investor-State Arbitration* in *Managing Business Disputes in Today’s China: Duelling with Dragons* (Michael J. Moser ed., 2007), pág. 235 (C-LA-47).

³⁸ *Maffezini*, *supra* nota 6.

³⁹ R II, ¶¶25-26; Caso *Ambatielos*, Laudo de la Comisión de Arbitraje establecida por el acuerdo firmado el 24 de febrero de 1955 entre el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Gobierno de Grecia, 6 de marzo de 1951, REPORTS OF INTERNATIONAL ARBITRAL AWARDS, Tomo XII, (en adelante, “*Ambatielos*”), pág. 106 (R-LA-22).

⁴⁰ R II, ¶¶26-34.

⁴¹ ZACHARY DOUGLAS, *INTERNATIONAL LAW OF INVESTMENT CLAIMS* (2009), pág. 355 (R-LA-60).

(iv) Del texto del tratado no surge una intención clara e inequívoca de aplicar la cláusula de NMF

88. La Demandada afirma que el artículo 3 del TBI debe interpretarse de acuerdo con las reglas de interpretación de los tratados comprendidas en los artículos 31 y 32 de la CVDT. Conforme al artículo 31, el punto de partida de toda interpretación de un tratado es el sentido corriente del texto, en lugar de intentar determinar extrínsecamente la intención de las partes. Por lo tanto, cuando el sentido corriente del texto es claro, no debería recurrirse a otros medios de interpretación. Esto ha sido confirmado por numerosos casos de la CIJ y trabajos académicos⁴². Más aún, la Demandada argumenta que los únicos intérpretes auténticos de los tratados son los propios Estados, por ser las únicas partes en ellos. Por consiguiente, la opinión de la Demandante respecto de la intención de las Partes Contratantes debería ser ignorada⁴³.
89. Asimismo, al interpretar la cláusula de NMF, también debe aplicarse el principio *ejusdem generis*. En consecuencia, una cláusula de NMF “sólo puede atraer cuestiones que pertenezcan a la misma categoría de tema a la que se refiere la propia cláusula”⁴⁴. La Demandada declara que “el hecho de que el mecanismo para la ‘solución de controversias’ no esté incluido entre las cláusulas que se pueden importar de otros tratados es prueba suficiente de que los Estados Contratantes no han tenido la intención de incluirla”⁴⁵. Si bien la Demandante reconoce la aplicabilidad de este principio, la Demandada asevera que la Demandante argumenta erróneamente que este principio es la regla principal a aplicar en la interpretación de la cláusula de NMF, contrariamente a las disposiciones de la CVDT en materia de interpretación de tratados⁴⁶.
90. Con respecto a la interpretación textual del artículo 3 del TBI, la Demandada observa que ambos párrafos del artículo coinciden en establecer qué tipo de conducta puede ser contraria a la cláusula de NMF al indicar que ninguna de las Partes Contratantes “someterá...a un trato...” De acuerdo a la Demandada, el verbo “someter” (en contraposición al verbo “otorgar” utilizado en otros TBI concluidos por la Demandada) tiene una connotación negativa que implica que no toda conducta está cubierta por la cláusula de NMF. Además, la utilización del sustantivo “trato” implica una limitación a los derechos sustantivos de los inversores.⁴⁷

⁴² R I, ¶¶32-35. *Caso concerniente al Laudo Arbitral del 31 de Julio de 1989 (Guinea-Bissau c. Senegal)*, Sentencia de 12 de noviembre de 1991, CIJ, ¶48, citando *Caso concerniente a la Competencia de la Asamblea General para la Admisión de un Estado a las Naciones Unidas, Opinión Consultiva de 3 de marzo de 1950*, CIJ, 1950, pág. 8; *Caso concerniente a la Delimitación Marítima y Cuestiones Territoriales entre Qatar y Bahrein (Qatar c. Bahrein)*, Sentencia de 15 de febrero de 1995, CIJ, ¶33.

⁴³ R II, ¶35; CARLOS FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, *LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS INTERNACIONALES* (1996), pág. 55 (R-LA-62).

⁴⁴ R I, ¶¶35-36. *Ambatielos*, nota 39 *supra*, pág. 107.

⁴⁵ R II, ¶52; R III, ¶32.

⁴⁶ R II, ¶¶37-39.

⁴⁷ R I, ¶¶37-39, R II, ¶¶41-43.

91. La Demandada cita al tribunal que entendía en el caso *Telenor*, que determinó la existencia de dicha distinción entre derechos procesales y sustantivos y su relación con las cláusulas de NMF:

Ante la ausencia de redacción o contexto que sugieran lo contrario, el sentido corriente de “las inversiones recibirán trato no menos favorable que el otorgado a las inversiones realizadas por los inversores de cualquier tercer Estado” es que los derechos *sustantivos* del inversor con respecto a las inversiones recibirán trato no menos favorable que en virtud de un TBI entre el Estado receptor y un tercer Estado, y no hay garantía alguna que permita interpretar que la frase anterior también importa derechos *procesales*. Una cosa es establecer que el inversor debe gozar del beneficio del trato de NMF con relación a sus inversiones pero otra cosa muy diferente es utilizar una cláusula de NMF incluida en un TBI para dejar de lado una limitación contenida en el mismo TBI cuando las partes no han elegido una redacción de la cláusula de NMF que demuestre una intención de hacerlo, como ha sido el caso de algunos TBI⁴⁸. [Traducción libre].

92. Asimismo, la Demandada cita el fallo del caso *Berschader* a tal efecto⁴⁹. Dicha conclusión fue reforzada por el hecho de que la expresión “en su territorio” (también presente en el artículo 3 del presente TBI) “parece indicar que lo que las Partes contratantes tenían en la mira eran los derechos sustanciales otorgados a los inversores dentro del territorio de los Estados Contratantes”⁵⁰ [Traducción libre]. Por lo tanto, el alcance de la cláusula de NMF se limita a las cuestiones que tienen lugar dentro de su territorio, lo que no incluye el recurso a la resolución de controversias internacionales⁵¹.
93. La Demandante también establece una distinción entre los párrafos (1) y (2) del artículo 3 del TBI Argentina-Reino Unido con respecto al alcance de la cláusula de NMF: mientras que el primero es aplicable a las “inversiones y las ganancias de inversores”, el segundo es aplicable a los “inversores” y se limita a la “gestión, mantenimiento, uso, goce o liquidación” de sus inversiones. En consecuencia, la Demandada concluye que las partes del TBI acordaron expresamente protecciones de NMF más amplias para las inversiones y las ganancias que para los inversores⁵². Asimismo, arguye que la redacción deliberada de la disposición de NMF aplicable a los inversores – a saber, los autorizados a invocar las disposiciones del tratado en materia de resolución de controversias – indica que el tratamiento de NMF al que tienen derecho no es absoluto y que se limita a las cuestiones mencionadas expresamente en el artículo 3(2). En consecuencia, esta disposición se relaciona con determinadas protecciones sustantivas concedidas a un inversor y no con la solución de controversias. Se refiere a las actividades u operaciones diarias de la inversión, que claramente no comprenden sucesos excepcionales, tales como la institución de un proceso legal contra el Estado receptor. Esta interpretación tiene el sustento del artículo 2(2) del TBI, que también hace referencia a la “gestión, mantenimiento, uso, goce o liquidación” con relación a

⁴⁸ *Telenor*, nota 35 *supra*, ¶92.

⁴⁹ *Berschader*, nota 32 *supra*, ¶185.

⁵⁰ *Berschader*, nota 32 *supra*, ¶ 185; R II, ¶40.

⁵¹ R III, ¶30; Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción, 1^{er} día (versión en inglés), pág. 39: 7-16.

⁵² Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción, 1^{er} día (versión en inglés), pág. 27: 22-25, y pág. 38: 1-19. Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción, 2^{do} día (versión en inglés), págs. 18:11-19:10.

“medidas injustificadas o discriminatorias”. La diferencia de naturaleza entre la cláusula de solución de controversias y las disposiciones sustantivas es aún más evidente en el artículo 21 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, que reconoce expresamente que la cláusula compromisoria se considerará un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato⁵³.

94. La Demandada además argumenta que la cláusula de NMF del TBI no incluye una referencia a las frases “todas las cuestiones” o “todas las materias” invocadas por los tribunales, tales como el que conocía del caso *Maffezini c. España*⁵⁴, al momento de realizar una interpretación amplia del alcance de disposiciones de NMF incluidas en otros TBI. La Demandada menciona varios tribunales que han rehusado extender el alcance de la cláusula de NMF a la solución de controversias cuando la redacción de la cláusula ni la preveía explícitamente ni contemplaba “todos los derechos o todas las materias comprendidas en el tratado”⁵⁵.
95. Asimismo, tal como la propia Demandante lo reconociera, la Demandada afirma que la ubicación de la disposición sobre solución de controversias es pertinente a efectos de la interpretación de la cláusula de NMF. Además, la Demandada alega que la ubicación de la cláusula de NMF entre las disposiciones relativas al trato sustantivo constituye un indicio más de que las partes del TBI no pretendían extender su aplicación a las cuestiones sobre resolución de controversias, que son abordadas en las disposiciones finales del tratado⁵⁶. Por consiguiente, la Demandada concluye que la disposición sobre resolución de controversias no se encuentra comprendida dentro del alcance de la cláusula de NMF⁵⁷.
96. Contrariamente al argumento de la Demandante según el cual, puesto que las excepciones al trato de NMF incluidas en el artículo 7 del TBI no hacen referencia a ninguna cuestión vinculada a la solución de controversias, la cláusula de NMF debe ser aplicable a la disposición sobre solución de controversias, la Demandada afirma que el principio *expressio unius exclusio alterius* es sólo un medio complementario de interpretación que no puede determinar el resultado de la interpretación cuando un tratado contiene otros elementos determinantes. Por el contrario, la Demandada destaca que el hecho de que las excepciones enumeradas en el artículo 7 del TBI no tuvieran relación alguna con la solución de controversias, tal como lo reconoce la Demandante, indica que las Partes Contratantes ya no contemplaban la aplicación de la cláusula de NMF a las cuestiones sobre solución de controversias. La Demandada declara que las Partes Contratantes sólo incluyeron excepciones en aquellos aspectos en los que consideraban que podía llegar a haber alguna duda sobre el alcance de la cláusula de NMF⁵⁸. El hecho de que la posición de la Demandante fuera aceptada implicaría la

⁵³ R I, ¶¶46-50; R II, ¶¶ 53-54; R II, ¶¶ 55-56; R III, ¶28; Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción, 1^{er} día (versión en inglés), págs. 39: 17 – 40:2.

⁵⁴ R I, ¶¶46-50; *Maffezini*, nota 6 *supra*, ¶49.

⁵⁵ R I, ¶¶48-49; *Salini*, nota 34 *supra*, ¶¶118-119; *Telenor*, nota 35 *supra*, ¶98.

⁵⁶ R III, ¶32; Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción, 1^{er} día (versión en inglés), pág. 37:8-21.

⁵⁷ R II, ¶¶ 46-48.

⁵⁸ R I, ¶¶51-52.

conclusión “absurda” de que las disposiciones *ratione temporis* del tratado también se encuentran dentro del alcance de la cláusula de NMF⁵⁹.

97. Por último, la Demandada argumenta que la referencia al supuesto propósito del TBI no autoriza a incumplir el artículo 8. Aun si la Demandante afirmara que el requisito de recurrir a los tribunales internos por un período de 18 meses frustraría el propósito del TBI, la Demandada alude al tribunal del caso *Wintershall* que en este aspecto resolvió lo siguiente:

El invocar el preámbulo del TBI para respaldar el acceso directo e irrestricto al arbitraje del CIADI también es una equivocación. La afirmación [...] 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 iniciativa económica privada e incrementar el bienestar de ambos pueblos. El “tratado” es el propio TBI.

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-Alemania⁶⁰.

98. Según la Demandada, la alegación de la Demandante en cuanto al “objeto y fin” del TBI se basa en la redacción equivalente analizada por el tribunal del caso *Wintershall* y debería desestimarse por las mismas razones, que han sido reiteradas por diversos tribunales y académicos⁶¹. Asimismo, la Demandada destaca que, contrariamente a los argumentos planteados por la Demandante, la redacción de la cláusula de NMF analizada en el caso *Wintershall*, en realidad, era más amplia que la cláusula de NMF incluida en el TBI que nos ocupa, ya que contemplaba “actividades relacionadas con las inversiones”⁶². La Demandada concluye que no hay ningún motivo que permita sostener que el “objeto y fin” del TBI autoriza a incumplir con los requerimientos del artículo 8(1) y (2) del TBI.

⁵⁹ R II, ¶49.

⁶⁰ *Wintershall*, *supra* nota 7, ¶¶154-155.

⁶¹ *Plama*, nota 31 *supra*, ¶ 163; DOUGLAS, nota 41 *supra*, pág. 345.

⁶² R III, ¶29; Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción, 2^{do} día (versión en inglés), págs. 17: 15-20: 9.

(v) *La práctica habitual de las Partes Contratantes confirma que la cláusula de NMF del Tratado no se aplica a cuestiones sobre solución de controversias*

99. Según la Demandada, la práctica del Reino Unido en la celebración de TBIs muestra que, cuando ha querido extender la aplicación de la cláusula de NMF a las disposiciones sobre solución de controversias, lo ha hecho en forma clara e inequívoca. Entre los años 1975 y 1989, el Reino Unido celebró 35 TBIs. Ninguno de ellos establecía que la cláusula de NMF se aplicaría a cuestiones sobre solución de controversias. Sin embargo, a partir del año 1990, algunos TBIs celebrados por el Reino Unido comienzan a incluir en los artículos sobre el trato de la NMF un párrafo adicional que extiende el trato de la NMF a las cláusulas sobre solución de controversias. Luego de haber celebrado un primer TBI con esta clara ampliación del trato de la NMF (el TBI Burundi-Reino Unido, celebrado el 13 de septiembre de 1990), el Reino Unido procedió a suscribir otros TBIs que no incluían este lenguaje específico (por ej., el TBI Argentina-Reino Unido, celebrado el 11 de diciembre de 1990)⁶³.
100. La frase “para evitar toda duda...” que, en ocasiones, precede a la disposición que extiende el alcance del trato de NMF no afecta esta conclusión. Esta frase, cuyo uso es inconstante, sólo demuestra la intención clara e inequívoca de incluir disposiciones sobre solución de controversias dentro del alcance de la cláusula de NMF de un tratado específico cuando el consentimiento al arbitraje de otro modo no quedaría claro⁶⁴ y no refleja intención alguna respecto de la interpretación de TBIs anteriores⁶⁵. En este aspecto, el tribunal que entendía en el caso *Wintershall* resolvió lo siguiente:

Comúnmente, una cláusula de la NMF no operaría como un modo de reemplazar un medio de resolución de diferencias por otro. 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”⁶⁶.

101. Por lo tanto, la Demandada concluye que el Tribunal no debería extender el alcance de la cláusula de NMF cuando dicha cláusula no contiene una indicación clara e inequívoca de que es aplicable a las disposiciones sobre solución de controversias.

(vi) *Subsidiariamente, las circunstancias del caso no permiten aplicar la cláusula de NMF a las disposiciones sobre solución de controversias*

102. En subsidio, la Demandada alega que aun cuando el Tribunal hubiera de adoptar una interpretación amplia de la cláusula de NMF, esta cláusula, no obstante, no podría ser aplicable a las disposiciones sobre solución de controversias dadas las circunstancias del caso que nos ocupa.

⁶³ R I, ¶¶59-69; R III, ¶33.

⁶⁴ Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción, 2^{do} día (versión en inglés), págs. 20:10 – 22: 3.

⁶⁵ R I, ¶¶63-64.

⁶⁶ *Wintershall*, nota 7 *supra*, ¶167.

103. En primer lugar, la cláusula de los 18 meses es una cláusula esencial del Tratado que fue especialmente negociada por la Argentina, no sólo en este TBI, sino también en muchos otros. Sin embargo, no se encuentra uniformemente incluida en cada TBI de la Argentina. Esto demuestra la intención de las Partes Contratantes de incluirla como disposición especial y vinculante. Asimismo, la Demandada resalta que, luego de suscribir tratados que no incluían la cláusula de los 18 meses, la Argentina continuó suscribiendo tratados que sí incluían este requisito⁶⁷. Esto constituye otra prueba de que la cláusula de los 18 meses no estaba destinada a ser contemplada por la cláusula de NMF: ¿por qué otra razón habría la Argentina continuado celebrando TBIs con este requisito, cuando la cláusula de NMF ya la habría tornado ineficaz? Cualquier otra conclusión tornaría inútil la disposición de los 18 meses. Tan pronto como la Argentina suscribiera un TBI sin este requisito, cualquiera de dichas disposiciones contenidas en futuros TBI sería suprimida automáticamente mediante el efecto de la cláusula de NMF⁶⁸.
104. La Demandada subraya que la importancia de la disposición de los 18 meses también se ve reflejada en la práctica del Reino Unido con respecto a la celebración de TBI. Sólo dos de sus tratados contienen este requisito. Ambos TBIs fueron suscriptos luego de que el Reino Unido hubiera iniciado su práctica de incluir disposiciones expresas cuando pretendía extender el alcance de la cláusula de NMF a las disposiciones sobre solución de controversias, aunque ninguno de los tratados que contienen la disposición de los 18 meses incluyen la cláusula de NMF de redacción más amplia⁶⁹.
105. Asimismo, la Demandada hace referencia al TBI Reino Unido-Paraguay, que demuestra que la expresión “para evitar toda duda, se ratifica que...” no está destinada a aclarar una intención anterior, sino que, de hecho, se incluye a fin de distinguir el TBI de otros TBIs en los que la cláusula de NMF no es aplicable a las disposiciones sobre solución de controversias. El TBI entre el Reino Unido y Paraguay, suscripto en 1981, no extendía el alcance de la cláusula de NMF de modo tal de incluir las disposiciones sobre solución de controversias. No obstante, en 1993, el Gobierno de Paraguay propuso modificar el TBI y agregar un tercer párrafo a la cláusula de NMF que establecería que “[p]ara evitar toda duda, se ratifica que el trato previsto en los apartados (1) y (2) precedentes se aplicará a las disposiciones de los artículos 1 a 11 de este Convenio”. El Reino Unido aceptó esta modificación. La Demandada concluye que esta interacción demuestra que la inclusión de una referencia expresa a la disposición sobre solución de controversias en la cláusula de NMF constituía una modificación del tratado y no una simple aclaración⁷⁰.
106. En segundo lugar, la Demandante no puede pretender importar partes separadas de la disposición sobre arbitraje del TBI Argentina-Lituania que establece un sistema distinto de solución de controversias. Según la Demandada, las diferencias entre la cláusula sobre solución de controversias del TBI Argentina-Lituania y del TBI Argentina-Reino Unido son tan suficientemente pronunciadas (por ej., la opción del arbitraje CIADI a

⁶⁷ R I, ¶¶70-73.

⁶⁸ R I, ¶¶73-75.

⁶⁹ R I, ¶74.

⁷⁰ R III, ¶¶34-36.

elección del inversor y la disposición de “*fork-in-the-road*” del TBI Argentina-Lituania) que la Demandante no puede importarla ni siquiera en virtud de una concepción amplia de la cláusula de NMF⁷¹.

107. En tercer lugar, la Demandada arguye que el artículo 9 del TBI Argentina-Lituania impide expresamente que sus disposiciones sean exportadas al limitar la aplicación de la cláusula sobre solución de controversias a “[t]oda controversia relativa a las disposiciones del presente Acuerdo”⁷².
108. En cuarto lugar, en el supuesto de que la cláusula de NMF fuera aplicable al artículo 8 del TBI, la Demandante tendría que demostrar que la disposición prevista en el TBI Argentina-Lituania otorga un trato “más favorable” “dentro del territorio” de la República Argentina⁷³. Según la Demandada y la doctrina que cita, el mero hecho de que el TBI aplicable requiera que los posibles demandantes intenten primero resolver la cuestión ante los tribunales locales del Estado receptor no puede considerarse, en forma axiomática, trato menos favorable. En particular, la Demandada se refiere a Christer Söderlund quien advierte acerca de ese supuesto:

A fin de que la cláusula de NMF sea considerada en un contexto procesal, será necesario preguntar, por ejemplo, si –como cuestión de principio- la posibilidad de proceder al arbitraje internacional de diferencias relativas a inversiones sin agotar los recursos locales es “más favorable”. Como experiencia empírica, no hay duda de que los inversores considerarán la última alternativa más favorable. En efecto, es la supuesta insuficiencia de los poderes judiciales locales, en particular, en los países importadores de capital, la que ha creado el impulso hacia el arbitraje internacional en primer lugar. *Sin embargo, a nivel de principios, no hay nada que establezca que la revisión de los tribunales locales deba ser necesariamente la alternativa menos favorable.*

El Tribunal del caso *Gas Natural* destacó que la obligación de someterse a un tribunal local durante el período mínimo de 18 meses (que se denomina erróneamente período “de espera”) constituía “un grado de protección menos favorable”. De hecho, se trataba de una afirmación axiomática que aun cuando pudiera ser cierta en el caso en particular carecía de todo sustento empírico y, a nivel de principios, era cuestionable⁷⁴ (énfasis agregado) [Traducción libre].

109. Asimismo, analizando esta cuestión a la luz del caso *Maffezini c. España*, el Profesor Jürgen Kurtz llega a la misma conclusión:

El enfoque de Maffezini es simplemente asumir que el acceso a las cortes españolas en el período de dieciocho meses es “un tratamiento menos favorable” que los procedimientos arbitrales directos. Esta visión en si misma parece casi reflexiva de una creencia epistemológica en la superioridad del arbitraje de inversiones. La falta de una comparación rigurosa entre las dos formas de decisiones es un serio error en

⁷¹ R I, ¶¶76-78; R III, ¶37; Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción, 1^{er} día (versión en inglés), pág. 44.

⁷² R I, ¶79.

⁷³ Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción, 1^{er} día (versión en inglés), pág. 45:2-14.

⁷⁴ R I, ¶¶ 82-83; C. SÖDERLUND, “*Most Favoured Nation (MFN) Clauses in Bilateral Investment Treaties*”, en *LIBER AMICORUM BERNARDO CREMADES* (M.A. Fernandez-Ballesteros y David Arias eds., 2010), pág. 1125.

el razonamiento del Tribunal y uno que debería (aunque lo más probable es que no) debilitar su influencia entre los tribunales arbitrales posteriores⁷⁵.

110. En efecto, incluso los académicos citados por la Demandante, Andrew Newcombe y Lluís Paradell, reconocían que una de las cuestiones que debe tenerse en cuenta a fin de determinar la aplicación de la cláusula de NMF consiste en establecer si ha existido o no trato menos favorable⁷⁶. La Demandada continua sosteniendo que “no es posible seriamente concluir que habría inequidad por el trato otorgado a los inversores lituanos en tanto se podría considerar que es más beneficioso para dirimir la controversia tener la oportunidad primero de recurrir a las cortes argentinas y luego, si no se resolviese, recurrir al arbitraje internacional”⁷⁷.
111. En el caso que nos ocupa, la Demandante no tenía impedimentos para presentar un reclamo ante los tribunales argentinos competentes y, conforme al Informe Mata, la Demandante posiblemente podría haber obtenido una decisión definitiva en menos de 18 meses⁷⁸.

2. Argumentos de la Demandante

112. La Demandante rechaza los argumentos de la Demandada con respecto a la imposibilidad de invocar la cláusula de NMF en aras de contar con un procedimiento de solución de controversias más favorable. La Demandante alega que su capacidad de invocar la cláusula de NMF a fin de superar un obstáculo procesal, como la disposición de los 18 meses, se basa en la interpretación de tratados correcta y es confirmada por la mayoría de las decisiones arbitrales relativas a esta cuestión.

(i) *La mayoría de los tribunales han adoptado una interpretación amplia de las cláusulas de NMF*

113. Según la Demandante, los Estados han utilizado las cláusulas de NMF de los TBIs para garantizar la obtención de ventajas, privilegios y concesiones que el Estado otorgante ha acordado o acuerda en el futuro para terceros Estados. Por lo tanto, el trato de NMF prohíbe que el Estado otorgante haga discriminaciones entre los inversores y garantiza que el inversor de un Estado reciba un trato no menos favorable que el trato brindado a un inversor de un tercer Estado. Asimismo, las cláusulas de NMF “promueven las relaciones entre inversor y Estado, la competencia económica y ayudan a armonizar el grado de protección de las inversiones.” En consecuencia, una interpretación amplia de las cláusulas de NMF ayuda a satisfacer estos propósitos “debido a que se consideran a los TBI no como expresiones de convenios de intercambio, sino como componentes de un orden económico internacional basado en los principios básicos de protección y garantías de inversiones.” En este contexto, la Demandante también destaca que uno de

⁷⁵ ANDREW NEWCOMBE & LLUÍS PARADELL, LAW & PRACTICE OF INVESTMENT TREATIES: STANDARDS OF TREATMENT (2009), pág. 229 (citando a J. Kurtz, *The MFN Standard and Foreign Investment: An uneasy Fit?* 5. J. WORLD INVESTMENT & TRADE 861 (2004) (C-LA-38).

⁷⁶ NEWCOMBE & PARADELL, nota 75 *supra*, pág. 196.

⁷⁷ R II, ¶¶57-61; R III, ¶38.

⁷⁸ R I, ¶¶84-85.

los derechos esenciales que la cláusula de NMF está diseñada para proteger es el derecho de un inversor a iniciar un arbitraje contra un Estado receptor⁷⁹.

114. Si bien la Demandante reconoce que los tribunales de inversión han dado respuestas aparentemente contradictorias a la pregunta de si las cláusulas de NMF pueden aplicarse a fin de importar disposiciones sobre resolución de controversias más favorables, estas respuestas contradictorias pueden explicarse en virtud de las variaciones en la redacción de las cláusulas y el propósito para el cual la cláusula de NMF fue invocada. En este sentido, la Demandante alega que en los casos que han comprendido la superación de obstáculos procesales, los tribunales con frecuencia han permitido que los inversores pasen por alto dichos requisitos procesales desfavorables (por ej., *Maffezini c. España*).⁸⁰ Por otro lado, los tribunales no han permitido que los inversores utilicen una cláusula de NMF a fin de importar mecanismos enteros de resolución de controversias más allá de los establecidos en el propio TBI (por ej., *Salini c. Jordania*⁸¹ y *Plama c. Bulgaria*⁸²). Asimismo, la Demandante cita varios doctrinarios que apoyan su opinión. A modo de ejemplo, los Profesores Rudolf Dolzer y Christoph Schreuer explican que:

Los dos grupos de casos pueden distinguirse partiendo de fundamentos fácticos. Todos los casos en los que los tribunales aceptaron la aplicabilidad de las cláusulas de la NMF en la resolución de controversias involucraban obstáculos procedimentales. Los casos en los que se negó el efecto de las cláusulas de la NMF involucraban intentos por hacer extensivo el alcance de la jurisdicción sustantivamente a cuestiones no contempladas en las cláusulas sobre arbitraje⁸³.

115. La Demandante se refiere en más detalle a las conclusiones del tribunal del caso *Maffezini*, en el que se sostuvo que “si un tratado con un tercero contiene disposiciones para la solución de controversias que sean más favorables para la protección de los derechos e intereses del inversor que aquellos del tratado básico, tales disposiciones pueden extenderse al beneficiario de la cláusula de la nación más favorecida pues son plenamente compatibles con el principio *ejusdem generis*”⁸⁴. La Demandante también rechaza los argumentos planteados por la Demandada contra la interpretación que el tribunal del caso *Maffezini* hizo de los casos *Ambatielos* y *Anglo-Iranian Oil Company*⁸⁵. La Demandante afirma que el caso *Ambatielos* sustenta su posición⁸⁶. La decisión sostiene que la cláusula de NMF puede comprender cuestiones pertenecientes a la misma categoría del objeto al que se refiere la propia cláusula; mientras tanto, en el presente caso, las actividades de solución de controversias se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la “gestión, mantenimiento, uso, goce o liquidación” de la

⁷⁹ C II, ¶¶5-8.

⁸⁰ C IV, ¶¶71-74; *Maffezini*, nota 6 *supra*.

⁸¹ *Salini*, nota 34 *supra*.

⁸² *Plama*, nota 31 *supra*.

⁸³ C III, ¶¶12-14; RUDOLF DOLZER & CHRISTOPH SCHREUER, PRINCIPLES OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW (2008), pág. 256 (C-LA-49).

⁸⁴ *Maffezini*, nota 6 *supra*, ¶56. Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción, 1^{er} día (versión en inglés), págs. 103-108.

⁸⁵ C III, ¶¶15-20.

⁸⁶ Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción, 1^{er} día (versión en inglés), págs. 98-100.

inversión prevista en la cláusula de NMF. La Demandante refuta la posición de la Demandada en cuanto a la posición adoptada por la CIJ en el caso *Anglo-Iranian Oil Company*, cuando determinó que la cláusula de NMF no tenía relación alguna con cuestiones jurisdiccionales. De acuerdo a la Demandante la CIJ estableció expresamente que no “[estaba] considera[ndo] el significado y el alcance de la cláusula de la nación más favorecida”⁸⁷.

116. El enfoque seguido en el marco del caso *Maffezini* también ha sido adoptado en casos CNUDMI, incluidos casos en virtud del TBI Argentina-Reino Unido. En *National Grid PLC c. República Argentina*⁸⁸, el tribunal consideró si la cláusula de NMF del TBI Argentina-Reino Unido era aplicable a fin de ofrecerle al inversor un mecanismo de resolución de controversias más favorable⁸⁹. El tribunal “coincid[ió] con las consideraciones equilibradas del caso *Maffezini* en su interpretación de la cláusula de NMF,” y concluyó que “el ‘trato’ en virtud de la cláusula de NMF del Tratado hace posible que los inversores del Reino Unido en la Argentina recurran al arbitraje sin recurrir previamente a los tribunales argentinos”⁹⁰ [Traducción libre]. Asimismo, este tribunal destacó que si bien la cláusula de NMF no hace referencia expresa a la resolución de controversias, esta cuestión no se encontraba entre las excepciones a la cláusula del artículo 7 del TBI⁹¹. La Demandante afirma que la Demandada no ha logrado analizar y refutar ni este caso ni el caso *AWG* que se explica en más detalle a continuación⁹².
117. En forma similar, el tribunal del caso *AWG Group Ltd. c. República Argentina* resolvió que la cláusula de NMF del artículo 3 del TBI Argentina-Reino Unido podría invocarse a fin de contar con los procedimientos de resolución de controversias más favorables acordados a los inversores franceses en virtud del TBI Argentina-Francia, evitando de este modo el requisito de recurrir previamente a los tribunales locales⁹³. En particular, la redacción de la cláusula de NMF del TBI Argentina-Reino Unido no presentaba ningún obstáculo respecto de su uso de este modo:

A pesar de las diferencias en el lenguaje de las cláusulas de nación más favorecida de los TBI [Argentina-Reino Unido y Argentina-España], el Tribunal considera que la interpretación de cada una de ellas lleva a la misma conclusión. En el TBI Argentina-Reino Unido, igual que en el TBI Argentina-España, no se define el término “trato”. El Tribunal interpreta ese término del mismo modo en los dos tratados: los derechos y privilegios otorgados y las obligaciones y cargas impuestas

⁸⁷ C III, ¶¶15-18; *Caso concerniente a Anglo-Iranian Oil Company* (Reino Unido c. Irán), Sentencia de 22 de julio de 1952, 1952 ICJ Reports 93, pág. 109 (R-LA-66).

⁸⁸ *National Grid PLC c. República Argentina*, CNUDMI, Decisión sobre Jurisdicción, 20 de junio de 2006 (en adelante, “*National Grid*”) (C-LA-42).

⁸⁹ Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción, 1^{er} día (versión en inglés), págs. 112-115.

⁹⁰ *National Grid*, nota 88 *supra*, ¶¶92-93.

⁹¹ *National Grid*, nota 88 *supra*, ¶82.

⁹² C III, ¶22.

⁹³ *AWG Group Ltd. c. República Argentina*, CNUDMI, Decisión sobre Jurisdicción, 3 de agosto de 2006 (en adelante, “*AWG*”), ¶57 (C-LA-53). Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción, 1^{er} día (versión en inglés), págs. 108-111.

por un Estado Contratante a las inversiones realizadas por inversores cubiertos por el tratado⁹⁴.

118. Según la Demandante, estos casos confirman un enfoque sólidamente establecido en el arbitraje internacional en materia de inversión que reconoce la posibilidad de invocar las cláusulas de NMF a fin de evitar obstáculos procesales gravosos y carentes de sentido⁹⁵. Además, la Demandante cita el *Caso Relativo a los Derechos de los Nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos* ante la CIJ como prueba de que los tribunales internacionales también han apoyado una interpretación amplia de las cláusulas de NMF⁹⁶.

(ii) La cláusula de NMF les permite a los inversores del Reino Unido en la Argentina recurrir directamente al arbitraje internacional

119. La Demandante alega que la cláusula de NMF debe interpretarse de conformidad con los artículos 31 y 32 de la CVDT, tal como lo arguyó también la Demandada. Asimismo, la Demandante hace referencia al tribunal del caso *National Grid*, que afirmaba que “la CVDT no establece una regla de interpretación diferente para distintas cláusulas. La misma regla de interpretación es aplicable a todas las disposiciones de un tratado, ya sea que se trate de cláusulas de resolución de controversias o cláusulas de NMF”⁹⁷ [Traducción libre].
120. Conforme al principio de *ejusdem generis*, que se reconoce como principio rector a efectos de la interpretación de cláusulas de NMF, la cláusula de NMF sólo puede comprender derechos de otros tratados pertenecientes a la misma categoría del objeto al que se refiere la propia cláusula. En el presente caso, sin embargo, aunque la cláusula de NMF del artículo 3 no incluye referencia alguna a la resolución de controversias, el artículo 7 del TBI tampoco incluye referencia alguna a la resolución de controversias entre las excepciones al alcance de la cláusula de NMF⁹⁸. Por consiguiente, según la Demandante, los mecanismos de resolución de controversias deben considerarse incluidos en virtud de la cláusula de NMF. En sustento de este argumento, la Demandante alude al caso *Suez/InterAgua*, en el que el Tribunal resolvió que “[l]a falta de referencia a cualquier materia vinculada remotamente con la solución de controversias confirma la interpretación” de que el término “trato” del artículo 3(2) “incluye las cuestiones relacionadas con la solución de diferencias”⁹⁹.

⁹⁴ *AWG*, nota 93 *supra*, ¶57.

⁹⁵ C IV, ¶¶68-70 y 85-86; Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción, 1^{er} día (versión en inglés), págs. 98:2-13; y pág. 117.

⁹⁶ *Caso Relativo a los Derechos de los Nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos* (Francia. c. EE.UU.), Sentencia de 27 de agosto de 1952, 1952 ICJ Reports 176, pág. 190 ¶190 (C-LA-44).

⁹⁷ *National Grid*, nota 88 *supra*, ¶80.

⁹⁸ C IV, ¶¶57-67; Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción, 1^{er} día (versión en inglés), pág. 109: 23-25; y pág. 110:1-12.

⁹⁹ *Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. & InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/03/17, Decisión sobre Jurisdicción, 16 de mayo de 2006 (en adelante, “*Suez/InterAgua*”), ¶56; (C-LA-56).

121. La Demandante alega que el sentido corriente de “tratamiento” incluye “los derechos y privilegios otorgados y las obligaciones y cargas impuestas por un Estado Contratante a las inversiones realizadas por inversores cubiertos por el tratado”¹⁰⁰. Según esta definición, el término no se limita a un estándar de tratamiento sustantivo. Además, los términos “gestión, mantenimiento, uso, goce o liquidación” enumerados en el artículo 3(2) del TBI contemplan la protección de una inversión e incluyen las actividades de solución de controversias. Esta fue la conclusión a la que llegó el tribunal del caso *AWG*¹⁰¹. Citando la decisión emitida en el marco del caso *RosInvest*, la Demandante también destaca que la calificación de su derecho de recurrir a arbitraje, ya sea como derecho procesal o sustantivo, carece de fundamento, ya que ambos comprenden el trato otorgado al conjunto de derechos cuya protección es garantizada por el TBI aplicable¹⁰².
122. Con respecto al propósito de la cláusula de NMF, la Demandante afirma que los tribunales han resuelto que “[u]na cláusula de NMF tiene el fin de garantizar la igualdad de trato para los beneficiarios con respecto a su objeto en el nivel más beneficioso”¹⁰³. Puesto que la inversión extranjera no es estática, las cláusulas de NMF cumplen exactamente con el propósito de mantener en forma progresiva la igualdad de condiciones y el trato equitativo entre las partes involucradas¹⁰⁴. En este contexto, la Demandante recuerda que la intención de las Partes Contratantes en virtud del TBI consistía en promover condiciones favorables de inversión y estimular la iniciativa privada. De este modo, la Demandante alega que la protección de los inversores extranjeros en este aspecto es esencial y no puede excluirse del ámbito del TBI.
123. Contrariamente al argumento de la Demandada, la Demandante sostiene que las cláusulas de NMF no se limitan, de manera general, a las obligaciones sustantivas. La Demandante sustenta este argumento citando doctrina y jurisprudencia y, en particular, la decisión emitida en el marco del caso *Renta 4 S.V.S.A. y otros. c. Federación Rusa* que resolvió que “el acceso al arbitraje internacional ha sido un desiderátum fundamental y constante para la protección de las inversiones y, por lo tanto, un factor de peso al momento de considerar el objeto y el propósito de los TBI” y también que no existía “[ningún] fundamento textual ni norma jurídica que permitiera afirmar que el ‘trato’ no contempla la aceptación por parte del estado receptor del arbitraje internacional”¹⁰⁵.
124. Por último, con relación a la práctica de la Argentina en materia de TBI, la Demandante resalta que de los 41 TBIs suscriptos por la Demandada desde octubre de 1992, apenas uno (suscripto en 1994) comprende el requisito de remisión previa a los tribunales

¹⁰⁰ *AWG*, nota 93 *supra*, ¶55.

¹⁰¹ *AWG*, nota 93 *supra*, ¶57.

¹⁰² Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción, 1^{er} día (versión en inglés), pág. 118; *RosInvestCo UK Ltd. c. Federación Rusa*, Caso CCS N° 079/2005, Laudo sobre Jurisdicción, 5 de octubre de 2007 (en adelante, “*RosInvest*”).

¹⁰³ C II, ¶¶29 -31; *Telefónica S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/03/20, Decisión del Tribunal sobre Objeciones a la Jurisdicción, 25 de mayo de 2006 (en adelante, “*Telefónica*”), ¶98.

¹⁰⁴ Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción, 1^{er} día (versión en inglés), pág. 16.

¹⁰⁵ C III, ¶¶24-25; *Renta 4 S.V.S.A. y otros c. Federación Rusa*, Caso CCS N° 24/2007, Laudo sobre Objeciones Preliminares, 20 de marzo de 2009 (en adelante, “*Renta 4*”), ¶¶100-101 (C-LA-117).

locales, lo que evidencia que la Argentina claramente ha abandonado toda política que alguna vez haya tenido en relación con la exigencia de remisión previa a los tribunales locales¹⁰⁶.

125. Por consiguiente, la Demandante concluye que el significado común de la cláusula de NMF contenida en el TBI en el contexto y a la luz de su objeto y fin deja en claro que la cláusula de NMF puede extenderse a fin de concederle a la Demandante procedimientos más favorables de resolución de controversias incluidos en otros TBI celebrados por la Demandada.
126. A fin de sustentar esta conclusión, la Demandante hace referencia a otros tribunales que han considerado cláusulas de NMF comparables con la cláusula de NMF del presente caso o idénticas a ella y que han llegado a la misma conclusión que la que alega la Demandante. El fallo de *National Grid*, que fue también emitido por un tribunal CNUDMI y analizó el mismo TBI, resulta el más análogo aquí. La Argentina planteó muchos de los mismos argumentos que los que plantea ante el presente Tribunal. No obstante, el tribunal de *National Grid* desestimó las objeciones de la Argentina y resolvió que “en el contexto en el cual la Demandada ha consentido someter al arbitraje el tipo de diferencias que plantea la Demandante, el ‘trato’ previsto en la cláusula NMF del Tratado permite a los inversores del Reino Unido en la República Argentina recurrir al arbitraje sin tener que comparecer previamente ante los tribunales argentinos”¹⁰⁷.
127. Esta fue la misma conclusión a la que arribó el tribunal del caso *AWG*, que también se enfrentó al análisis del TBI Argentina-Reino Unido¹⁰⁸. Una serie de tribunales que analizaban el TBI Argentina-España también han llegado a la misma conclusión y subrayan el hecho de que la resolución de controversias no figura entre las excepciones al tratamiento de NMF. En este sentido, la Demandante concluye que, dado que los tribunales que se enfrentaron a cláusulas de NMF idénticas han permitido sistemáticamente que un demandante supere los requisitos procesales incluidos en la cláusula de resolución de controversias del TBI, el presente Tribunal debería llegar a la misma conclusión y reconocer su competencia respecto de sus reclamos.
128. Por último, en respuesta al argumento de la Demandada acerca de si la disposición sobre solución de controversias del TBI Argentina-Lituania es en efecto más beneficiosa para la Demandante, la Demandante menciona el tribunal del caso *Gas Natural* que desestimó este mismo argumento al afirmar que “la disposición referente al arbitraje internacional entre el inversor y el Estado contenida en los tratados bilaterales de inversiones constituye un incentivo y un mecanismo de protección importante para los inversores extranjeros; además, el hecho de que sólo pueda tenerse acceso a ese arbitraje después de recurrir a los tribunales nacionales y una vez transcurrido un

¹⁰⁶ C II, ¶32. Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción, 1^{er} día (versión en inglés), pág. 115:19-25.

¹⁰⁷ C II, ¶¶34-36; *National Grid*, nota 88 *supra*, ¶93. Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción, 1^{er} día (versión en inglés), págs. 112-115.

¹⁰⁸ *AWG*, nota 93 *supra*, ¶61.

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”¹⁰⁹.

(iii) Aquellos fallos que adoptan un enfoque restrictivo respecto de la interpretación de la cláusula de NMF se distinguen desde el punto de vista fáctico

129. La Demandante alega que los casos invocados por la Demandada a fin de defender un enfoque restrictivo respecto de la interpretación de la cláusula de NMF, principalmente *Salini, Plama, Telenor* y *Berschader*, son irrelevantes. A diferencia del caso *Maffezini*, las demandantes en estos casos intentaron importar mecanismos enteros de resolución de controversias más allá de los establecidos en los propios TBI en los que amparaban sus reclamos y, por lo tanto, pueden distinguirse de la situación planteada ante el presente Tribunal.
130. A modo de ejemplo, en el marco del caso *Salini*, el artículo 9(2) del TBI Italia-Jordania prevé que “[e]n caso de que el inversor y una entidad de las Partes Contratantes hayan estipulado un Acuerdo de inversión, debe regir el procedimiento previsto en dicho Acuerdo de inversión.”¹¹⁰ En consecuencia, los recursos contractuales de la demandante en virtud del TBI Italia-Jordania estaban limitados específicamente a los procedimientos de solución de controversias contenidos en el acuerdo de inversión, contrariamente a lo que ocurre aquí.
131. En el caso *Plama*, el consentimiento de Bulgaria para el arbitraje que figura en el artículo 4 del TBI entre Bulgaria y Chipre estaba limitado al arbitraje *ad hoc* de disputas de la CNUDMI con respecto al monto de la indemnización debida a un inversor, sólo luego de haber probado los fundamentos de las demandas del inversor a través de los procedimientos administrativos y legales regulares de Bulgaria. Por lo tanto, la demandante intentó importar al tratado básico un mandato arbitral al cual no se hacía referencia en el texto del tratado. Según la Demandante, la situación ante el presente Tribunal es completamente diferente, dado que las Partes ya han acordado un arbitraje conforme al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y la Demandante simplemente intenta evitar un obstáculo procesal que inversores de otros países no están obligados a superar¹¹¹.
132. En el contexto del caso *Telenor*, una vez más, la cláusula de resolución de controversias era mucho más estrecha que la del presente caso: preveía un arbitraje únicamente en el caso de expropiación. La demandante del caso *Telenor* intentaba extender el alcance de la competencia a la consideración del incumplimiento de otros estándares sustantivos en virtud del TBI, tales como el trato justo y equitativo¹¹². La cláusula de resolución de

¹⁰⁹ C III, ¶26; *Gas Natural SDG, S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/03/10, Decisión del Tribunal sobre Cuestión Preliminar de Jurisdicción, 17 de junio de 2005 (en adelante, “*Gas Natural*”), ¶31 (C-LA-45). Véanse, asimismo, Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción, 1^{er} día (versión en inglés), págs. 111-20; y 112:7.

¹¹⁰ *Salini*, nota 34 *supra*, ¶72; C II, ¶¶40-42.

¹¹¹ C II, ¶¶43-47.

¹¹² C II, ¶¶48-49; *Telenor*, nota 35 *supra*.

controversias analizada en el marco del caso *Berschader* también se limitaba exclusivamente al arbitraje del monto o modo de indemnización en el supuesto de expropiación y, por lo tanto, también era distinguible¹¹³.

133. A continuación, la Demandante analiza el caso *Wintershall* y concluye que esta decisión es también irrelevante para este caso por cinco razones: (1) la cláusula de resolución de controversias en el TBI Alemania-Argentina es diferente y más restrictiva que la del TBI Argentina-Reino Unido, puesto que contemplaba un período de negociación adicional luego del recurso a los tribunales locales durante un período de 18 meses y el tribunal la caracterizaba erróneamente como una cláusula de agotamiento de recursos locales; (2) la cláusula de NMF en cuestión estaba redactada en un lenguaje completamente diferente; (3) la demandante de dicho caso pretendía beneficiarse con un sistema de arbitraje diferente en su solicitud; (4) el caso se trataba de un arbitraje del CIADI, y el artículo 25 del Convenio CIADI impone una prohibición jurisdiccional adicional; y (5) el tribunal malinterpretó la decisión emitida en el marco del caso *National Grid* con respecto a que el Estado receptor tenía la carga de probar que la resolución de controversias se encuentra excluida del alcance de la cláusula de NMF aplicable¹¹⁴.
134. Asimismo, la Demandante destaca que el enfoque del caso *Wintershall* fue repudiado expresamente en el caso CNUDMI de *Austrian Airlines c. República Eslovaca*. La mayoría del tribunal de ese caso manifestó lo siguiente:

Luego de haber determinado que posee competencia para hacerlo, el Tribunal ahora debe proceder a la interpretación de la [cláusula de NMF]... En este aspecto, el Tribunal no considera que las disposiciones que comprendan el consentimiento de un Estado al arbitraje deban interpretarse en forma estricta. Esta opinión, que fue adoptada por los tribunales de los casos *Plama c. Bulgaria*, *Telenor c. Hungría*, *Berschader c. Rusia* y *Wintershall c. Argentina*, no constituye un reflejo preciso del derecho internacional en esta materia. Tal como se destaca en [numerosas decisiones mencionadas], no existe un principio de interpretación estricta o amplia de un acuerdo a fin de someterlo a arbitraje en el ámbito del derecho internacional¹¹⁵ [Traducción libre].

135. Asimismo, la mayoría del tribunal del caso *Austrian Airlines c. República Eslovaca* determinó lo siguiente:

Como cuestión general, el Tribunal observa que no advierte razón conceptual alguna por la cual una cláusula de NMF debería limitarse a las garantías sustantivas y descartar las protecciones procesales, puesto que las últimas son el medio para hacer valer las primeras. En este aspecto, el Tribunal destaca que la posible aplicación de una cláusula de NMF a las protecciones procesales es ampliamente aceptada por los tribunales de inversión. Esta opinión ha surgido principalmente respecto de la necesidad de evitar los requisitos procesales antes de iniciar [*sic*] arbitraje, pero

¹¹³ C II, ¶¶50-51; *Berschader*, nota 32 *supra*.

¹¹⁴ C II, ¶¶52-59; C IV, ¶¶75-79; *Wintershall*, nota 7 *supra*. Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción, 1^{er} día (versión en inglés), págs. 161-162.

¹¹⁵ *Austrian Airlines c. República Eslovaca*, CNUDMI, Laudo Final, 9 de octubre de 2009 (en adelante, "*Austrian Airlines*"), ¶119.

también, más recientemente, con relación a la importación de una cláusula de solución de controversias¹¹⁶ [Traducción libre].

136. Sin embargo, aun cuando el Tribunal hubiera de seguir la decisión del caso *Wintershall*, la Demandante alega que el estándar de intención “clara e inequívoca” de aplicar la cláusula de NMF a las cuestiones sobre resolución de controversias se cumple en el caso que nos ocupa. Los TBIs posteriores del Reino Unido celebrados luego de 1993 demuestran que la intención del Reino Unido no era excluir la solución de controversias de la cobertura otorgada por la cláusula de NMF.
137. Esto es demostrado por el hecho de que el Reino Unido comenzara a agregar un párrafo adicional a sus cláusulas de NMF, que establecía que “[p]ara evitar toda duda, se ratifica que el trato [de la cláusula de NMF será aplicable a la cláusula de solución de controversias].” Este nuevo párrafo no hacía más que aclarar y subrayar lo que había sido la intención preexistente del Reino Unido al momento de negociar los TBIs¹¹⁷.
138. Como sostuvo el tribunal de *National Grid*, “[l]a implicancia de la redacción de este párrafo adicional es que, en todo momento, esta fue la interpretación por parte del Reino Unido del significado de la cláusula de NMF incluida en los tratados de inversión celebrados previamente”¹¹⁸ [Traducción libre]. En este sentido, la Demandante argumenta que hay una intención clara e inequívoca de incluir la solución de controversias dentro del alcance de las disposiciones de NMF.
139. Con relación a la invocación del caso *Murphy c. Ecuador* por parte de la Demandada, la Demandante resalta que este caso no involucraba ninguna cláusula de NMF¹¹⁹.
140. Por último, la Demandante destaca que exigir el recurso a los tribunales locales durante un período de dieciocho meses no es una cuestión jurisdiccional, sino meramente una cuestión procedimental. Por lo tanto, exigir que la Demandante cumpla con el requisito de los 18 meses sería fútil, ya que no hace más que posponer el momento del consentimiento al arbitraje por parte de la Argentina; en todo caso, posteriormente, el Tribunal tendría competencia respecto de los reclamos¹²⁰. Asimismo, conforme al Informe Bianchi, no hay posibilidad alguna de que los tribunales nacionales argentinos puedan resolver la controversia en un plazo de dieciocho meses¹²¹. Por último, las costas judiciales en las que se incurriera a fin de cumplir con este requisito procedimental serían considerables y la Demandante no tendría garantía alguna de poder recuperar tales honorarios en una etapa posterior¹²².

¹¹⁶ *Austrian Airlines*, nota 115 *supra*, ¶124.

¹¹⁷ Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción, 1^{er} día (versión en inglés), págs. 160:1-15; y págs.163-164.

¹¹⁸ *National Grid*, nota 88 *supra*, ¶85.

¹¹⁹ C III, ¶11; *Murphy*, nota 9 *supra*.

¹²⁰ C III, ¶7-9.

¹²¹ Primer Informe Pericial de Bianchi, nota 17 *supra*, ¶64.

¹²² C III, ¶10.

G.II. LA CLÁUSULA PARAGUAS

1. Argumentos de la Demandada

(i) *Un reclamo contractual regido por el derecho argentino, está bien diferenciado de un reclamo por violación del TBI, regido por el derecho internacional*

141. La Demandada sostiene que la Demandante distorsiona la distinción entre un reclamo contractual, que surge de la supuesta violación de disposiciones contractuales y que se encuentra regido por el derecho argentino, y un reclamo por violación del TBI regido por el derecho internacional. De acuerdo a la Demandada, el reclamo de la Demandante se construye sobre “la creencia errónea de que puede invocar un incumplimiento contractual como si fuera una violación del TBI”¹²³. El Contrato y el TBI son instrumentos diferentes, regidos por sistemas jurídicos diferentes y por lo tanto no asimilables. Los TBIs no son instrumentos diseñados para que los inversores puedan recurrir a ellos cada vez que emerja una controversia relacionada con los contratos que suscribieron¹²⁴.
142. La Demandada afirma que tanto los tribunales internacionales como los doctrinarios coinciden en que la violación de un contrato no es equiparable con la violación de un tratado internacional. Esta definición ha sido defendida por muchos tribunales internacionales, tales como los de los casos *Préstamos Serbios* y *ELSI*¹²⁵. Los tribunales de inversión han confirmado, asimismo, que un inversor no puede iniciar un reclamo internacional contra un Estado receptor fundado en meros incumplimientos contractuales. Por ejemplo, en *Waste Management II*, el tribunal describió la distinción de la siguiente manera:

El mero incumplimiento de una obligación contractual no debe ser equiparado a la confiscación de una propiedad, como tampoco (a menos que esté acompañado por otros elementos) es equivalente a una expropiación. Cualquier parte de carácter privado puede incumplir sus contratos, mientras que la nacionalización y la expropiación son actos inherentemente gubernamentales, como se contempla por el uso del término “medida” en el Artículo 1110(1). Es cierto que, considerando la definición inclusiva de “medida”, uno podría concebir la conducta equivalente a una expropiación como aquella consistente en acciones y omisiones que no son específica o exclusivamente gubernamentales. De todos modos, la respuesta normal de un inversionista enfrentado a un incumplimiento de contrato por su contraparte gubernamental (cuando el incumplimiento no es el resultado del ejercicio de una prerrogativa del gobierno, como un decreto legislativo) es iniciar una demanda en los tribunales competentes para procurarse una reparación ante dicho incumplimiento. Es sólo cuando tal acceso a la justicia es vedado en lo jurídico o

¹²³ R I, ¶92.

¹²⁴ R I, ¶¶92-96.

¹²⁵ R I, ¶¶97-98. *Pago de Numerosos Préstamos Serbios Emitidos en Francia* (Francia c. Yugoslavia), 1929 P.C.I.J. (ser. A) N° 20 (12 de julio); Caso relativo a *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (Estados Unidos de América c. Italia), Sentencia de 20 de julio de 1989, CIJ.

en la práctica que el incumplimiento puede convertirse en una denegación definitiva del derecho (por ejemplo la confiscación efectiva de la cosa en la acción), por lo que cabe invocar la protección del Artículo 1110¹²⁶.

143. La Demandada se refiere a numerosos otros casos de arbitraje de inversiones, en particular a la decisión del Comité de Anulación de *Vivendi*, que también concluyó que los reclamos puramente contractuales no pueden iniciarse en virtud del TBI¹²⁷.
144. La Demandada describe todos los reclamos iniciados por la Demandante como puramente contractuales¹²⁸. La Demandada sostiene que están relacionados con la *aplicación* de las leyes de emergencia de Argentina (que por ejemplo, convirtieron a pesos argentinos todas las deudas denominadas en moneda extranjera en ese entonces), y no a su *promulgación*. En consecuencia la Demandada sostiene que lo que da origen a los reclamos en este arbitraje es su aplicación de las leyes de emergencia como si se tratase de una entidad privada o un simple comerciante (*acta jure gestionis*) y no sus acciones como un soberano (*acta jure imperii*). En consecuencia, la Demandada asevera que la controversia es puramente contractual y por lo tanto fuera del ámbito de la competencia del Tribunal, que está limitada a los reclamos derivados del Tratado en virtud del TBI¹²⁹.

(ii) La Demandante no celebró un acuerdo de inversión y por lo tanto no puede ampararse en las disposiciones del TBI

145. En el presente caso, la Demandada afirma que no asumió ningún compromiso específico en virtud del TBI respecto de la inversión ya que no celebró ningún acuerdo de inversión con la Demandante. De acuerdo a los académicos citados por la Demandada, sólo puede existir un acuerdo de inversión si se cumplen dos requisitos: (1) debe haber un acuerdo celebrado entre un Estado o una entidad controlada por un Estado y un inversor extranjero; y (2) el acuerdo debe regirse por el derecho internacional¹³⁰. Se han adoptado estos criterios en numerosos procedimientos arbitrales notables, como por ejemplo *Revere Copper Brass Inc. c. OPIC*¹³¹, *Arabia Saudita c. ARAMCO*¹³², y *Texaco c. Libia*¹³³, así como en las decisiones sobre inversiones en *El Paso*¹³⁴ y *Pan American*¹³⁵.

¹²⁶ *Waste Management Inc. c. México*, Caso CIADI N° ARB(AF)/00/3, Laudo, 30 de abril de 2004 (en adelante, “*Waste Management II*”), ¶174.

¹²⁷ R I, ¶¶100-107; *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/97/3, Decisión sobre Anulación, 3 de julio de 2002 (en adelante, “*Comité de Anulación de Vivendi*”).

¹²⁸ R III, ¶¶45-47; Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción, 1^{er} día (versión en inglés), págs. 49-51.

¹²⁹ R III, ¶48-49; Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción, 1^{er} día (versión en inglés), págs. 51-56

¹³⁰ R I, ¶¶109 -111. Piero Bernardini, *The Renegotiation of the Investment Contract*, 13 ICSID REVIEW – FOREIGN INVESTMENT LAW JOURNAL 411, 412-5 (1998-I); MUTHUCUMARASWAMY SORNARAJAH, THE PURSUIT OF NATIONALIZED PROPERTY (1986), págs. 81-86.

¹³¹ *Revere Copper & Brass Inc. c. OPIC*, 17 ILM 1321(1978), págs. 1332-1338.

¹³² *Arabia Saudita c. Arabian American Oil Company (ARAMCO)*, 27 ILR 117 (1963), citado en MUTHUCUMARASWAMY SORNARAJAH, THE INTERNATIONAL LAW OF FOREIGN INVESTMENT (2004) pág. 418.

146. En el caso que nos ocupa, aunque existe un acuerdo entre Argentina y la Demandante, falta el elemento internacional. El Contrato entre las Partes no establecía la aplicación del derecho internacional ni el otorgamiento de jurisdicción internacional¹³⁶. El Contrato tampoco se refiere al TBI, expresa o implícitamente. El Contrato está regido por el derecho argentino y se encuentra sujeto a la jurisdicción argentina. Las Partes acordaron libremente no incluir ningún tipo de referencia a la aplicación o protección del TBI¹³⁷. Por lo tanto, la Demandada alega que el Contrato se trata de un contrato doméstico y no de un acuerdo de inversión. Simplemente alegar que un inversor extranjero celebró un acuerdo con la República Argentina no es suficiente para invocar la protección en virtud del TBI¹³⁸.
147. Además, la Demandada observa que en ninguno de los reclamos presentados por la Demandante las alegadas violaciones se sostienen por sí mismas, y aunque la Demandante intente disfrazarlas como violaciones a un tratado, la verdad es que la *base esencial* de esos reclamos es el Contrato¹³⁹. En este sentido, el Profesor Georges Abi-Saab observó en su Opinión Concurrente en el caso *TSA* que:

En el presente caso, considero que las reclamaciones de TSA, tal como fueron formuladas en el Memorial sobre el fondo de la demandante se encuentran principalmente fundadas o basadas en supuestos de violación del contrato de concesión. En otras palabras, se centran en quién fue el autor de la violación contractual, y en si la rescisión del contrato por parte de la Argentina y sus acciones posteriores son justificables (como alega la Argentina) o si no lo son (como mantiene TSA) de acuerdo con (es decir, en referencia a) los términos del contrato. Luego, TSA re-caracteriza la reclamación bajo la figura de la expropiación u otra violación, según los términos del TBI. Pero dicha re-caracterización no podría sostenerse por sí misma si un órgano judicial hubiese determinado que la rescisión del contrato se justificaba por los graves incumplimientos del contrato por parte de TSA. En otras palabras, si estos fueran todos los argumentos provistos por TSA, las reclamaciones posteriores no podrían sostenerse “por sí mismas” y no deberían admitirse como “reclamaciones derivadas de tratados”¹⁴⁰.

148. Asimismo, de acuerdo a la Demandada, la relación particular existente entre las Partes prevalece sobre cualquier otro ordenamiento general que pudiese aplicárseles, incluido

¹³³ *Texaco Overseas Petroleum Company y California Asiatic Oil Company c. República Árabe Libia.*, 17 ILM 1, (1978), ¶22, ¶¶41-42, ¶¶44-45.

¹³⁴ *El Paso Energy International Company c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/03/15, Decisión sobre Jurisdicción, 27 de abril de 2006 (en adelante, “*El Paso*”).

¹³⁵ *Pan American Energy LLC, y BP Argentina Exploration Company c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/04/8, Decisión sobre Objeciones Preliminares, 27 de julio de 2006, ¶106.

¹³⁶ R I, ¶¶108-118.

¹³⁷ R II, ¶¶87-95.

¹³⁸ R I, ¶115.

¹³⁹ R II, ¶81.

¹⁴⁰ *TSA Spectrum de Argentina S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/05/5, Laudo, 19 de diciembre de 2008, Opinión Concurrente de Georges Abi-Saab (R-LA-69)

el del TBI, en aplicación del principio de *lex specialis derogate legi generali*¹⁴¹. El principio de *lex posterior derogate anterior* es también aplicable a este caso en tanto el Contrato entre las Partes se suscribió con posterioridad a la firma del TBI y por lo tanto prevalece sobre cualquier otra disposición prevista en el TBI¹⁴².

149. La Demandada concluye que los compromisos a los que se hace referencia en el artículo 2(2) del TBI (*i.e.*, la cláusula paraguas) no contemplan los compromisos de la República Argentina para con la Demandante en virtud del Contrato que nos ocupa. Sólo en el caso que los compromisos hubieran sido asumidos dentro del ámbito del TBI, la cláusula paraguas extendería su alcance para alcanzar al Contrato. Pero en el presente caso, la cláusula paraguas prevista en el artículo 2(2) del TBI no se aplica a esta controversia.

(iii) En subsidio, la cláusula paraguas no es tan amplia como argumenta la Demandante

150. En subsidio, incluso si el Tribunal debiera considerar que la Demandada asumió compromisos específicos para con la Demandante en virtud del TBI, la Demandada rechaza la interpretación amplia que la Demandante realiza de la cláusula paraguas y afirma que las obligaciones contractuales específicas invocadas por la Demandante aún recaerían fuera del alcance de la cláusula.
151. La Demandada rechaza los argumentos de la Demandante relativos a la historia y evolución de la cláusula paraguas. Observa, por ejemplo, que la cláusula paraguas incluida en el Proyecto Abs-Shawcross, que cita la Demandante, recibió un gran número de críticas y fue finalmente dejada de lado¹⁴³. Por el contrario, la Demandada alega que las cláusulas paraguas, cuando estas comenzaron a ser incluidas en los tratados, tuvieron como propósito permitirles a los Estados invocar las violaciones de una obligación contractual bajo el derecho internacional. En ese momento, los TBIs no incluían ningún mecanismo de solución de controversias inversor-Estado y los reclamos debían ser articulados por el Estado a través de la aplicación de la protección diplomática dentro del marco del régimen de solución de controversias Estado-Estado¹⁴⁴. Sin embargo, esta lógica comenzó a modificarse en la década de 1980 cuando se introdujeron disposiciones de solución de controversias inversor-Estado.
152. La Demandada por lo tanto afirma que no todos los reclamos contractuales se convierten en un reclamo en virtud de un TBI automáticamente, por virtud de la cláusula paraguas. Esto ignora la diferencia entre los sistemas jurídicos nacional e internacional. La Demandada señala decisiones donde los tribunales han desarrollado una interpretación diferente de la cláusula paraguas.

¹⁴¹ R II, ¶¶89-92.

¹⁴² R II, ¶¶92-93.

¹⁴³ R II, ¶¶99-100.

¹⁴⁴ R II, ¶¶102-106.

153. La Demandada cita en primer lugar *SGS c. Paquistán*¹⁴⁵, el primer tribunal a quien se sometió una controversia sobre la interpretación y efectos de la cláusula paraguas. En ese caso el tribunal concluyó lo siguiente:

Aplicando estas normas familiares del derecho internacional consuetudinario a la interpretación de los tratados, no hallamos un fundamento convincente para aceptar la afirmación de la Demandante de que el Artículo 11 del TBI haya tenido como efecto permitirle al inversor de la Parte Contractual, como SGS, frente a una cláusula contractual válida de elección de foro a “elevar” sus reclamos fundados exclusivamente en un contrato con otra Parte Contratante, como el Acuerdo de PSI, a reclamos fundados en el TBI, y de conformidad a someter dicho reclamo contractual a este tribunal para su resolución y decisión.

[...]

El propio texto del Artículo 11 no supone afirmar que los incumplimientos de un contrato alegados por un inversor con relación a un contrato que haya suscripto con un Estado (ampliamente considerado como una cuestión de derecho interno y no de derecho internacional) sean “elevados automáticamente” al nivel de violaciones del derecho internacional de los tratados¹⁴⁶. [Traducción libre].

154. Una interpretación similar de la cláusula paraguas ha sido adoptada también por otros tribunales, incluidos los de los casos *Joy Mining c. Egipto*¹⁴⁷, *Salini c. Jordania*¹⁴⁸, *El Paso c. República Argentina*¹⁴⁹, y *Pan American c. República Argentina*¹⁵⁰. La Demandada concluye que el Contrato por los servicios de auditoría celebrado con la Demandante se encuentra dentro de la categoría de contratos comerciales corrientes a los que se hace referencia en estos casos¹⁵¹.
155. En particular, con respecto al enfoque de incumplimiento gubernamental criticado por la Demandante, la Demandada observa que este enfoque ha sido adoptado y cuidadosamente desarrollado en numerosas decisiones, como en *El Paso c. República Argentina*, conduciendo a una interpretación razonable de la cláusula paraguas¹⁵². La doctrina emanada de este caso, y otros como *Pan American c. República Argentina*, es categórica cuando afirma que una interpretación extensiva de la cláusula paraguas contenida en el TBI Argentina-Estados Unidos dejaría sin sentido al resto de las disposiciones en el TBI dado que bastaría con colocar bajo el paraguas de protección

¹⁴⁵ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República Islámica de Paquistán*, Caso CIADI N° ARB/01/13, Decisión sobre Jurisdicción, 6 de agosto de 2003, (en adelante, “*SGS c. Paquistán*”).

¹⁴⁶ *SGS c. Paquistán*, nota 145 *supra*, ¶¶165, 166.

¹⁴⁷ *Joy Mining Machinery Ltd c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI N° ARB/03/11, Laudo, 6 de agosto de 2004.

¹⁴⁸ *Salini*, nota 34 *supra*.

¹⁴⁹ *El Paso*, nota 134 *supra*.

¹⁵⁰ *Pan American Energy LLC, BP Argentina Exploration Company, BP America Production Company, Pan American Sur S.R.L., Pan American Fueguina, S.R.L. y Pan American Continental, S.R.L. c. República Argentina*, Casos CIADI N° ARB/03/13 y ARB/04/8, Decisión sobre Jurisdicción, 27 de julio de 2006.

¹⁵¹ R I, ¶¶119-137; R II, ¶¶127-128.

¹⁵² R II, ¶¶117-128.

del TBI todos los reclamos contractuales¹⁵³. Finalmente, la Demandada afirma que la crítica a estas decisiones por parte de la Demandante, fundada en la decisión del caso *Sempra c. República Argentina*, no tiene sentido, dado que el laudo dictado en el caso *Sempra* fue recientemente anulado por un comité de anulación¹⁵⁴.

156. Asimismo, la Demandada rechaza los intentos de la Demandante de desacreditar la decisión en el caso *SGS c. Paquistán* así como la declaración de la Demandante de que esta decisión no es necesariamente irreconciliable con el enfoque de interpretación amplio. En particular, la Demandada afirma que la Demandante ha reconocido de manera implícita que cuando al tribunal en ese caso, se le presentaron casos análogos, adoptó un enfoque restrictivo en cuanto a la interpretación y alcance de la cláusula paraguas. Por consiguiente, la Demandada afirma que las conclusiones de la decisión son aplicables *mutatis mutandis* al caso que nos ocupa¹⁵⁵.

(iv) La Demandante invoca erróneamente la decisión en *SGS c. Filipinas*

157. La Demandada afirma que la Demandante malinterpreta la decisión en *SGS c. Filipinas*¹⁵⁶. En la opinión de la Demandada, esta decisión también respalda su posición en tanto ese tribunal abogó por un alcance restrictivo de la cláusula paraguas:

No transforma las cuestiones de derecho de los contratos en cuestiones de derecho de los tratados. En particular no modifica el derecho pertinente del Acuerdo de CISS del derecho de Filipinas al derecho internacional. El Artículo X(2) no aborda el *alcance* de los compromisos celebrados con respecto a inversiones específicas sino el *cumplimiento* de estas obligaciones, una vez que se han determinado¹⁵⁷ [Traducción libre].

158. La Demandada sostiene que el tribunal en *SGS c. Filipinas* no consideró que las obligaciones contractuales incorporadas en el acuerdo suscrito entre SGS y Filipinas se convirtieran en obligaciones internacionales. En efecto, en el párrafo 128 de la decisión, citado por la Demandante, el tribunal mantiene una opinión que es exactamente contraria a la posición de la Demandante. El tribunal indicó que la cláusula paraguas en el TBI Suiza-Filipinas no transforma una obligación contractual en una obligación en virtud del derecho internacional¹⁵⁸. El tribunal sostuvo lo siguiente:

[N]o convierte el asunto de la extensión o contenido de tales obligaciones [refiriéndose al contenido de las obligaciones del contrato] en un asunto de derecho internacional. Ese asunto (en el presente caso, el asunto de cuánto debe pagarse por los servicios provistos bajo el acuerdo CISS se encuentra aún regido por el **acuerdo de inversión**.)¹⁵⁹.

¹⁵³ R II, ¶¶124-125.

¹⁵⁴ R II, ¶¶126.

¹⁵⁵ R II, ¶¶131-136.

¹⁵⁶ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Filipinas*, Caso CIADI N° ARB/02/6, Decisión sobre Jurisdicción, 29 de enero de 2004 (en adelante, “*SGS c. Filipinas*”), ¶126.

¹⁵⁷ *SGS c. Filipinas*, nota 156 *supra*, ¶126.

¹⁵⁸ R II, ¶¶108-116.

¹⁵⁹ *SGS c. Filipinas*, nota 156 *supra*, ¶128.

159. La Demandada asimismo enfatiza que existe una diferencia esencial entre el presente caso y el caso *SGS c. Filipinas*: en ese caso el acuerdo entre SGS y las Filipinas era un acuerdo de inversión. Por el contrario, en el caso que nos ocupa, las Partes han celebrado un contrato administrativo regido por el derecho argentino y sometido a la jurisdicción de los tribunales federales argentinos¹⁶⁰.

(v) La Demandante ignora la cláusula de elección de foro estipulada en el Contrato

160. La Demandada sostiene que, en su intento de invocar la aplicación de la cláusula paraguas en este arbitraje, la Demandante ignora una cláusula de elección de foro libremente acordada e incorporada en el Contrato. En el artículo 23 del Contrato, las Partes acordaron someter cualquier controversia originada en el Contrato a la jurisdicción exclusiva de los tribunales federales competentes de la República Argentina. De acuerdo a la Demandada, la Demandante por lo tanto ha violado su obligación contractual de respetar la cláusula de elección de foro en el Contrato¹⁶¹.

161. La inclusión del artículo 23 en el Contrato no fue ni arbitraria ni engañosa y la Demandante la acordó libremente, después de evaluar las ventajas y desventajas de hacerlo. El artículo 23 del Contrato ya estaba incluido en el Pliego de Bases y Condiciones, en virtud del cual la Demandante presentó libremente su oferta. La Demandada concluye que la cláusula es válida en tanto la Demandante nunca fue obligada a suscribir el Contrato o a aceptar una cláusula de elección de foro contra su voluntad¹⁶².

162. Asimismo, la Demandada declara que el acordar una manera distinta de resolver controversias con relación al Contrato para un determinado oferente, en perjuicio del Pliego de Bases y Condiciones aplicable a todos los participantes (que incluía la cláusula de elección de foro), habría violado el principio de igualdad que rige a los contratos administrativos, haciendo por lo tanto que el Contrato resulte nulo de nulidad absoluta¹⁶³.

163. La Demandada también se refiere a numerosos tribunales que han concluido que la jurisdicción de un tribunal internacional estaba precluida por los compromisos asumidos por los individuos en el sentido de someter las controversias en cuestión a la jurisdicción de los tribunales locales¹⁶⁴. La Demandada afirma que no se le puede permitir a la Demandante obtener beneficios del Contrato que suscribió, en tanto ignora sus obligaciones en virtud de este.

¹⁶⁰ R II, ¶¶114-116.

¹⁶¹ R I, ¶¶145-157.

¹⁶² R II, ¶¶142-149; R III, ¶¶53-57; Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción, 1^{er} día (versión en inglés), págs. 15:3-16:4; y pág. 19:11-15.

¹⁶³ Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción, 1^{er} día (versión en inglés), págs. 16:20-17:1; págs. 18:23-19:15.

¹⁶⁴ R I, ¶¶ 145-157. Caso *Woodruff*, REPORTS OF INTERNATIONAL ARBITRAL AWARDS, Tomo IX, págs. 213; *North American Dredging Company of Texas (EE.UU.) c. México*, REPORT OF INTERNATIONAL ARBITRAL AWARDS, Tomo IV, pág. 34.

164. En este sentido, la Demandada se refiere a lo que se sostuvo en el tribunal en *SGS c. Filipinas*:

[L]a pregunta es si se debería permitir que una parte se base en un contrato como base de su reclamo cuando el contrato mismo refiere ese reclamo exclusivamente a otro foro. Para el Tribunal, la respuesta es que no debería permitirse eso, salvo que existan buenas razones tales como fuerza mayor, o imposibilidad de la Demandante de cumplir con su contrato. Este impedimento basado en el principio de que una parte de un contrato no puede reclamar sobre ese contrato sin cumplirlo ella misma, es considerado más naturalmente como una cuestión de admisión en lugar de jurisdicción [...]

Pero el Tribunal no debería ejercer jurisdicción sobre un reclamo contractual cuando las partes ya han acordado sobre como ese reclamo va a ser resuelto.... Las cortes de Filipinas están disponibles para escuchar el reclamo contractual de SGS. Hasta tanto se aclare la cuestión del alcance de la obligación de la Demandada de pagar [...] una decisión de este Tribunal respecto del reclamo de pago de SGS sería prematura¹⁶⁵.

165. Asimismo, la Demandada asevera que la doctrina que deriva del caso *Vivendi* también apoya su posición, porque, en tanto y en cuanto la base esencial de los reclamos de la Demandante sea contractual, las disposiciones relativas al derecho y jurisdicción establecidas en el Contrato deben ser respetadas¹⁶⁶. La Demandada concluye que, toda vez que la esencia de un reclamo se encuentra comprendida dentro del alcance de la cláusula de selección de foro acordada por las partes en el contrato, la cláusula de elección de foro debe ser respetada.
166. Asimismo, el TBI no contiene ninguna otra disposición que pudiera prevalecer sobre la cláusula de selección de foro¹⁶⁷. En este sentido, el Tribunal en *SGS c. Filipinas* concluyó lo siguiente:

La primera consideración involucra la máxima *generalia specialibus non derogant*. El Artículo VIII es una disposición general, aplicable a los arreglos de inversión ya sea suscriptos “antes o después de la entrada en vigor del Acuerdo” (Artículo II). El propio TBI no se suscribió con ninguna inversión o contrato específico previsto. No debe presumirse que una disposición general tal tenga el efecto de anular disposiciones específicas de contratos particulares, negociados libremente por las partes. Como afirma Schreuer, “[s]e le debería dar prioridad a un documento que contenga una cláusula de resolución de diferencias que sea más específica con relación a las partes y a la controversia que a un documento de aplicación más general”. La segunda consideración deriva del carácter de un acuerdo de protección de una inversión como un tratado marco, previsto por los Estados Parte para respaldar y complementar, no para anular o substituir los arreglos de inversión hechos entre el inversor y el Estado receptor negociados realmente¹⁶⁸. [Traducción libre].

167. Como respuesta al argumento de la Demandante con respecto a la comparación de las cláusulas de selección de foro analizadas por el tribunal en el caso *SGS c. Filipinas* y el

¹⁶⁵ *SGS c. Filipinas*, nota 156 *supra*, ¶¶154-155.

¹⁶⁶ R II, ¶¶150-151.

¹⁶⁷ R I, ¶¶153-155.

¹⁶⁸ *SGS c. Filipinas*, nota 156 *supra*, ¶141.

caso que nos ocupa – marcando una diferencia porque el primero incluye palabras imperativas, en tanto el caso que nos ocupa no lo hace – la Demandada afirma que esta interpretación es contraria al contenido del Contrato y equivaldría a una violación del principio de buena fe¹⁶⁹.

168. La Demandada concluye que, dada la claridad del texto del artículo 23 del Contrato y el hecho de que ninguna disposición podría imperar sobre el foro específico elegido por las Partes en el Contrato, la Demandante debería haber referido sus reclamos a los tribunales argentinos de conformidad con los términos del Contrato, incluso si no estuviera obligada a hacerlo por el artículo 8 del TBI. Por lo tanto, incluso en el caso de que el Tribunal permita que los reclamos contractuales sean presentados en virtud del TBI, la cláusula de selección de foro en el Contrato en definitiva limitaría su admisibilidad¹⁷⁰.
169. La Demandada cuestiona, asimismo, la traducción al inglés de la Demandante de la frase “*a todo evento*”, comprendida en la cláusula de selección de foro. De acuerdo a la Demandada, esta frase establece que los tribunales argentinos tendrán jurisdicción “*a todos los efectos*”. La Demandada sostiene que esto otorga a los tribunales argentinos jurisdicción exclusiva sobre cualquier diferendo que resulte del Contrato. Sin embargo, de acuerdo a la Demandada, la Demandante ha intentado reducir la importancia y significado de esa disposición, traduciendo incorrectamente la frase anteriormente mencionada como si, en lugar de tener jurisdicción “*a todos los efectos*”, los tribunales argentinos “*no obstante*” tendrían jurisdicción sobre cualquier diferencia¹⁷¹.
170. Finalmente, la Demandada afirma que la Demandante no debería tener derecho a reclamar el incumplimiento de obligaciones contractuales asumidas por la Demandada cuando ella misma no ha cumplido con sus obligaciones en virtud del Contrato, al violar la cláusula de selección de foro¹⁷².

2. Argumentos de la Demandante

171. La Demandante presenta cuatro líneas de argumentación contra la segunda objeción a la jurisdicción de este Tribunal. En primer lugar, la Demandante afirma que la Demandada hace caso omiso del hecho de que la Demandante presente demandas por incumplimiento del tratado. En segundo lugar, asevera que los incumplimientos de obligaciones contractuales que surgen del Contrato en este caso equivalen a incumplimientos del TBI de conformidad con la cláusula paraguas que fuera acordada libremente por los Estados contratantes. En tercer lugar, la Demandante sostiene que la Demandada ha aplicado incorrectamente el caso *SGS c. Filipinas*, ya que el tribunal en ese caso no negó la jurisdicción. Por último, la Demandante argumenta que la cláusula de elección de foro en el Contrato no priva a este Tribunal de jurisdicción sobre esta

¹⁶⁹ R II, ¶¶156-163.

¹⁷⁰ Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción, 1^{er} día (versión en inglés), pág. 70:7-13.

¹⁷¹ R III, ¶54; Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción, 1^{er} día (versión en inglés), págs. 56-60.

¹⁷² Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción, 1^{er} día (versión en inglés), pág. 61.

demanda. Por consiguiente, la Demandante solicita al Tribunal que desestime la segunda objeción de la Demandada.

(i) El Tribunal debería seguir un enfoque más amplio de la interpretación de la cláusula paraguas

172. La Demandante analiza paso a paso la historia de la cláusula paraguas y afirma que, desde sus orígenes, la cláusula paraguas estuvo destinada a ser interpretada de manera amplia a fin de proteger los compromisos contractuales celebrados entre Estados e inversores privados extranjeros y nunca se concibió que estuviera limitada solamente a determinadas obligaciones internacionales¹⁷³. En oposición a los argumentos de la Demandada, la Demandante sostiene que, históricamente, de acuerdo a los académicos, las cláusulas paraguas brindaron “recursos procesales para los incumplimientos de las promesas de los Estados receptores” y estaban “previstas para estabilizar la cooperación inversor-Estado más integralmente contra cualquier forma de comportamiento oportunista *ex post* del Estado receptor al permitir la resolución efectiva de controversias de terceros. La perspectiva histórica, en otras palabras, encaja como una unidad en la concepción de que la cláusula paraguas rompiera con el marco dual del derecho internacional y proveyera un mecanismo de ejecución para las promesas de los Estados receptores, independientemente de si las violaciones eran de naturaleza soberana o comercial”¹⁷⁴. Finalmente, la Demandante observa que, al igual que todos los individuos o empresas, los Estados tienen la libertad de acordar con una disposición en un tratado por la cual los incumplimientos de contratos con respecto a una inversión protegida se asimilan a incumplimientos del propio tratado, según ha sido ejercido por las Partes Contratantes del TBI de este caso¹⁷⁵.
173. De acuerdo a la Demandante, durante el curso de la década pasada los comentaristas han articulado tres enfoques divergentes respecto del alcance de la cláusula paraguas. Según el primer enfoque, adoptado en *SGS c. Filipinas*, los incumplimientos del contrato se convierten automáticamente en incumplimientos del tratado. Como lo declaró el tribunal en *SGS c. Filipinas* la cláusula paraguas “significa lo que dice” y “transforma el incumplimiento de compromisos vinculantes por parte del Estado receptor, incluidos compromisos contractuales, asumidos con respecto a inversiones específicas, en un incumplimiento del TBI”¹⁷⁶. El segundo enfoque, también denominado enfoque de “incumplimiento gubernamental” y adoptado en *Sempra*, sostiene que “sólo los incumplimientos gubernamentales de contrato, y no los

¹⁷³ C II, ¶¶64-67; Herman Abs & Hartley Shawcross, “Draft Convention on Investments Abroad” en *The Proposed Convention to Protect Private Foreign Investment: A RoundTable*, 9 J. Pub. L. 115 (1960) (C-LA-73) (en adelante, “*Abs-Shawcross Draft*”); Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), *Proyecto de Convenio sobre Protección de Propiedad Extranjera y Resolución del Consejo de la OCDE*, OECD Pub. N° . 23081 (1967), reimpresso en 7 I.L.M. 117-43 (1968) (C-LA-79) (en adelante “*Proyecto de la OCDE*”).

¹⁷⁴ C III, ¶42; Stephan W. Schill, *The Robert E. Hudec Article on Global Trade: Enabling Private Ordering, Function Scope and Effect of Umbrella Clauses in International Investment Treaties*, 18 Minn. J. Int’l L. 1, (2009) (C-LA-126), págs. 57-58.

¹⁷⁵ C IV, ¶105; *Noble Ventures, Inc. c. Rumania*, Caso CIADI N° ARB/01/11, Laudo, 12 de octubre de 2005, ¶54; Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción, 1^{er} día (versión en inglés), pág. 140:17-23.

¹⁷⁶ C II, ¶69; *SGS c. Filipinas*, nota 156 *supra*, ¶¶119, 128.

comerciales, [están] contemplados en la cláusula paraguas”¹⁷⁷. Finalmente, el tercer enfoque, que adoptó el Tribunal en *SGS c. Paquistán*, “simplemente niega que el cumplimiento de la cláusula de compromisos pudiera tener efecto alguno y no considera que el incumplimiento de un contrato pueda constituir una infracción del tratado de inversión”¹⁷⁸ [Traducción libre de citas].

174. La Demandante argumenta que los tres enfoques no son necesariamente irreconciliables. De acuerdo a la Demandante, el tribunal en *SGS c. Paquistán* reconoció que su conclusión era extremadamente limitada, restringida a la interpretación del texto específico de la cláusula paraguas en el TBI Suiza-Paquistán y a la intención detrás de esa cláusula. Por consiguiente, la Demandante sostiene que las conclusiones del tribunal no son necesariamente incompatibles con los enfoques más amplios¹⁷⁹.

(ii) Los incumplimientos por parte de la Demandada de sus obligaciones contractuales constituyeron infracciones del TBI

175. La Demandante sostiene que las medidas administrativas adoptadas por la Demandada en los años 2001 y 2002 que dieron origen a sus demandas no surgen del Contrato, sino de la manera en la cual la Demandada pretendió perjudicar, distorsionar y reducir las obligaciones que había asumido en el Contrato a través de sus leyes de emergencia. En consecuencia, sus reclamos se fundan en una violación del artículo 2(2) del TBI¹⁸⁰.

176. La interpretación de la Demandante del artículo 2(2) del TBI de conformidad con los artículos 31 y 32 de la CVDT, se centra en (1) la ubicación del artículo 2(2) entre las obligaciones sustantivas principales del TBI, lo que sugiere que tenía el objetivo de imponer obligaciones internacionales sustanciales; (2) el hecho de que el significado puro de la disposición es claro, ya que “deberá cumplir” es categórico e inequívoco, y “cualquier” es amplio, lo que significa no sólo las obligaciones de un cierto tipo, sino todas las obligaciones; y (3) la referencia clara a los contratos de inversión sin hacer distinción entre las distintas categorías de contratos¹⁸¹. Asimismo, de acuerdo a la Demandante, una lectura amplia e inclusiva de la cláusula paraguas también coincide con el objeto y fin del TBI¹⁸².

177. En oposición a la Demandada, la Demandante afirma que el TBI no incluye ningún requisito con respecto a la existencia necesaria de un acuerdo de inversión para que la cláusula paraguas resulte aplicable. El TBI que nos ocupa no tiene ninguna limitación

¹⁷⁷ *Sempra Energy Int’l c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/02/16, Laudo del Tribunal, 28 de septiembre 2007 (en adelante, “*Sempra*”), ¶311.

¹⁷⁸ C II, ¶71; Emmanuel Gaillard, *Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction over Contract Claims – the SGS Cases Considered*, in *INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND ARBITRATION: LEADING CASES FROM ICSID, NAFTA, BILATERAL TREATIES AND CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW* (Todd Weiler ed., 2005) pág. 388 (C-LA-83).

¹⁷⁹ C II, ¶72.

¹⁸⁰ Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción, 1^{er} día (versión en inglés), págs. 125:6-126:13.

¹⁸¹ C II, ¶¶73-78.

¹⁸² C II, ¶¶79-81.

en este sentido; en cambio, el TBI Estados Unidos-Argentina define una “controversia sobre inversiones” como una controversia relacionada con un “acuerdo de inversión”. El TBI Argentina-Reino Unido no incluye este requisito¹⁸³. La Demandante argumenta que las autoridades citadas por la Demandada no respaldan la idea de que un inversor necesite celebrar un “acuerdo de inversión” a fin de beneficiarse de las protecciones del TBI. Asimismo, la teoría de la internacionalización no implica que si no se incluyesen estas cláusulas en el contrato se impediría el acceso a la protección en virtud del TBI. Tal conclusión haría que la protección de los compromisos en los tratados de inversión careciera de todo sentido¹⁸⁴.

178. La Demandante analiza, asimismo, las decisiones a las que hace referencia la Demandada para respaldar su posición de dar un alcance limitado a la cláusula paraguas. La Demandante afirma que la Demandada en determinados casos ha malinterpretado o aplicado incorrectamente algunas de las decisiones, y en otros casos las decisiones son distintas a los hechos del presente caso.
179. En primer lugar, con respecto a *SGS c. Paquistán*, la Demandante hace hincapié en que la matriz fáctica en ese caso fue única. En ese caso, el arbitraje local había sido un “punto no negociable” para Paquistán, Paquistán ya había iniciado un arbitraje contra SGS, y SGS ya había participado en el arbitraje durante un período de tiempo significativo antes de iniciar un arbitraje CIADI¹⁸⁵. El texto específico de la cláusula paraguas en cuestión y su ubicación dentro del TBI fueron también factores importantes en la decisión de ese tribunal. Asimismo, según lo establecieron determinados redactores de la doctrina, el enfoque restrictivo adoptado en *SGS c. Paquistán* “priva a la cláusula paraguas de todo contenido” lo que contradice el texto, objeto, y el fin de esta disposición¹⁸⁶.
180. Con respecto a *Salini c. Jordania*, la Demandante asevera que los reclamos en ese caso eran exclusivamente contractuales y que el TBI no contenía una cláusula paraguas adecuada, sino una cláusula cuyo contenido es comparable con las disposiciones de trato justo y equitativo y expectativas legítimas¹⁸⁷. En efecto, la Demandante observa que el propio tribunal consideró que la redacción de la cláusula paraguas en el TBI Italia-Jordania era “apreciablemente diferente” a la que nos ocupa¹⁸⁸.
181. Se aplica el mismo razonamiento con respecto a la decisión de *Joy Mining c. Egipto*, donde la Demandante afirma que no había en juego ningún reclamo; el reclamo estaba fundado en una responsabilidad contingente que ni siquiera ascendía al nivel de un reclamo contractual ya que no se había materializado¹⁸⁹. Asimismo, el tribunal dejó en claro que su decisión se basaba en la redacción específica y el contexto del TBI y

¹⁸³ C III, ¶¶27-30; C IV, ¶¶87-90.

¹⁸⁴ C III, ¶¶31-33.

¹⁸⁵ Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción, 1^{er} día (versión en inglés), págs. 127-131.

¹⁸⁶ C II, ¶¶83-89; C III, ¶¶53-56; C IV, ¶¶91-94.

¹⁸⁷ Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción, 1^{er} día (versión en inglés), págs. 142:16-143:22.

¹⁸⁸ C IV, ¶108.

¹⁸⁹ Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción, 1^{er} día (versión en inglés), págs. 141:13-142:15.

reconocía que cláusulas paraguas con una redacción distinta podrían producir los efectos que se discuten aquí¹⁹⁰.

182. La Demandante sostiene que en *El Paso c. República Argentina*, una interpretación errónea de la cláusula paraguas en vistas del contenido restrictivo de la cláusula de resolución de controversias llevó a que el tribunal interpretara esta última de manera errónea en un modo en que no lo habría hecho frente a la redacción del presente TBI¹⁹¹.
183. Por último, con respecto a *Pan American c. República Argentina*, la Demandante arguye que las circunstancias del caso y la particular redacción de ese TBI también explican las conclusiones de ese tribunal. El tribunal denegó la jurisdicción en ese caso porque concluyó que los reclamos no estaban contemplados dentro de la definición de una “controversia de inversión” en virtud del TBI debido al hecho de que el contrato en cuestión no constituía un “contrato de inversión” según la definición conforme a ese TBI. Asimismo, la prueba de la actuación en calidad de soberano del tribunal no está respaldada en la responsabilidad del Estado o el derecho internacional público en general y se construye sobre supuestos falsos respecto del efecto de una interpretación más amplia¹⁹².
184. Por otra parte, la Demandante se refiere a las decisiones de arbitrajes de inversión que respaldan su posición. Por ejemplo, *SGS c. Filipinas*, aunque fácticamente similar a *SGS c. Paquistán*, involucra una cláusula paraguas diferente. Dada la redacción imperativa (“deberá”) usada en esa cláusula y el hecho de que los TBI son celebrados para la promoción y protección de las inversiones, el tribunal concluyó que la cláusula paraguas transformaba las controversias contractuales en controversias basadas en un tratado. Sin embargo, si bien el tribunal concluyó que tenía jurisdicción sobre la demanda contractual, la demanda seguía siendo inadmisibles porque trataba la determinación del monto que las Filipinas debía pagarle a SGS (lo que no constituye una cuestión de incumplimiento de un contrato) y existía una cláusula específica de resolución de controversias acordada por las partes en su contrato conforme a la cual los tribunales locales eran exclusivamente competentes para resolver esa cuestión¹⁹³. La Demandante cita al tribunal en este sentido:

El Artículo X(2) determina que el incumplimiento por parte del Estado receptor de compromisos vinculantes, incluidos los compromisos contractuales, asumidos con respecto a inversiones específicas, constituye un incumplimiento del TBI. No obstante, no convierte la cuestión del alcance o el contenido de dichas obligaciones en una cuestión de derecho internacional. Esa cuestión (en la causa que nos convoca, la cuestión de la cuantía a pagar por los servicios prestados conforme al Acuerdo de CISS) continúa rigiéndose por el acuerdo de inversión¹⁹⁴ [Traducción libre].

¹⁹⁰ C II, ¶¶93-95; C IV, ¶107.

¹⁹¹ C IV, ¶¶109113 Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción, 1^{er} día (versión en inglés), págs. 143:23-146:14.

¹⁹² C II, ¶¶96; C III, ¶¶46-50.

¹⁹³ C II, ¶¶103-108; C IV, ¶¶95-99: Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción, 1^{er} día (versión en inglés), págs. 131:13-138:5.

¹⁹⁴ C III, ¶¶44-45; *SGS c. Filipinas*, nota 156 *supra*, ¶128.

185. La Demandante insiste en que estos términos demuestran, contrariamente a las aseveraciones de la Demandada, que el Tribunal sostuvo que la cláusula paraguas podía contemplar las pretensiones contractuales y que el incumplimiento de los compromisos contractuales por parte de un estado receptor pueden equivaler a un incumplimiento del TBI¹⁹⁵.
186. La Demandante hace referencia, asimismo, a *Eureka c. Polonia*, donde un tribunal CNUDMI analizó una cláusula paraguas que es idéntica a la que nos convoca. En ese caso, la redacción de la cláusula así como el objeto y el fin del TBI también condujeron al tribunal a dictaminar a favor de conceder jurisdicción sobre los reclamos contractuales que surgieran del contrato de inversión¹⁹⁶. El tribunal en *Noble Ventures* también llegó a la misma conclusión¹⁹⁷.

(iii) La cláusula de elección de foro en el Contrato no priva a este Tribunal de jurisdicción

187. A diferencia de la Demandada, la Demandante sostiene que la cláusula de elección de foro en el Contrato no prevalece sobre el consentimiento más general de la Demandada al arbitraje en virtud del TBI, y que los argumentos de la Demandada hacen caso omiso del hecho de que la Demandante presente reclamos ante este Tribunal por incumplimientos del tratado.
188. En primer lugar, la Demandante se refiere a *Vivendi*¹⁹⁸ donde se concluyó que la existencia de una cláusula de elección de foro en un contrato subyacente no priva a un tribunal de jurisdicción sobre los reclamos sobre tratados, incluidos aquellos que surgen de un contrato. Esta conclusión fue confirmada por el comité *ad hoc* en el procedimiento de anulación del caso *Vivendi*, quien agregó que “[u]n estado no puede apoyarse en una cláusula de jurisdicción exclusiva para evitar la caracterización de su conducta como internacionalmente ilícita bajo un tratado”¹⁹⁹. Estas decisiones también fueron consideradas por el tribunal en el caso *Eureka*²⁰⁰.
189. La Demandante, asimismo, afirma que el argumento de la Demandada tiene dos defectos adicionales: (1) las Partes no han determinado de común acuerdo el foro elegido, ya que no fue negociado específicamente y meramente reconoce un requisito legal de acuerdo con la legislación argentina²⁰¹; y (2) la cláusula de elección de foro en el artículo 23 del Contrato no prevé jurisdicción exclusiva, ya que no contiene un

¹⁹⁵ C III, ¶¶44-45.

¹⁹⁶ C II, ¶¶109-112; C IV, ¶¶100-102; Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción, 1^{er} día (versión en inglés), págs. 138:6 -139:5.

¹⁹⁷ C II, ¶¶113-115; C IV, ¶¶103-105; Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción, 1^{er} día (versión en inglés), pág. 139.

¹⁹⁸ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal* (anteriormente *Compagnie Générale des Eaux*) *c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/97/3, Laudo, 21 de noviembre de 2000, ¶53.

¹⁹⁹ Comité de Anulación de *Vivendi*, nota 127 *supra*, ¶101.

²⁰⁰ C II, ¶120; C III, ¶¶57-58.

²⁰¹ C II, ¶121. Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción, 1^{er} día (versión en inglés), pág. 124:3-23.

lenguaje específico a tal fin²⁰². En cambio, la Demandante también observa que tanto en *SGS c. Paquistán* como en *SGS c. Filipinas* las cláusulas de jurisdicción exclusiva habían sido negociadas y acordadas, y su redacción no dejaba duda alguna de que abarcaban cuestiones relacionadas con los contratos en cuestión a los fines de las jurisdicciones particulares designadas en virtud de estos contratos²⁰³.

190. Con respecto a esta segunda cuestión *supra*, la Demandante observa que antes de la Audiencia sobre Jurisdicción la Demandada nunca había cuestionado la traducción de la cláusula de elección de foro del Contrato²⁰⁴ y sostiene que las decisiones citadas por la Demandada en este sentido, a saber *Woodruff, North American Dredging Company*, y *SGS c. Filipinas*, son irrelevantes para este Tribunal, ya que las cláusulas de elección de foro analizadas por esos tribunales contenían un lenguaje imperativo que limitaba expresamente el acceso a otros foros²⁰⁵. Por último, si bien la Demandante reconoce que optó libremente por celebrar un Contrato que contenía una cláusula de elección de foro (que no fue objeto de negociación entre las Partes), esto no implica una renuncia a su derecho de aceptar la oferta permanente de la Demandada de someter a arbitraje las controversias basadas en un tratado²⁰⁶.
191. Independientemente de si la cláusula de elección de foro es exclusiva o no, la Demandante concluye que este Tribunal tiene jurisdicción, en tanto los reclamos de la Demandante son reclamos sobre Tratados precisamente porque la Demandada invocó cambios en la ley argentina para socavar y reducir con carácter retroactivo sus obligaciones hacia la Demandante. En razón de que la disposición sobre el tratamiento justo y equitativo en los reclamos sobre tratados no puede evaluarse sin considerar lo que hizo la Demandada con respecto al Contrato, sería incoherente con el significado y el efecto de la cláusula paraguas que se desconectara toda cuestión que surgiera del Contrato²⁰⁷.

²⁰² C II, ¶¶121-122. Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción, 1^{er} día (versión en inglés), págs. 124:23-125:6.

²⁰³ C IV, ¶¶114-115; Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción, 1^{er} día (versión en inglés), págs. 121:18-122:8.

²⁰⁴ C IV, ¶115; Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción, 1^{er} día (versión en inglés), pág. 97.

²⁰⁵ C II, ¶¶123-124; C III, ¶59.

²⁰⁶ C IV, ¶¶116-118; Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción, 1^{er} día (versión en inglés), pág. 158:6-10.

²⁰⁷ C IV, ¶¶119-121.

G.III. AQUIESCENCIA Y PRESCRIPCIÓN DE LOS RECLAMOS DE LA DEMANDANTE

1. Argumentos de la Demandada

192. La Demandada recuerda que la Demandante presentó el Reclamo Administrativo el 15 de marzo de 2002, exigiendo el pago de facturas adeudadas, y sólo después de más de cuatro años la Demandante notificó la existencia de una controversia en virtud del TBI. Con respecto a la controversia que nos convoca, la Demandante presenta tres demandas principales: 1) la decisión del 22 de agosto 2002 que supuestamente pesificó las facturas; 2) la reducción del monto para cumplir con el límite del 10% sobre los honorarios de conformidad con la misma decisión; y 3) la reducción del 13% en las facturas después de una decisión adoptada por AFIP. La Demandada alega que la propia Demandante estuvo de acuerdo con cada una de estas medidas, como lo reconociera uno de sus testigos.
193. La Demandada enfatiza que los supuestos agravios que dan lugar al presente reclamo se produjeron entre agosto de 2002 y junio de 2003, y que la Demandante sólo comunicó la existencia de una controversia sobre el TBI a la República Argentina en noviembre de 2006. Por lo tanto, la Demandante ha esperado voluntariamente sin explicación más de cuatro años desde que tuvieron lugar las supuestas violaciones del TBI antes de someter su controversia al arbitraje internacional²⁰⁸.
194. En respuesta al argumento de la Demandante de que esta objeción debería desestimarse ya que exigiría que el Tribunal aborde un análisis de los hechos subyacentes, la Demandante afirma que este Tribunal no sólo se encuentra facultado a hacerlo, sino que de hecho tiene la obligación de analizar todos los elementos que puedan ser necesarios para dictar una decisión sobre jurisdicción. En este sentido el tribunal en el marco del caso *Inceysa* concluyó que:

Es evidente que al obligar el Convenio CIADI al Tribunal de arbitraje a resolver sobre su propia competencia, implícitamente le faculta a analizar todas aquellas cuestiones fácticas y jurídicas que pudieran ser relevantes para cumplir con esa obligación²⁰⁹.

Al resolver su propia competencia, el Tribunal de Arbitraje está obligado a analizar aquellas cuestiones que pudieran tener relevancia jurídica para definirla, independientemente de que se trate de asuntos que pudieran ser calificados como sustantivos o ‘de fondo’ o de cuestiones procesales. Si, para determinar sobre su propia competencia, el Tribunal de Arbitraje está obligado a analizar hechos y disposiciones normativas sustantivos que constituyen presupuestos para la definición del alcance de la competencia del Tribunal, éste no tiene otra alternativa que ocuparse de ellos, so pena de incumplir con la obligación que le impone el Artículo 41 del Convenio CIADI.

²⁰⁸ R I, ¶¶177-183; R III, ¶¶59-62, ¶69.

²⁰⁹ *Inceysa Vallisoletana SI c. El Salvador*, Caso CIADI N° ARB/03/26, Laudo, 2 de agosto de 2006, (en adelante “*Inceysa*”), ¶149 (R-LA-76).

En el caso que ocupa al Tribunal de Arbitraje, la controversia con respecto a la competencia del Tribunal se centra en determinar si el consentimiento que dio El Salvador para someterse a la jurisdicción del CIADI, comprende las inversiones no realizadas de conformidad con su legislación. Por lo tanto, para resolver sobre su propia competencia este Tribunal se encuentra obligado a analizar, en primer lugar, si dicho argumento es atendible y, en segundo lugar, si está fundado en los hechos del caso planteado.

De esta manera, aunque pudiera considerarse que el análisis que el Tribunal de Arbitraje está obligado a realizar entraña la determinación de cuestiones de naturaleza sustantiva, tales como la conformidad de la inversión de Inceysa con la legislación de El Salvador, es evidente que esas cuestiones constituyen un presupuesto que necesariamente se debe examinar para resolver el asunto de la competencia del Tribunal de Arbitraje²¹⁰.

(i) *Aquiescencia*

195. Con respecto a la aquiescencia, la Demandada observa en primer lugar que la Demandante nunca cuestionó las leyes de emergencia argentinas de los años 2001 y 2002, ni al momento de su promulgación ni en una etapa más tardía. En cambio, la Demandante sólo cuestionó su aplicación por parte de la Demandada. En cualquier caso, la Demandada afirma que la Demandante sólo lo hizo luego de un lapso de tiempo considerable, por medio de presentaciones administrativas de naturaleza meramente contractual, contra las medidas generales aplicadas tanto a nacionales como a extranjeros.
196. La Demandada hace referencia a los académicos que han reconocido que “la inacción en representación de un Estado puede conducir a la pérdida de un derecho o reclamo si, en virtud de las circunstancias, se habría esperado que el Estado mostrara alguna forma de actividad”, o si una demandante “no ha presentado su reclamo y que por ello haya aceptado implícitamente su extinción”²¹¹. La doctrina de aquiescencia se encuentra arraigada en conceptos generales de buena fe y equidad y se puede aplicar también a esta controversia, ya que no está limitada a la responsabilidad del Estado. Más aún, la Demandada se refiere a las decisiones citadas por la Demandante, el caso *Grisbdarna* y el caso *Frontera de Alaska*, y declara que estos casos en realidad avalan su posición, ya que reconocen la existencia del principio de aquiescencia conforme el derecho internacional público y sus consecuencias jurídicas²¹². En particular, la doctrina de aquiescencia tiene los siguientes requisitos para su aplicación: (1) que la demandante no haya presentado un reclamo; (2) la falta de presentación del reclamo debió haberse prolongado durante un período de tiempo razonable; (3) debe haberse esperado que la demandante actúe, pero no lo hizo.

²¹⁰ *Inceysa*, nota 209 *supra*, ¶¶155-157.

²¹¹ R I, ¶¶165-170; NS Marques Antunes, *Aquiescence* en R Wolfrum (ed), *THE MAX PLANCK ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW*, Oxford University Press, 2008, disponible en <<http://www.mpepil.com>>, ¶2; Christian J. Tams, *Waiver, Acquiescence, and Extinctive Prescription* en *THE LAW OF INTERNATIONAL RESPONSIBILITY* (J. Crawford, A. Pellet y S. Olleson eds., 2010), pág. 1043.

²¹² R II, ¶¶185-187.

197. La Demandada afirma que la Demandante ha incurrido en aquiescencia dado que en su conducta se reúnen los tres requisitos mencionados anteriormente: (1) la Demandante no inició un reclamo conforme al TBI por más de cuatro años; (2) no lo hizo durante un período de tiempo prolongado – pasaron más de tres años sin que notificara la existencia de los reclamos desde el último de los hechos en disputa; y (3) la Demandante se mantuvo inactiva en una situación en la que se esperaría que promoviera sus reclamos. Sin embargo, a pesar del hecho de que la Demandante notificara a la Demandada sobre una controversia dentro del marco de un TBI y amenazara con recurrir al arbitraje internacional en su carta de 27 de noviembre de 2006, la Demandante no hizo nada más hasta junio de 2009²¹³.
198. La Demandada afirma que la conducta de la Demandante demuestra que incurrió en aquiescencia de las medidas que ahora reclama, independientemente de si se toma como el momento relevante en que comenzó la inacción de la Demandante: (a) la promulgación de las leyes de emergencia en los años 2001 y 2002, (b) la aplicación de las leyes de emergencia a las facturas en virtud del Contrato o (c) la negativa de las autoridades administrativas de pagar los montos reclamados²¹⁴. La aquiescencia de la Demandante también es clara independientemente de si se afirma que la inacción finalizó (a) al momento de la notificación de la existencia de una controversia en virtud del TBI en 2006 o (b) al momento de la presentación de la notificación de arbitraje en 2009²¹⁵.
199. Además, aunque la Demandante afirme que no incurrió en aquiescencia ya que inició reclamos administrativos y que los continuó desde 2002 hasta 2006, la Demandada sostiene que la Demandante nunca alegó ninguna violación del TBI en ese contexto²¹⁶.
200. Asimismo, la Demandada también desestima la afirmación de la Demandante de que se había reservado sus derechos para presentar posteriormente reclamos en el marco del tratado ante un tribunal arbitral internacional en un reclamo ampliado presentado conjuntamente con Ostram. Inicialmente, la Demandada señala que reservarse un derecho significa que el derecho todavía no ha sido ejercido. En segundo lugar, en ese reclamo no se hizo referencia alguna respecto de qué disposiciones del TBI Reino Unido-Argentina se estaban violando. En tercer lugar, la reserva se extendió, asimismo, a la presentación de un reclamo judicial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. En cuarto lugar, y más importante, la Demandante no tenía derecho a iniciar ese reclamo como consecuencia de la cesión de las facturas en virtud del Contrato y Ostram no es un inversor calificado en virtud del TBI como compañía de las Islas Caimán. Por lo tanto, esa demanda es irrelevante para la cuestión que nos ocupa²¹⁷.

²¹³ R I, ¶¶184-187.

²¹⁴ Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción, 1^{er} día (versión en inglés), pág. 81:12-20.

²¹⁵ Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción, 1^{er} día (versión en inglés), págs. 78-80; Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción, 2^{do} día (versión en inglés), págs. 3:12-4:8.

²¹⁶ R II, ¶¶172-177; R III, ¶¶63-66; Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción, 1^{er} día (versión en inglés), págs. 75-76.

²¹⁷ R III, ¶¶67; Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción, 1^{er} día (versión en inglés), págs 76-78

(ii) Prescripción

201. La prescripción extintiva ha sido también reconocida ampliamente en el derecho internacional. La CIJ en el caso *Nauru* estableció que “hasta en ausencia de cualquier disposición aplicable del tratado, la demora por parte de un Estado demandante puede tornar inadmisibile una solicitud”²¹⁸. Numerosas decisiones arbitrales también han reconocido este principio. La prescripción extintiva ha sido, asimismo, reconocida como un principio general del derecho por las naciones civilizadas desde principios del siglo XX. Exige que el Estado que desee invocarla pruebe que la conducta fue atribuible a la demandante y que la demandante pudo en todo momento articular el reclamo y que no lo hizo por su propia voluntad²¹⁹. Asimismo, es necesario demostrar que se ha colocado a la parte que invoca la prescripción frente a una situación de desventaja como consecuencia de la demora en la presentación del reclamo.
202. La prescripción extintiva no sólo pretende evitar la desventaja para la demandada porque las pruebas podrían no encontrarse disponibles, como afirma la Demandante, sino que también pretende alcanzar la seguridad jurídica. La Demandada sostiene que “si el inversor extranjero no presenta su reclamo dentro de un período razonable de tiempo, se considera que incurre en aquiescencia y se produce la extinción del reclamo por la aplicación de las reglas de la prescripción extintiva y liberatoria bajo el derecho internacional”²²⁰.
203. De acuerdo a la Demandada, el reclamo de la Demandante también está prescripto debido al tiempo transcurrido sin que haya activado el mecanismo para la resolución de controversias previsto en el artículo 8 del TBI. Esta demora es pura y exclusivamente atribuible a la Demandante quien debería haber, *inter alia*, sometido la controversia para su resolución ante los tribunales argentinos tanto de conformidad con el artículo 8 del TBI como con la cláusula de elección de foro en el Contrato. En cambio, la Demandante ahora pretende, a pesar de la demora sustancial para desventaja de la Demandada, subvertir estos requisitos a través de sus argumentos falsos e incorrectos respecto del alcance y efecto de las cláusulas de NMF y paraguas²²¹. En efecto, la Demandada observa que ninguno de los muchos reclamos presentados en su contra ante tribunales internacionales como consecuencia de las leyes de emergencia demoraron tanto en ser presentados como el presente caso²²².
204. Además, contrariamente al argumento de la Demandante de que el período de prescripción en el derecho internacional “es más de décadas que de años”²²³, la Demandada afirma que no existe un límite de tiempo específico y que sólo se exige el transcurso de un período de tiempo razonable. Por ejemplo, la Demandada señala que

²¹⁸ *Caso relativo a Determinadas Tierras de Fosfato en Nauru* (Nauru c. Australia), Sentencia de 26 de junio de 1992, 1992 ICJ Reports 240, ¶32.

²¹⁹ R I, ¶¶171-176.

²²⁰ R II, ¶¶178-182.

²²¹ R I, ¶¶188-196.

²²² Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción, 1^{er} día (versión en inglés), pág. 81:6-11.

²²³ C I, ¶156.

los tratados sobre derechos humanos e inversiones regionales como el TLCAN y el Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, Estados Unidos y República Dominicana (CAFTA) prevén plazos reducidos para la prescripción de los reclamos.²²⁴

205. Asimismo, la Demandada afirma que su posición se encuentra respaldada por el derecho argentino, que rige la cuestión - ya que es el derecho aplicable a la controversia conjuntamente con el propio TBI - por operación del artículo 8(4) del TBI. La Demandada sostiene que los reclamos son contractuales y que por lo tanto el Tribunal no tiene jurisdicción sobre ellos; no obstante, si los reclamos son considerados reclamos sobre tratados como lo asevera la Demandante, estarían sujetos al período de prescripción de dos años aplicable conforme el derecho argentino a los reclamos extra-contractuales (como aquellos fundados en tratados y derechos establecidos por la ley)²²⁵.
206. La importancia de las leyes internas de los Estados receptores ha sido confirmada por la decisión en *Yury Bogdanov c. República de Moldavia*, donde el tribunal arbitral concluyó que:

La República de Moldavia ha hecho una objeción basada en la prescripción arguyendo que las cargas para el año 2005 habían prescrito. El Tratado mismo no dice nada sobre prescripción respecto de reclamos bajo el Tratado. Sin embargo, parecería que el período de prescripción establecido en el derecho de cada Parte Contratante debe ser aplicado para que los reclamos no puedan efectuarse indefinidamente. El Sr. Bogdanov no cuestionó que el período de prescripción fuera de 3 años bajo el derecho de Moldavia y no invocó ninguna disposición del derecho ruso que pudiera conllevar a un período más extenso. En consecuencia, esta excepción de parte de la República de Moldavia resulta estar bien fundada para el Árbitro Único²²⁶.

207. La Demandada agrega que no ha ocurrido ninguna interrupción o suspensión de la prescripción liberatoria, ya que la primera acción por parte de la Demandante que podría haber tenido este efecto fue el sometimiento del reclamo a arbitraje, que ocurrió mucho después de que hubiera vencido el período de prescripción de dos años. De acuerdo a la Demandada tampoco se consideraría que las presentaciones administrativas por parte de la Demandante hubieran interrumpido o suspendido la prescripción porque eran contractuales, mientras que los reclamos de este caso son supuestamente en base al tratado. La consecuencia natural para la Demandada es que, si se concluye que los presentes reclamos son en base al tratado en lugar de meramente contractuales, entonces se han tornado inadmisibles por operación de la aquiescencia o prescripción²²⁷.

²²⁴ R III, ¶74; Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción, 1^{er} día (versión en inglés), págs. 81:21-82:16.

²²⁵ R II, ¶¶183-184. Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción, 1^{er} día (versión en inglés), págs 83:13-84:22.

²²⁶ *Yury Bogdanov, ciudadano de la Federación Rusa c. República de Moldavia*, Laudo Definitivo, Caso CCE N° 114/2009, 30 de marzo de 2010, ¶ 94.

²²⁷ R III, ¶¶73-82; Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción, 1^{er} día (versión en inglés), págs. 85:7-86:18.

208. Finalmente, la Demandada observa que ningún elemento en las decisiones citadas por la Demandante socava la objeción de prescripción planteada por la Demandada²²⁸.

2. Argumentos de la Demandante

209. La Demandante sostiene que la tercera objeción de la Demandada carece de fundamento, ya que ni la aquiescencia ni la prescripción extintiva son aplicables al presente caso.

210. Asimismo, la Demandante asevera que los reclamos están sujetos tanto a los principios del derecho internacional como al derecho argentino, pero que desestimar la aplicabilidad del primero a este punto permitiría a los Estados demandados reformar convenientemente sus leyes a fin de modificar los períodos de prescripción y evitar sus compromisos²²⁹.

211. La Demandante alega que la Demandada malinterpreta y aplica incorrectamente ambos conceptos en el presente caso. La Demandante no dejó transcurrir más de cuatro años desde la violación inicial del TBI. Por el contrario, la Demandante arguye que desde 2002 hasta 2006 continuó sus reclamos y estuvo en contacto con la Demandada de manera constante²³⁰. Es más, toda vez que cumplió con las directivas de la Demandada a lo largo de este tiempo siempre se reservó expresamente sus derechos de reclamar cualquier diferencia entre las facturas reducidas y las facturas presentadas originalmente²³¹.

212. Además, la Demandante sostiene que la tercera objeción de la Demandada ni siquiera debería considerarse en esta etapa, ya que las cuestiones determinantes de prescripción y aquiescencia en el derecho internacional exigen un análisis de los hechos subyacentes.

(i) *Aquiescencia*

213. La Demandante define el concepto de aquiescencia en el derecho internacional como un acuerdo tácito o un consentimiento implícito a actuar. En particular, consentir tácitamente es atribuir una consecuencia legal a determinadas circunstancias de hecho. Por lo tanto debe interpretarse restrictivamente para asegurar que tal aquiescencia concuerde en forma exacta con la intención implícita. La Demandante observa que la CDI ha establecido que es “la conducta de una parte” lo que constituye “criterio

²²⁸ R II, ¶¶188-192.

²²⁹ Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción, 1^{er} día (versión en inglés), pág. 149:4-21.

²³⁰ Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción, 1^{er} día (versión en inglés), págs. 92:9-93:21.

²³¹ C II ¶¶142-147.

determinante” y no el “[m]ero lapso de tiempo”²³². En particular, “el factor decisivo es si el Estado demandado ha sufrido algún perjuicio como resultado de la demora en el sentido de que el demandado podría haber razonablemente esperado que la demanda no tenga continuidad”²³³. Asimismo, cualquier forma de protesta, acción, o actividad con el objeto de proteger derechos o negar el *status quo* dejará sin sustento a la aquiescencia²³⁴.

214. La Demandante niega haber consentido tácitamente las medidas de la Demandada. En primer lugar, la Demandante afirmó sus derechos en procedimientos nacionales a través del Reclamo Administrativo y la demora voluntaria de la Demandante para notificar su reclamo internacional aún mientras duraban los procedimientos no puede constituir una forma suficiente de inacción. En segundo lugar, el lapso de tiempo que ha transcurrido no es lo suficientemente prolongado como para llevar a la Demandada a creer que la Demandante había consentido tácitamente a sus acciones. En tercer lugar, las circunstancias en su conjunto en este caso no reclamaban ninguna acción específica que la Demandante no haya realizado a fin de afirmar sus derechos. En cuarto lugar, la Demandada no ha ofrecido ninguna prueba de por qué cuatro años en este caso es un lapso de tiempo que habría conducido a la Demandada a creer que la Demandante no iba a iniciar un reclamo en virtud del Tratado²³⁵. Por último, las propias acciones de la Demandada, como cuando solicitó una prórroga de tiempo en marzo de 2007 para considerar el arreglo de la cuestión, demuestran que la propia Demandada no consideró que la Demandante había abandonado sus reclamos.

(ii) Prescripción extintiva

215. Por otra parte, la prescripción extintiva es una defensa equitativa que ocurre cuando un derecho de acción se extingue porque la persona con tal derecho rechaza su ejercicio. En particular, la Demandante observa que el concepto internacional de prescripción extintiva “se basa en la teoría de que una demanda que está plagada de demoras indebidas perjudica a un demandado porque las pruebas para defenderse contra la demanda ya no se encuentran disponibles”²³⁶. La prescripción extintiva exige no sólo un elemento de lapso de tiempo, sino también un elemento fundamental de perjuicio para la otra parte. De acuerdo a los académicos citados por la Demandante, la prescripción extintiva exige: (1) demora irrazonable; (2) la imputabilidad de la demora a la

²³² C II, ¶¶128-132. *Comentarios sobre los Artículos Preliminares sobre Responsabilidad de los Estados por Actos Internacionalmente Ilícitos*, adoptados por la Comisión de Derecho Internacional en su Quincuagésimo Suplemento N° 10 (UN Doc. A/56/10), (en adelante “Comentarios de la CDI”), Art. 45.

²³³ Comentarios de la CDI, nota 232 *supra*, Art. 45.

²³⁴ C III, ¶61.

²³⁵ C II, ¶¶148-153; C III, ¶¶62-67.

²³⁶ NEWCOMBE & PARADELL, nota 75 *supra*, pág. 525.

negligencia de la demandante; (3) la ausencia de registro de hechos; y (4) que la demandada sea puesta en una situación de desventaja para establecer su defensa²³⁷.

216. La Demandante afirma que este argumento por parte de la Demandada carece de mérito. En primer lugar, con respecto al lapso de tiempo, a diferencia del derecho interno, en el derecho internacional no existe un período establecido para determinar cuándo un reclamo se encuentra prescrito. La Demandante afirma, asimismo, que de acuerdo a la jurisprudencia, el período es más de décadas que de años, citando el caso *Ambatielos* como ejemplo²³⁸. Por consiguiente, basar una objeción de prescripción únicamente en un período de prescripción extracontractual de dos años establecido en la legislación argentina como propone la Demandada es inapropiado y no está respaldado por ninguna autoridad²³⁹.
217. En segundo lugar, la conducta de la Demandante no ha puesto a la Demandada en una desventaja injusta al establecer su defensa, y no se ha establecido ninguna prueba de perjuicio por parte de la Demandada²⁴⁰. Asimismo, la Demandada tenía conocimiento de la controversia con la Demandante desde comienzos de 2002, cuando la Demandante inició el Reclamo Administrativo, mantuvo continuo contacto por correspondencia con la Demandada con relación a la controversia, y la notificó de la controversia en el marco del TBI en el año 2006²⁴¹.
218. Por último, el caso *Phoenix Action Ltd. c. República Checa* citado por la Demandada simplemente no guarda relación con la cuestión de prescripción conforme el derecho internacional²⁴².

²³⁷ C II, ¶¶133-141; C III, ¶74; NEWCOMBE & PARADELL, nota 75 *supra*, pág. 525; KAJ HOBER, EXTINGTIVE PRESCRIPTION & APPLICABLE LAW IN INTERSTATE ARBITRATION (2001); B.E. King, *Prescription of Claims in International Law*, 15 BRIT. Y.B. INT'L L. 82 (1934).

²³⁸ Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción, 1^{er} día (versión en inglés), pág. 150:5-21.

²³⁹ Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción, 1^{er} día (versión en inglés), págs. 149:21-151:7.

²⁴⁰ Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción, 1^{er} día (versión en inglés), pág. 150:5-21.

²⁴¹ Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción, 1^{er} día (versión en inglés), pág. 151:8-153:13.

²⁴² C II, ¶¶154-157; C III, ¶¶70-73, 75-78; *Phoenix Action Ltd. c. República Checa*, Caso CIADI N° ARB/06/5, Laudo, 15 de abril de 2009 (en adelante "*Phoenix Action*") (C-LA-131).

G.IV. LA CUESTIÓN DE LA CESIÓN

1. Argumentos de la Demandada

219. La Demandada objeta la jurisdicción del Tribunal en base a que la Demandante no tiene legitimidad para efectuar este reclamo²⁴³.
220. La Demandada afirma que los reclamos de la Demandante son inadmisibles, ya que se basan en derechos relativos al Contrato entre la Demandante y el MECON que fueron cedidos por la Demandante a Ostram, sociedad constituida en las Islas Caimán. La Demandada también enfatiza que la Demandante cedió los derechos relacionados con las facturas pendientes de pago y a ser emitidas con relación al Contrato antes de que tuvieran lugar las medidas presuntamente adoptadas por la Demandada que dieran origen a los reclamos planteados en este arbitraje²⁴⁴.
221. En consecuencia, como la Demandante había transferido su inversión antes de que la Demandada adoptara las medidas que condujeron al presente reclamo, sólo Ostram podría tener derecho a reclamar sus derechos contra la Demandada. No obstante, Ostram tendría que hacerlo ante los tribunales argentinos, en tanto que la controversia es contractual, que el Contrato contiene una cláusula de elección de foro, y que no existe ningún tratado de protección de inversiones entre Argentina y las Islas Caimán que pudiera permitirle a Ostram iniciar un reclamo en el marco de un tratado, si existiera dicho reclamo²⁴⁵.
222. La Demandada cita la decisión en el caso *GEA c. Ucrania*, donde el Tribunal concluyó que “a fin de que el Tribunal pueda escuchar los reclamos de la Demandante, la Demandante debe haber tenido la titularidad de la supuesta inversión antes de que las supuestas violaciones al tratado hubieran sido cometidas”²⁴⁶. Siguiendo los principios establecidos por esta decisión, la Demandada afirma que el Tribunal debe determinar las fechas en las que la Demandante era titular de la alegada inversión y las fechas en las que fueron adoptadas las medidas cuestionadas. La Demandada concluye que en tanto la Demandante no era titular de ninguna participación cuando las medidas fueron adoptadas, carece de legitimación para efectuar este reclamo²⁴⁷.
223. En cuanto al contexto dentro del cual ocurrió la cesión, la Demandada observa que la cesión fue realizada pocos meses antes de que venciera el Contrato, y que a cambio de la cesión de los derechos, la Demandante adquirió el derecho a recibir de Ostram

²⁴³ R III, ¶¶1-13; Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción, 1^{er} día (versión en inglés), págs. 20-25; Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción, 2^{do} día, (versión en inglés), 17:4 – 7.

²⁴⁴ R III, ¶¶3-4; Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción, 1^{er} día, (versión en inglés), 5:14 – 6:6 y págs. 22-25; Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción, 2^{do} día, (versión en inglés), 14:23 – 16:18.

²⁴⁵ R III, ¶1; Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción, 1^{er} día, (versión en inglés), pág. 87; Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción, 2^{do} día, (versión en inglés), págs 3:19 – 4:8.

²⁴⁶ *GEA Group Aktiengesellschaft c. Ucrania*, Caso CIADI N° ARB/08/16, Laudo, 31 de marzo de 2011, ¶170.

²⁴⁷ R III, ¶¶1-4.

préstamos indeterminados y sin tope que se comprometía a restituir. Sin embargo, la Demandada sostiene que, al momento de realizarse la cesión, la Demandante estaba despidiendo a algunos de sus empleados, quienes a su vez iniciaron acciones legales contra la Demandante. De acuerdo a la Demandada, estos juicios finalmente tuvieron como consecuencia el embargo de bienes de la Demandante a fin de cumplir con las decisiones a favor de los empleados. Estos embargos, sin embargo, se vieron frustrados precisamente porque la Demandante había cedido por voluntad propia sus derechos en virtud del Contrato a Ostram, quien todavía recibía de la Demandada parte de las sumas adeudadas surgidas de las facturas en su carácter de cesionaria. En este contexto, la Demandada recuerda una carta enviada a la AFIP el 22 marzo de 2006, en la cual la Demandante declaró que “la suma pendiente de pago no es un crédito de propiedad de ICS sino de OSTRAM; por lo que el embargo referido [...] de ningún modo puede alcanzarla y debe ser inmediatamente pagada a OSTRAM”²⁴⁸.

224. La Demandada también declara que la Demandante no ha presentado ninguna prueba que respalde su afirmación de que posteriormente se canceló la cesión²⁴⁹. Sin embargo, la Demandada señala que incluso si la Demandante pudiera demostrar que la cancelación ocurrió, aún no tendría *jus standi*, en tanto habría readquirido los derechos subyacentes de la controversia sólo después de que las medidas fueran adoptadas por la Demandada²⁵⁰.
225. De acuerdo a la Demandada, si un supuesto inversor adquiere sus activos o reclamos con posterioridad a la adopción de las medidas objeto del reclamo no puede beneficiarse de la protección ofrecida por el TBI. La Demandada respalda esta conclusión citando doctrina y jurisprudencia que rechazan esta práctica²⁵¹.
226. Por último, la Demandada afirma que la supuesta cancelación de la cesión no habría tenido efecto retroactivo, ya que el propio contrato de cesión establece que permanecerá en vigor hasta tanto se paguen todas las obligaciones adeudadas por la Demandada en virtud del Contrato o hasta que se cancele la cesión – momento a partir del cual los derechos en cuestión son readquiridos por la Demandante²⁵².
227. Por lo tanto la Demandada concluye que la Demandante no tiene *jus standi* para presentar sus reclamos en tanto no era titular de los derechos sobre los que basa su reclamo al momento en que se adoptaron las medidas por las que inició este caso. Asimismo, esta falta de legitimación se ve agravada por el hecho de que la Demandante sólo readquirió la inversión luego de que se hubieran adoptado las medidas

²⁴⁸ R III, ¶¶5-9; Anexo R-3; Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción, 2^{do} día (versión en inglés), pág. 8:18- pág. 10:9 y pág. 13:9 - pág. 16:6.

²⁴⁹ Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción, 1^{er} día (versión en inglés), págs. 5:19-23; 20:17-24; 24:13-25; 25:1.

²⁵⁰ Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción, 1^{er} día (versión en inglés), págs. 25:1-25-26:1.

²⁵¹ R III, ¶10; C. SCHREUER, THE ICSID CONVENTION: A COMMENTARY (2009), ¶350, ¶360; *Phoenix Action*, nota 242 *supra*, ¶¶138, 144; *Cementownia “Nowa Huta” c. República de Turquía*, Caso CIADI N° ARB(AF)/06/2, Laudo, 17 de septiembre de 2009, ¶¶154-156, 175; *Europe Cement Investment & Trade S.A. c. República de Turquía*, Caso CIADI N° ARB(AF)/07/2, Laudo, 13 de agosto de 2009, ¶156.

²⁵² R III, ¶¶11-13; Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción, 2^{do} día (versión en inglés), págs. 2-3.

cuestionadas, y por lo tanto no se le debería permitir a la Demandante quejarse de esas medidas que ya se encontraban en vigor antes de realizar la supuesta inversión²⁵³.

2. Argumentos de la Demandante

228. En primer lugar, la Demandante sostiene que el argumento de la Demandada respecto de la Cuestión de la Cesión es inadmisibile. El artículo 21(3) del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI prohíbe la afirmación tardía de la objeción jurisdiccional de la Demandada. La Demandante afirma que “una parte [en caso de que] interponga sus objeciones a la jurisdicción lo antes posible – y ciertamente en sus presentaciones iniciales sobre jurisdicción”²⁵⁴. Dado que la Demandada planteó la Cuestión de la Cesión sólo en la Audiencia sobre Jurisdicción, es inadmisibile²⁵⁵.
229. Como respuesta a la posible injusticia de impedir que una parte planteé una objeción, la Demandante alega que el “equilibrio de justicia” favorece a la Demandante, ya que la Demandada nunca planteó la Cuestión de la Cesión en ninguna etapa anterior, aun cuando contaba ya en su poder con toda la información necesaria desde julio de 2001²⁵⁶.
230. En segundo lugar, la Demandante afirma que, incluso si la Cuestión de la Cesión fuera admisible, el Tribunal debería concluir que la Demandada ha demostrado a través de su conducta una intención de no plantear este punto. De acuerdo a la Demandante, la Demandada debe haber sido muy consciente de los hechos que dieron lugar a la Cuestión de la Cesión en al menos dieciocho instancias separadas, pero nunca antes formuló la cuestión. La Demandada fue muy consciente de la disposición del artículo 21(3) del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI relativa a la necesidad de presentar objeciones en las presentaciones iniciales; sin embargo nunca antes formuló la Cuestión de la Cesión²⁵⁷.
231. La Demandante considera que la Demandada nunca antes formuló esta objeción porque desde el comienzo la Demandada aceptó que la Demandante era un inversor que tenía derecho a interponer el reclamo que en efecto presenta, sujeto únicamente a las tres objeciones que la Demandada formuló en su Memorial sobre Jurisdicción²⁵⁸.
232. Además, la Demandante observa que cada vez que la Demandada procuró comunicarse con relación a las medidas gubernamentales que afectaban los montos pagaderos en virtud del Contrato, la Demandada se comunicó con la Demandante, no con Ostram; en

²⁵³ R III, ¶13.

²⁵⁴ C IV, ¶¶29-33.

²⁵⁵ C IV, ¶33; Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción, 1^{er} día, (versión en inglés), pág. 8:19 – 23.

²⁵⁶ C IV, ¶¶25, 34-36.

²⁵⁷ C IV, ¶¶37-39.

²⁵⁸ C IV, ¶40; Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción, 1^{er} día, (versión en inglés), pág. 8:2 – 19 y págs. 94-95.

particular todas las comunicaciones entre 2002 y 2006 relacionadas con los aspectos sustanciales del Contrato fueron cursadas entre la Demandada y la Demandante²⁵⁹.

233. Asimismo, que la Demandante continuara siendo una contraparte del Contrato y mantuviera la condición de inversor también está evidenciado por el hecho de que toda la correspondencia durante las negociaciones de arreglo desde noviembre de 2006 fue cursada exclusivamente con la Demandante. Durante estas negociaciones la Demandada nunca objetó la condición de la Demandante como contraparte legítima²⁶⁰.
234. La Demandante por lo tanto concluye que la Demandada ha planteado la Cuestión de la Cesión demasiado tarde, ya que la Demandada ya había aceptado que la Demandante en efecto ocupa la posición de un inversor²⁶¹.
235. En tercer lugar, la Demandante rechaza la posición de la Demandada de que el efecto del Contrato de Cesión era privar a la Demandante de la supuesta inversión. La Demandada no ha presentado ninguna autoridad del derecho argentino que respalde esta posición²⁶². La Demandante, asimismo, afirma que los únicos derechos cedidos en virtud del Contrato de Cesión fueron “cuentas por cobrar” y que la Demandante continuó ejecutando el Contrato hasta principios de 2002. La Demandante persiguió el cobro de montos adeudados y vencidos por parte de la Demandada de allí en adelante y según la ley argentina continuó en todo momento siendo parte de cualquier accionar jurídico para el cobro de montos adeudados y vencidos en virtud del Contrato. Asimismo, la cancelación de la Cesión el 14 de junio de 2007 confirma que la Demandante tiene derecho actualmente a perseguir el cobro de los montos de dinero adeudados por la Demandada²⁶³.
236. La Demandante también afirma que la notificación de la cesión a Ostram fue recibida por la Autoridad de la Administración Federal de Ingresos Públicos a quien el MECON le había delegado facultades el 14 de junio de 2007²⁶⁴. Además, la Demandante afirma que ha existido siempre prueba de la cancelación de la cesión y ha estado disponible para la Demandada. De hecho, el anterior Procurador General de Argentina solicitó prueba de la condición de la Demandante de inversor extranjero en Argentina el 4 de diciembre de 2006 y la recibió poco tiempo después²⁶⁵.
237. De acuerdo a la Demandante, la cesión sólo incluyó los derechos de crédito que surgen del Contrato, no incluyó el Contrato, tampoco la inversión; la Demandante continuó siendo la parte propiamente dicha del Contrato. La Demandante concluye que en virtud de la legislación argentina, la Demandante continúa siendo parte contratante e inversor,

²⁵⁹ C IV, ¶¶ 41-42.

²⁶⁰ C IV, ¶43; C V, ¶¶ 3-9.

²⁶¹ C IV, ¶44.

²⁶² C IV, ¶¶45-46; C V, ¶¶3-15.

²⁶³ C IV, ¶¶26-28; Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción, 1^{er} día, (versión en inglés), pág. 171:10 – 172:18.

²⁶⁴ Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción, 1^{er} día, (versión en inglés), pág. 95:11-21.

²⁶⁵ Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción, 1^{er} día (versión en inglés), págs. 92:21- 97:1.

y mantiene todos los derechos en virtud del Contrato que originan sus derechos del TBI²⁶⁶.

238. En cuarto lugar, la Demandante declara que la cancelación del Contrato de Cesión fue notificada a la Demandada el 13 de junio de 2007. En particular, con respecto al efecto retroactivo de esta cancelación, la Demandante afirma que la Demandada no ha presentado ninguna prueba o doctrina jurídica que respalde la posición de la Demandada de que la cancelación no tiene efecto retroactivo. La Demandante reconoce que no hay ningún efecto retroactivo respecto de cualquier derecho de crédito que hayan sido satisfechos en su totalidad por la Demandada durante el período en que estuvo vigente el Contrato de Cesión. Sin embargo, la cancelación sí tiene efecto retroactivo respecto de los derechos de créditos que permanezcan vencidos y pagaderos a la Demandante²⁶⁷.
239. La Demandante por lo tanto concluye que, producida la cancelación, pasó a tener derecho, no sólo respecto de cualquier crédito futuro, sino también con carácter retroactivo, de los créditos pendientes de pago que la Demandada había omitido pagar. En consecuencia, durante todo el período en el cual el Contrato de Cesión estuvo vigente, la Demandante continuó siendo una parte contratante y conservó su condición de inversor a los fines del TBI²⁶⁸.
240. Por último, la Demandante adicionalmente afirma que, teniendo en cuenta la naturaleza del entrecruzamiento de hechos entre el contexto contractual de los reclamos de la Demandante y de los reclamos separados del TBI, incluso si la Cuestión de la Cesión fuera admitida, “debe ser considerada dentro del contexto de la evaluación de méritos de la demanda y resolverse en dicha instancia– como lo prescribe el artículo 21(4) de las Normas de la CNUDMI.”²⁶⁹

²⁶⁶ C IV, ¶50.

²⁶⁷ C IV, ¶¶51-53; C V, ¶¶12-15.

²⁶⁸ C IV, ¶55.

²⁶⁹ C IV, ¶56.

H. PETITORIO DE LAS PARTES CON RESPECTO A LA JURISDICCIÓN

H.I. PETITORIO DE LA DEMANDADA

241. Como se identificara en la Réplica sobre Jurisdicción de la Demandada, la Demandada solicita al Tribunal que resuelva lo siguiente:

193. Por todas las razones aquí expuestas, la República Argentina respetuosamente solicita al Tribunal Arbitral que, al no haber la Demandante cumplido con una condición a la que se sometió el consentimiento al arbitraje internacional de la República Argentina, al tratarse de controversias contractuales sujetas a ley y jurisdicción argentinas, conforme lo dispuesto en el Tratado y en el contrato en cuestión, y al existir aquiescencia de la Demandante y encontrarse su reclamo prescripto:

- 1) RESUELVA (conforme al Artículo 21.1. y 21.3 del Reglamento CNUDMI) ADMITIR el presente MEMORIAL; y
- 2) DETERMINE, de conformidad con el Artículo 21.4 del Reglamento CNUDMI, la falta de competencia del Tribunal para entender en el presente caso y por lo tanto RECHACE el Memorial de Demanda, con costas e intereses²⁷⁰.

H.II. PETITORIO DE LA DEMANDANTE

242. Como se identificara en la Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, la Demandante solicita al Tribunal que resuelva lo siguiente:

79. Por todas las razones expuestas en las Secciones I a III anteriores, la Demandante respetuosamente solicita al Tribunal:

- (a) que desestime todos los argumentos de la Demandada;
- (b) que decida, como cuestión preliminar, que tiene jurisdicción para analizar los méritos de la controversia conforme al Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional; y
- (c) que postergue la decisión sobre los costos hasta la segunda instancia del arbitraje en virtud de los méritos.
- (d) Como alternativa, en el caso de que el Tribunal decida expedirse sobre los costos en esta instancia, la Demandante respetuosamente manifiesta que debe responsabilizarse a la Demandada de todos los costos correspondientes de esta etapa jurisdiccional y solicita al Tribunal que les permita a las partes realizar la presentaciones posteriores a la audiencia a tal efecto²⁷¹.

²⁷⁰ R II, ¶193.

²⁷¹ C III, ¶79.

I. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL

II. EL PRERREQUISITO DE 18 MESES DE LITIGIO EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 8

1. La naturaleza del requisito de sometimiento previo a los tribunales argentinos

243. La primera cuestión que debe considerar el Tribunal es la naturaleza del prerrequisito al arbitraje de sometimiento de la controversia a los tribunales argentinos, tanto en lo que se refiere a su naturaleza imperativa o permisiva, como con relación a los efectos del incumplimiento de este requisito.
244. El artículo 8 establece una secuencia de eventos que conducen a la presentación de un reclamo por parte de un inversor a arbitraje internacional. A los fines de facilitar la referencia, el artículo 8 se expone nuevamente a continuación:

ARTÍCULO 8
Solución de controversias entre un inversor y el Estado receptor

(1) Las controversias relativas a una inversión que surjan, dentro de los términos de este Convenio, entre un inversor de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante, que no sean dirimidas amistosamente, serán sometidas a solicitud de cualquiera de las partes en la controversia a decisión del tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio la inversión se realizó.

(2) Las controversias arriba mencionadas serán sometidas a arbitraje internacional en los siguientes casos:

(a) a solicitud de una de las partes, en cualquiera de las circunstancias siguientes:

(i) cuando, luego de la expiración de un plazo de dieciocho meses contados a partir del momento en que la controversia fue sometida al tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión, dicho tribunal no haya emitido una decisión definitiva;

(ii) cuando la decisión definitiva del tribunal mencionado haya sido emitida pero las partes continúen en disputa;

(b) Cuando la Parte Contratante y el inversor de la otra Parte Contratante así lo hayan convenido.

ARTICLE 8
Settlement of Disputes Between an Investor and the Host State

(1) Disputes with regard to an investment which arise within the terms of this Agreement between an investor of one Contracting Party and the other Contracting Party, which have not been amicably settled shall be submitted, at the request of one of the Parties to the dispute, to the decision of the competent tribunal of the Contracting Party in whose territory the investment was made.

(2) The aforementioned disputes shall be submitted to international arbitration in the following cases:

(a) if one of the Parties so requests, in any of the following circumstances:

(i) where, after a period of eighteen months has elapsed from the moment when the dispute was submitted to the competent tribunal of the Contracting Party in whose territory the investment was made, the said tribunal has not given its final decision;

(ii) where the final decision of the aforementioned tribunal has been made but the Parties are still in dispute;

(b) where the Contracting Party and the investor of the other Contracting Party have so agreed.

245. La disposición establece que una demandante arbitral eventual “someterá”, cuando surja una controversia relativa a una inversión y que no se dirima amistosamente, la controversia a los tribunales argentinos. Notablemente, la disposición indica que, no sólo el inversor, sino el Estado Parte Contratante del Tratado puede también ejercer la opción de someter la controversia a los tribunales nacionales (“a solicitud de una de las Partes de la controversia”). El párrafo 2 continúa luego estableciendo tres situaciones en las que las controversias relativas a inversiones “serán” sometidas a arbitraje internacional, incluidas dos situaciones que permiten la invocación unilateral de jurisdicción arbitral a solicitud del inversor. La primera de estas permite recurrir a arbitraje cuando el tribunal argentino al cual se sometió la controversia no haya emitido una decisión definitiva dentro de los dieciocho meses. La segunda permite el sometimiento a arbitraje cuando se haya emitido una decisión definitiva que todavía no resuelve la controversia.
246. Es un punto de acuerdo entre las Partes que la Demandante no ha sometido la presente controversia a los tribunales argentinos y por lo tanto no ha cumplido con la disposición *supra*, independientemente de qué efecto se le debe dar a dicho incumplimiento. La Demandante, sin embargo, afirma que, de acuerdo a su objeto y fin, esta disposición establece un mero período de espera procesal que se satisface con el transcurso de 18 meses desde el momento en que la controversia podría haber sido sometida a dichos tribunales. Asimismo, la Demandante afirma que exigir que la Demandante litigue ante los tribunales argentinos sería un ejercicio fútil que simplemente pospondría el inevitable regreso de la controversia a arbitraje, y que el Tribunal puede desestimar el requisito por este motivo. Por otro lado la Demandada asevera que la disposición actúa como un límite estricto a su consentimiento a arbitraje y debe cumplirse estrictamente antes de que surja el derecho del inversor de proceder al arbitraje internacional. El Tribunal debe por lo tanto evaluar la intención de las Partes Contratantes del TBI Argentina-Reino Unido detrás del requisito del artículo 8 de litigar durante 18 meses ante los tribunales argentinos.
247. Después de considerar el lenguaje del Tratado y los argumentos de las Partes, el Tribunal está de acuerdo con la opinión de la Demandada. El Tribunal no encuentra ninguna ambigüedad en cuanto al carácter imperativo de la frase “serán sometidas... a la decisión del tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio la inversión se realizó” en ambas versiones del Tratado en español e inglés. El artículo 8 del Tratado no muestra la misma yuxtaposición entre lenguaje permisivo en cuanto a los requisitos de negociación y lenguaje imperativo para el sometimiento previo al arbitraje a los tribunales locales como en el caso del TBI Alemania-Argentina en el caso *Wintershall*. Sin embargo, el artículo 9 del Tratado lo hace: las controversias entre las Partes Contratantes “deberían, si fuera posible” ser dirimidas a través de canales diplomáticos y “deberán” caso contrario ser sometidas a arbitraje.
248. El requisito no constituye ni un mero “período de espera”²⁷² ni un requisito de “agotamiento de los recursos locales”²⁷³ y recae en cambio entre estos extremos, tanto respecto a su contenido como a su objeto y fin.

²⁷² *Contra*, p. ej. *Gas Natural*, nota 109 *supra*.

²⁷³ *Contra*, p. ej. *Wintershall*, nota 7 *supra*.

249. En vista de lo que antecede, continúa siendo apto el análisis del tribunal en *Wintershall* en este sentido :

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 “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 que “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 10²⁷⁴.

250. Asimismo, la tendencia en derecho internacional público ha favorecido claramente la aplicación estricta de los prerrequisitos procesales. Por ejemplo, en el caso reciente de *Georgia c. Rusia* ante la CIJ, a pesar de la ausencia de un lenguaje imperativo, una mayoría de la CIJ concluyó que la frase “controversia...que no es dirimida por negociación o por procedimientos dispuestos expresamente en este Convenio” establecía una precondition de recurrir a las negociaciones o a los procedimientos previstos expresamente en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (“CERD”, por sus siglas en inglés), anterior al entendimiento de la CIJ en el caso²⁷⁵.
251. Por lo tanto el Tribunal no encuentra ninguna razón para considerar este requisito como permisivo y no imperativo. Tampoco puede el Tribunal estar de acuerdo con la interpretación de que este requisito se satisface con algo menor de lo que explícitamente establece: el sometimiento de la controversia relativa a inversiones a los tribunales argentinos durante un período de 18 meses o hasta que se haya emitido una decisión definitiva, lo que resulte en un plazo más abreviado.

²⁷⁴ *Wintershall*, nota 7 *supra*, ¶145.

²⁷⁵ *Caso relativo a la Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Georgia c. Federación Rusa)*, nota 9 *supra*, ¶¶133-135. En el contexto del tratado de inversión, el tribunal en el reciente caso *Murphy c. Ecuador* también rechazó un argumento de que el período de espera de seis meses dispuesto por el TBI EE.UU-Ecuador no constituía un requisito jurisdiccional sino una mera formalidad procesal cuyo incumplimiento no tenía consecuencias jurídicas. El tribunal sostuvo que la falta de un lenguaje imperativo no le permitía “ignorar la existencia de normas contempladas en el Artículo VI del TBI” [Traducción libre]. El Tribunal también rechazó el argumento sobre la inutilidad de las negociaciones exigidas en virtud del Artículo VI del TBI en base al supuesto fracaso de las negociaciones entre Ecuador y otros inversores, ya que para descubrir si las negociaciones tendrían éxito o no, “la partes primero deben iniciarlas” [Traducción libre]. (*Murphy*, nota 8 *supra*, ¶¶144-149).

2. ¿Es el cumplimiento del requisito de sometimiento previo a los tribunales argentinos una cuestión de jurisdicción, admisibilidad, o procedimiento?

252. La determinación *supra* de que el sometimiento previo de la controversia de inversión a los tribunales argentinos es obligatorio deja aún al tribunal frente a la pregunta de qué efecto debe dársele al incumplimiento de este requisito. Esa pregunta, a su vez, depende de si se considera debidamente que el cumplimiento del artículo 8(1) es una cuestión de jurisdicción, admisibilidad, o procedimiento. En particular, es la línea entre jurisdicción y admisibilidad la que importa.
253. El Tribunal tiene una facultad inherente sobre el procedimiento. La facultad es implícita, pero está, asimismo, prevista en el artículo 15(1) del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI:
- Con sujeción a lo dispuesto en el presente Reglamento, el tribunal arbitral podrá dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado, siempre que se trate a las partes con igualdad y que, en cada etapa del procedimiento, se dé a cada una de las partes plena oportunidad de hacer valer sus derechos.
254. Dentro de los límites de igualdad, debido proceso y las disposiciones explícitas del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, el Tribunal tiene prácticamente discreción ilimitada con relación a las cuestiones procesales. Incluso se ha observado que conforme el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, a diferencia de otros marcos procesales, un tribunal puede incluso gozar de una facultad más amplia en determinados casos para desestimar los acuerdos de las partes sobre cuestiones procesales²⁷⁶.
255. Por contraste, la jurisdicción arbitral se basa exclusivamente en el consentimiento. La única jurisdicción inherente de un tribunal arbitral es su facultad de *competence-competence* para determinar su propia jurisdicción, que también encuentra su fuente tanto en los principios generales²⁷⁷ como en las disposiciones explícitas como el artículo 21(1) del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Sin embargo, incluso la *competence-competence*, puede ser concebida como un producto del consentimiento a una función inherente y necesaria al funcionamiento adecuado de los organismos judiciales internacionales. Una vez que un tribunal haya determinado de manera conclusiva que no tiene jurisdicción resulta *functus officio* y deja de existir y actuar con relación a la controversia²⁷⁸.
256. La admisibilidad recae en algún lugar entre estos extremos. No se trata de un área en la que el Tribunal goce de discreción para desestimar simplemente el requisito que no se ha cumplido, si no una en la cual el tribunal goza de cierta discreción en cuanto a cómo

²⁷⁶ Michael Pryles, *Limits to Party Autonomy in Arbitral Procedure*, 24(3) J. Int'l Arb. 327 (2007), pág. 335

²⁷⁷ BIN CHENG, GENERAL PRINCIPLES OF LAW AS APPLIED BY INTERNATIONAL COURTS AND TRIBUNALS (1953) págs. 275-279.

²⁷⁸ Pueden, desde luego, haber excepciones a esta regla con respecto a cuestiones procesales, como la adjudicación de costas, incidentales al procedimiento en el cual el tribunal determinó su propia falta de jurisdicción. Véase, en el contexto del tratado de inversión, *p. ej.*, *Pope & Talbot Inc. c. El Gobierno de Canadá*, CNUDMI (TLCAN), Laudo Definitivo, Laudo con Respecto a las Costas, 26 de noviembre de 2002; *Nova Scotia Power Incorporated c. República Bolivariana de Venezuela*, CNUDMI, Laudo sobre Costas, 30 de agosto de 2010.

abordar su incumplimiento, como por ejemplo al suspender en vez de ponerle fin a los procedimientos.

257. El tribunal en *Wintershall* analizó integralmente y demostró por qué el requisito previo de los 18 meses de litigio no debería ser considerado meramente “de naturaleza procesal y directiva en lugar de imperativa y jurisdiccional”, como lo han sostenido algunos tribunales de tratados de inversión citados por la Demandante²⁷⁹. El Tribunal de todos modos considera necesario abordar las distinciones más finas que se podrían hacer.
258. Entonces, ¿qué distingue una cuestión de admisibilidad de una de jurisdicción? La CIJ abordó la cuestión en el *Caso República Democrática del Congo c. Ruanda*²⁸⁰, en el que se explica la distinción de la siguiente manera:

La Corte sin embargo abordará en primer lugar el argumento de la República Democrática del Congo de que la objeción basada en el incumplimiento de las precondiciones establecidas en las cláusulas compromisorias, y en particular en el Artículo 29 del Convenio, constituye una objeción a la admisibilidad de su Aplicación y no una objeción a la jurisdicción de la Corte. La Corte recuerda en este sentido que su jurisdicción se basa en el consentimiento de las partes y está limitada al alcance aceptado por ellas (véase párrafo 65 *supra*). Cuando tal consentimiento se expresa en una cláusula compromisoria en un contrato internacional, cualquier condición a la cual esté sujeto dicho consentimiento debe ser considerada como un límite a este. En consecuencia, la Corte considera que el análisis de dichas condiciones está relacionado con su jurisdicción y no con la admisibilidad de la aplicación. [Citas omitidas] [Traducción libre].

Por lo tanto la pregunta es si el requisito de sometimiento previo a los tribunales argentinos recae dentro de las “condiciones a las cuales está sujeto el consentimiento de [Argentina] [al arbitraje]” o si el incumplimiento sin embargo no afecta al consentimiento subyacente de someter la presente controversia a arbitraje.

259. Jan Paulsson ha intentado proponer otro “modelo” a fin de guiar dichas determinaciones:

Existe una promesa en la noción de ‘importancia de la naturaleza del foro’. Nos permite ver que el quid del problema de clasificación es si el éxito de la objeción necesariamente niega el consentimiento al foro. Nuestro modelo adopta la forma de una pregunta: ¿la parte que plantea la objeción apunta al tribunal o al reclamo?²⁸¹ [Traducción libre].

260. Paulsson por lo tanto propone que, si uno habla de la elección de foro para la decisión del reclamo, entonces la cuestión es de jurisdicción; si la cuestión se refiere a un defecto particular del reclamo planteado, entonces uno está tratando un problema de admisibilidad²⁸². Paulsson posteriormente concluye que las cuestiones dirigidas a la

²⁷⁹ Véase *Wintershall*, nota 7 *supra*, ¶¶133-153; *contra*, p.ej., *Maffezini*, nota 6 *supra*, ¶64; *National Grid*, nota 88 *supra*, ¶74; *AWG*, nota 93 *supra*, ¶68; *Suez/InterAgua*, nota 99 *supra*, ¶¶ 63,66.

²⁸⁰ *Caso concerniente a las Actividades Armadas en el Territorio del Congo (República Democrática del Congo c. Ruanda)*, nota 30 *supra*, ¶88.

²⁸¹ Jan Paulsson, *Jurisdiction and Admissibility* en GLOBAL REFLECTIONS ON INTERNATIONAL LAW, COMMERCE AND DISPUTE RESOLUTION, LIBER AMICORUM IN HONOUR OF ROBERT BRINER (2005), pág. 616.

²⁸² La reciente decisión de mayoría en *Hochtief c. Argentina* adopta una caracterización nominalmente similar de la distinción entre jurisdicción y admisibilidad cuando afirma que “[l]a jurisdicción es un atributo de un tribunal

madurez del reclamo son típicas de admisibilidad pero reconoce que “[e]l agotamiento de los recursos va más allá de la simple *madurez*... Ante la falta de agotamiento de los recursos locales, el reclamo subyacente puede aún estar perfectamente maduro y adecuado para la decisión, pero no ante un foro particular que exige el agotamiento de esos recursos como una precondition de acceso a él. El problema es un problema de jurisdicción”. [Traducción libre].

261. Como ya se observara²⁸³, el prerequisite de 18 meses de litigio no es un requisito de agotamiento de los recursos locales en sentido técnico. No puede, sin embargo, presumirse que el prerequisite no comparta muchas de las mismas motivaciones que subyacen la norma de los recursos locales. El artículo 8(1) es por lo tanto, de acuerdo a sus términos, una elección de foro para el sometimiento de controversias en primera instancia y no meramente una cuestión de madurez. Por lo tanto lo que le queda al Tribunal es una distinción sin una diferencia²⁸⁴.
262. La Demandante afirma que el consentimiento al arbitraje es meramente pospuesto y es a todos los efectos inevitable. El consentimiento sin embargo todavía no está presente. El Tratado prevé expresamente en el artículo 8(2)(b) un mecanismo por el cual la Demandada podría acordar proceder directamente al arbitraje internacional. Sin embargo, la Demandante no ha reclamado que exista dicho acuerdo. Por consiguiente, el no respetar la precondition del consentimiento de la Demandada al arbitraje no puede sino llevar a la conclusión de que el Tribunal no tiene jurisdicción sobre la presente controversia. No sólo ha condicionado la Demandada específicamente su consentimiento al arbitraje a un requisito que aún no se ha cumplido, sino que las Partes Contratantes del Tratado han solicitado expresamente la remisión previa de la controversia al entendimiento de los Tribunales argentinos durante al menos 18 meses antes de que se inicie el sometimiento a un arbitraje internacional. El Tribunal simplemente no está facultado a ignorar estos límites a su jurisdicción.

y no de una reclamación, en tanto que la admisibilidad es un atributo de una reclamación y no de un tribunal.” La mayoría de *Hochtief*, sin embargo, lleva la distinción demasiado lejos. La decisión parece substituir la dicotomía tribunal vs. reclamo para la cuestión del consentimiento en vez de usarla como una herramienta analítica para la determinación de si existe el consentimiento (*Hochtief AG c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/07/31, Decisión sobre Jurisdicción, 24 de octubre de 2011, ¶¶90-96). Por lo tanto, en este sentido el Tribunal está en desacuerdo con el análisis de la mayoría en *Hochtief* y prefiere el análisis contemplado en la Opinión Separada y Disidente (*Hochtief AG c. Argentina, supra*, Opinión Separada y Disidente de J. Christopher Thomas, QC, 24 de octubre de 2011, ¶31).

²⁸³ Véase ¶248, *supra*.

²⁸⁴ El tribunal del caso *Telefónica* también consideraba que el requisito era “una forma mitigada del requisito de agotamiento de los recursos locales, al que los países [de América Latina] se han adherido de conformidad con la doctrina Calvo” [Traducción libre] (*Telefónica S.A. c. República Argentina*, nota 103 *supra*, que cita H.A Grigera Naón, *Arbitration and Latin America: Progress and Setbacks* en 21 ARBITRATION INTERNATIONAL 127 (2005), pág. 137). La conclusión del tribunal del caso *Siemens* en este aspecto es curiosa puesto que el tribunal reconoce cierta identidad de propósitos subyacente a ambas reglas, pero luego las diferencia por razones puramente formales. En todo caso, la caracterización se vinculaba a la cuestión de la renuncia tácita y no a las consecuencias del incumplimiento (*Siemens c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/02/8, Decisión sobre Jurisdicción, 3 de agosto de 2004 (en adelante, “*Siemens*”)).

3. ¿Está el Tribunal facultado a ignorar el prerequisite de 18 meses de litigio en función de que sería fútil o insuficiente?

263. Sólo se ha presentado una decisión para la atención del Tribunal en la que un elemento de futilidad ha sido usado exitosamente para permitir la derogación de un prerequisite similar de sometimiento a los tribunales locales: *Abaclat y Otros c. Argentina*²⁸⁵, dictada poco tiempo después del cierre de las actuaciones en el presente caso²⁸⁶. En *Abaclat*, la mayoría del tribunal concluyó que el incumplimiento por parte de los demandantes del prerequisite de 18 meses de litigio no podía impedirles recurrir al arbitraje. La mayoría en *Abaclat* consideró que la aplicación estricta de este requisito sería incongruente con el objeto y fin “destinado a proveer a las partes de una controversia un mecanismo de resolución de controversias justo y eficiente”²⁸⁷ [Traducción libre]. Posteriormente el tribunal ponderó los intereses de las partes de la controversia *i.e.*, para el Estado receptor tener “una oportunidad justa de abordar esta cuestión a través de su sistema jurídico nacional” [Traducción libre], y para que se les otorgue a los demandantes un “mecanismo de resolución de controversias eficiente”²⁸⁸. Dadas las “circunstancias generales del caso” [Traducción libre], y en particular la Ley de Emergencia y otras leyes y decretos en vigor en Argentina que impidieron la reparación pretendida por los demandantes y ante la falta de un proceso disponible de reclamos colectivos ante los tribunales argentinos, el tribunal concluyó que la oportunidad de abordar la controversia a través de los tribunales nacionales “era simplemente teórica y/o no podría haber conducido a una resolución efectiva de la controversia” [Traducción libre], y por lo tanto “habría sido injusto privar al inversor de su derecho de recurrir al arbitraje en función de la mera desestimación del requisito de 18 meses de litigio”²⁸⁹ [Traducción libre].
264. En particular, la preocupación primordial que condujo el análisis mayoritario del caso *Abaclat* parece ser la falta de un foro natural en el sistema jurídico argentino para la presentación y resolución de los reclamos colectivos iniciados por los demandantes. No había manera de que los demandantes pudieran presentar su reclamo—como un reclamo colectivo—ante los tribunales argentinos a fin de cumplir con la condición previa al arbitraje. Es evidente el deseo de la mayoría de no dejar a los demandantes sin un foro real y efectivo en el cual presentar sus reclamos. Por lo tanto la mayoría se sintió obligada a permitir una excepción al prerequisite de 18 meses de litigio.
265. El Tribunal está de acuerdo con la idea de que las limitaciones a la aplicación excesivamente estricta de una disposición en el tratado puede estar implícita y no necesita estar establecida en forma expresa. La futilidad ha sido también reconocida

²⁸⁵ *Abaclat y Otros (Caso conocido anteriormente como Giovanna a Beccara y Otros) c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/07/5, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 4 de agosto de 2011, (en adelante, “*Abaclat*”).

²⁸⁶ Como un ejemplo de inutilidad aplicado exitosamente a un simple “período de espera” no combinado con un requisito *ratione fori*, véase *Ethyl Corp. c. Canadá* CNUDMI (TLCAN), Decisión sobre Jurisdicción, 24 de junio de 1998.

²⁸⁷ *Abaclat*, nota 285 *supra*, ¶579.

²⁸⁸ *Abaclat*, nota 285 *supra*, ¶582.

²⁸⁹ *Abaclat*, nota 285 *supra*, ¶583.

como una excepción a los prerequisites de jurisdicción en el derecho internacional en otros contextos²⁹⁰. Sin embargo, las excepciones formuladas judicialmente deben encontrar respaldo en más que un análisis de política personal de las disposiciones en cuestión por parte de un tribunal. Esto es especialmente peligroso cuando no existen pruebas concluyentes aducidas en respaldo de las inferencias teleológicas de un tribunal: la misma disposición a algunos les puede parecer “disparatada”²⁹¹ y a otros genial²⁹².

266. La tarea del Tribunal es decidir el caso de acuerdo al instrumento según fue redactado por la Partes Contratantes, aplicando las normas de interpretación de los tratados en virtud del derecho internacional. Un tribunal puede tomar en cuenta cuestiones de política que surjan en el caso de conformidad con las instrucciones del artículo 31 de la CVDT de considerar el objeto y fin, el contexto, las normas pertinentes del derecho internacional, así como otros medios de interpretación establecidos en la norma general del artículo 31 de la CVDT, que puedan ser pertinentes en el caso que nos convoca. Cuando corresponda, pueden también debatirse las cuestiones de política a fin de brindar un contexto en el razonamiento de una decisión, así como para brindar un entendimiento profundo para futuros ejercicios de redacción.
267. Por lo demás, incluso cuando la aplicación del artículo 31 de la CVDT “conlleve a un resultado que es manifiestamente absurdo o irrazonable”, el “recurso” del tribunal es recurrir a los medios suplementarios de interpretación del artículo 32 de la CVDT. Por lo tanto el Tribunal no puede crear excepciones a las normas de los tratados cuando estas meramente se fundan en la evaluación de la sabiduría de la política en cuestión, no teniendo fundamento ni en el texto del tratado ni en ninguna fuente de interpretación suplementaria, sin importar cuán deseable podrían verse en lo abstracto dichas consideraciones de política.
268. En este contexto, resulta pertinente recordar el comentario de la Comisión de Derecho Internacional a los artículos 27 y 28 del Proyecto de Artículos sobre el Derecho de los Tratados (que posteriormente se convirtieron en los artículos 31 y 32 de la CVDT):

Hay que reconocer que la tarea de formular (reglas generales de interpretación de los tratados) no es fácil, pero la Comisión consideró que existían razones convincentes de por qué debería hacerse el intento. En primer lugar, la interpretación de los tratados de buena fe y conforme a derecho es esencial si la regla *pacta sunt servanda* debe tener algún significado real ...²⁹³. [Traducción libre].

²⁹⁰ Como en el caso de la norma de agotamiento de los recursos locales del derecho internacional consuetudinario (Véase, p. ej., C.F. AMERASINGHE, LOCAL REMEDIES IN INTERNATIONAL LAW, 2ND ED. (2004) págs. 204-209; Jan Paulsson, DENIAL OF JUSTICE IN INTERNATIONAL LAW (2005), págs. 101-102).

²⁹¹ *Plama*, nota 31 *supra*, ¶224.

²⁹² Véase, p. ej., William S. Dodge, *Investor-State Dispute Settlement Between Developed Countries: Reflections on the Australia-United States Free Trade Agreement*, 39 VAND. J. TRANSNAT'L L. 1 (2006).

²⁹³ Conferencia de Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, *Registros oficiales, Documentos de la Conferencia*, pág. 38, párr. (5).

Tanto como cualquier norma de interpretación está obligada a producir resultados en determinados casos que algunos consideran indeseables, la necesidad de la norma, y que esa norma sea respetada, es inevitable para el establecimiento del estado de derecho.

269. En cualquier caso, no se ha demostrado la futilidad a la satisfacción del Tribunal en este caso²⁹⁴. Ambas Partes han presentado conjuntamente con sus Memoriales informes de expertos de distinguidos abogados argentinos. Estos informes analizan *in extenso* esta cuestión y llegan a conclusiones opuestas²⁹⁵. Sin embargo, después de considerar la evidencia pericial así como las presentaciones de las Partes, sin embargo, el Tribunal no está convencido de que se haya demostrado la futilidad en este caso. Incluso si el Tribunal aceptara el informe de D. Alberto Bianchi en cuanto a que sugiere que la resolución de la controversia dentro del período de 18 meses es improbable, esto no sería suficiente para establecer la futilidad²⁹⁶. Este no es un caso de futilidad evidente, donde la reparación pretendida no se encuentra patentemente disponible dentro del sistema jurídico argentino. Existe un debate abierto y legítimo entre los expertos de las Partes en cuanto a la disponibilidad de recursos dentro del sistema jurídico argentino que podrían haber resuelto esta controversia dentro del período de 18 meses. Por lo tanto, ante la ausencia de incluso un intento apresurado por parte de la Demandante,²⁹⁷ el Tribunal simplemente no puede llegar a la conclusión de que el recurso a los tribunales argentinos habría sido completamente ineficaz para resolver la controversia²⁹⁸.

²⁹⁴ Véanse ¶¶78-78, 111, *supra*.

²⁹⁵ En tanto el Sr. Mata concluye que el caso contra el Gobierno podría ser sometido y resuelto dentro de menos de 18 meses (Primer Informe Mata ¶¶22-83; Segundo Informe Mata ¶¶19-20), el Sr. Bianchi considera que un reclamo no habría sido resuelto dentro de los 18 meses y en caso de que la Demandante lo hubiera presentado, habría sido una “pérdida jurisdiccional y económica sin ningún tipo de resultado útil” [Traducción libre]. (Segundo Informe Bianchi pág. 24; Primer y Segundo Informes Bianchi).

²⁹⁶ Véase, *p. ej.*, con respecto a la norma del derecho consuetudinario internacional de agotamiento de los recursos locales, PROYECTO DE ARTÍCULOS SOBRE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA CON COMENTARIOS DE LA CDI (2006), Artículo 15, comentario (4):

A fin de cumplir con los requisitos del párrafo (a) no es suficiente que la persona perjudicada demuestre que la posibilidad de éxito es baja o que otras apelaciones resultan difíciles o costosas. El examen no es si el resultado exitoso es probable o posible sino si el sistema municipal del Estado demandado es capaz de proveer una reparación efectiva. Esto debe ser determinado en el contexto del derecho nacional y las circunstancias imperantes. Esta es una cuestión que debe decidir el tribunal internacional competente responsable de la tarea de analizar la cuestión de si se han agotado los recursos locales. [Traducción libre].

²⁹⁷ El Tribunal es consciente del hecho de que la Demandante no podría mantener su argumento de que tiene derecho a las disposiciones más favorables de resolución de controversias del TBI Argentina-Lituania en virtud de la cláusula de NMF en este Tratado y—al mismo tiempo—haber sometido la controversia a los tribunales argentinos para su resolución. La cláusula de “fork-in-the-road” prevista en el TBI Argentina-Lituania haría que el sometimiento a los tribunales argentinos resultara irrevocable. Sin embargo, esto no exime a la Demandante de las consecuencias que surgen de su decisión de prescindir del recurso a los tribunales argentinos.

²⁹⁸ Por otra parte, más allá de resolver la disputa, se pueden servir otros varios propósitos mediante el requisito: (1) la presentación ante los tribunales locales puede permitirles familiarizarse con las obligaciones internacionales del Estado frente a inversores extranjeros y promover su capacidad para manejar y resolver disputas internacionales de inversión; (2) la presentación ante los tribunales locales puede ayudar a resaltar las áreas de inconsistencia entre el derecho local y las obligaciones internacionales del Estado para su eventual reforma; (3) el Estado puede preferir evitar la publicidad de un reclamo internacional si la disputa puede resolverse en el ámbito local; y (4) la dilación y proceso que supone puede que permitan al Estado valorar

270. El análisis *supra* está sostenido por una consideración arbitral breve de la naturaleza de la jurisdicción arbitral en las controversias inversor-Estado que surgen en virtud de tratados de inversión. Mientras que en el derecho internacional público en el contexto Estado-contra-Estado, el análisis jurisdiccional usualmente se centra en el consentimiento expresado en el instrumento que contiene la disposición de arbitraje, el arbitraje inversor-Estado exige un consentimiento adicional y ulterior de un tercero no signatario de ese tratado: el inversor. La formación del acuerdo al arbitraje ocurre a través de la aceptación por parte del inversor de la oferta permanente de arbitraje contemplada en el tratado de inversión pertinente.
271. Los términos y condiciones de la oferta, sin embargo, fueron negociados con anterioridad y por separado por las partes contratantes del tratado y están dirigidas a los inversores del otro Estado contratante en general, en lugar de a un inversor en particular. De acuerdo al derecho de los tratados, en el ejercicio de un derecho previsto para el tercero en un tratado dado, un tercero como el inversor, deberá cumplir con las condiciones para el ejercicio de ese derecho previsto en el tratado o establecido de conformidad con el tratado²⁹⁹.
272. Al momento de iniciar la resolución de la controversia en virtud del tratado, el inversor sólo puede aceptar o rechazar la oferta de arbitraje, pero no puede modificar sus términos. El inversor, independientemente de las circunstancias particulares que lo afectan o su creencia en la utilidad o equidad de las condiciones adjuntas a la oferta del Estado receptor, debe, sin embargo, prestar consentimiento a la aplicación de los términos y condiciones de la oferta realizada por el Estado receptor, caso contrario no puede haber acuerdo para arbitrar. A diferencia de una disposición de resolución de controversias en un contrato de concesión entre un inversor y un Estado receptor donde los eventos o circunstancias ulteriores que surjan pueden ser tomados en cuenta a fin de determinar el efecto que se le debe asignar a los términos negociados con anterioridad, el tratado de inversión presenta una situación de “tómelo o déjelo” en tanto ya se conocen las circunstancias de la controversia y del inversor. Este punto es igualmente relevante en el contexto de jurisdicción fundada en la cláusula de NMF, que será analizada a continuación³⁰⁰.
273. Para concluir sobre este punto, el Tribunal entiende que la intención del artículo 8(1) fue el establecimiento de una jurisdicción exclusiva de tribunales nacionales durante un período de 18 meses o hasta tanto se dictara una decisión definitiva, cualquiera sea más breve. El Tribunal concluye, asimismo, que la Demandante manifiestamente ha incumplido el prerequisite y que no existe ninguna razón convincente para eximir a la Demandante de su aplicación en función de la futilidad u otros. El Tribunal debe, por lo

mejorar el reclamo, recabar pruebas, y preparar una defensa frente a una posible reclamación arbitral internacional.

²⁹⁹ Véase, en el contexto análogo de los tratados que prescriben derechos para terceros Estados, CVDT Artículo 36(2): “Un Estado que ejerza un derecho con arreglo al párrafo 1 deberá cumplir las condiciones que para su ejercicio están prescritas en el tratado o se establezcan conforme a este”.

³⁰⁰ Esta cuestión fue examinada recientemente en la disidencia en el caso *Hochtief c. Argentina* con relación a la cuestión del consentimiento a la jurisdicción a través de una cláusula de NMF. (*Hochtief AG c. Argentina*, nota 282 *supra*, Opinión Separada y Disidente de J. Christopher Thomas, QC, ¶¶14-27)

tanto, rechazar su jurisdicción excepto que pueda encontrar un fundamento alternativo para el consentimiento de la Demandada al arbitraje.³⁰¹



³⁰¹ El Tribunal observa que el anterior razonamiento concuerda con la reciente sentencia de la Corte de Apelación de los Estados Unidos en el procedimiento de anulación del laudo en el caso *BG Group plc c. La República Argentina*, que se desarrollaba también al amparo al TBI Reino Unido-Argentina, en el que la Corte de Apelación rechazó la decisión del tribunal de excusar a la demandante de no haber cumplido el prerequisite de los 18 meses de litigio sobre la única base de que el requisito habría “producido un ‘resultado absurdo e irrazonable’” dadas las circunstancias (*República Argentina c.. BG Group plc*, No. 11-7021 (D.C. Cir. Jan. 17, 2012)).

I.II. ¿ES LA CLÁUSULA DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA DEL ARTÍCULO 3(2) APLICABLE A LAS DISPOSICIONES SOBRE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS?

1. Consideraciones preliminares: consentimiento e interpretación de tratados

274. Luego de haber advertido que la Demandante no ha cumplido con el requisito de remisión previa a los tribunales argentinos, el Tribunal aborda la cuestión que consiste en determinar si la Demandante puede ser eximida de su aplicación mediante el efecto de la cláusula de NMF incluida en el artículo 3(2). Una vez más, en aras de facilitar la referencia, el artículo 3 se reproduce en su totalidad a continuación:

ARTÍCULO 3	ARTICLE 3
Trato nacional y cláusula de la nación más favorecida	National Treatment and Most-favoured-nation Provisions

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

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

(1) Neither Contracting Party shall in its territory subject investments or returns of investors of the other Contracting Party to treatment less favourable than that which it accords to investments or returns of its own investors or to investments or returns of investors of any third State.

(2) Neither Contracting Party shall in its territory subject investors of the other Contracting Party, as regards their management, maintenance, use, enjoyment or disposal of their investments, to treatment less favourable than that which it accords to its own investors or to investors of any third State.

275. Los efectos de las disposiciones de NMF en general han sido muy controvertidos y los tribunales han generado respuestas cada vez más complejas a la cuestión básica que consistía en determinar si las disposiciones de NMF pueden utilizarse a fin de superar defectos jurisdiccionales. La cuestión es un asunto importante que puede cambiar la naturaleza del arbitraje internacional en virtud de tratados de inversión de modo tal que deje de ser un esquema de relaciones bilaterales para convertirse en un sistema multilateral cercano a una jurisdicción arbitral obligatoria³⁰². En el universo de las distintas respuestas a este interrogante y las muchas articulaciones de cada respuesta, cabe recordar que, en su raíz, lo que se está haciendo es un ejercicio de interpretación de tratados, cuyos resultados son inherentemente particulares respecto del tratado que se está interpretando. No obstante, es dable mencionar algunos puntos generales

³⁰² Brigitte Stern, *ICSID Arbitration and the State's Increasingly Remote Consent: Apropos the Maffezini Case* en *LAW IN THE SERVICE OF HUMAN DIGNITY: ESSAYS IN HONOUR OF FLORENTINO FELICIANO* (Steve Charnovitz, Debra Steger & Peter Van den Bossche eds., 2005), págs. 252-259

destacables con relación a la interpretación de las cláusulas de NMF y la competencia de los tribunales en virtud de tratados de inversión.

276. El primer principio a tener en cuenta es la trillada afirmación según la cual los Estados son libres de concluir cláusulas de NMF cuyos efectos sean amparados por cada parte cada caso. En particular, esto sucede cuando lo hacen en forma clara y expresa, como el Reino Unido lo ha hecho en una generación posterior de sus TBIs. Dichas disposiciones se aplicarán y se harán valer de conformidad con sus términos y condiciones en virtud del principio de *pacta sunt servanda*. El problema surge cuando la cláusula no es expresa en cuanto a su aplicación a las cuestiones sobre solución de controversias, tal como ocurre con la mayoría de las cláusulas de NMF.
277. Una vez más, la tarea del Tribunal no consiste en cuestionar la sabiduría de las Partes Contratantes al momento de celebrar un acuerdo en particular, aun cuando se crea que esto dará lugar a una tendencia perturbadora hacia el *treaty shopping* (abuso del tratado) o una incertidumbre generalizada acerca del alcance exacto de las obligaciones asumidas. Por lo tanto, el Tribunal no puede coincidir con la decisión emitida en el marco del caso *Telenor* en la medida en que las consideraciones de política subyacen a su razonamiento en reemplazo del análisis correcto y detallado del texto del tratado y de los principios de derecho internacional pertinentes³⁰³. Sin embargo, este principio tiene tanto ventajas como desventajas, de modo tal que el Tribunal puede coincidir con las declaraciones de la misma decisión del caso *Telenor* que rechazan la invocación por parte de otros tribunales de consideraciones abstractas de política en favor de una mayor protección para los inversores o la importancia del arbitraje internacional a efectos de la protección de los inversores³⁰⁴. Los comentarios del tribunal que entendía en el caso *Renta 4* resumen sentimientos saludables que el presente Tribunal también comparte:

Elegir una de las hipótesis de política en pugna como la razón por la cual interpretar un TBI de una manera en particular puede ser presuntuoso. Las cosas en juego son importantes y las decisiones de política pertenecen a los Estados parte de los tratados. Las especulaciones invocadas como fundamento de las interpretaciones deliberadas de un texto corren el riesgo de invadir decisiones fundamentales de política. Lo mismo ocurre cuando se dice que se encuentra una “confirmación” de una intención hipotética en consideraciones externas a la redacción del tratado. El deber del Tribunal consiste en descubrir el significado y no en crearlo³⁰⁵ [Traducción libre].

278. En tercer lugar, la Demandada destaca correctamente que, a fin de asistir a la Demandante en el caso que nos ocupa, la cláusula de NMF debe constituir más que una simple prohibición de discriminación entre los inversores sobre la base de su procedencia: además, la cláusula de NMF debe ser en sí misma una manifestación de consentimiento al arbitraje de diferencias relativas a inversiones conforme a las normas que la disposición de NMF podría comprender de otros tratados comparables. En el supuesto de que se concluyera que la disposición de NMF no opera en forma jurisdiccional, es decir, actúa independientemente en reemplazo del consentimiento

³⁰³ *Telenor*, nota 35 *supra*, ¶¶93-94.

³⁰⁴ *Telenor*, nota 35 *supra*, ¶95.

³⁰⁵ *Renta 4*, nota 105 *supra*, ¶93 (énfasis agregado).

incluido en la cláusula sobre resolución de controversias del tratado básico, aquella no puede tener el efecto que la Demandante pretende en este caso.

279. En cuarto lugar, el estándar de consentimiento se encuentra firmemente establecido en el derecho internacional y no varía según el contexto en el que se lo considera. Los TBI son tratados y, como tales, son instrumentos que pertenecen al ordenamiento jurídico internacional y derivan su vigor de la regla de *pacta sunt servanda* de dicho ordenamiento. Por lo tanto, los términos y las disposiciones de los TBI deben interpretarse de conformidad con las reglas normales de interpretación de los tratados y sin perder de vista los principios y las normas de derecho internacional aplicables a las relaciones entre las Partes Contratantes en el TBI (en particular, aquellas de naturaleza sistémica, tales como, por ejemplo, las normas relativas al consentimiento del Estado a la jurisdicción)³⁰⁶.
280. Asimismo, el consentimiento de un Estado al arbitraje no se presumirá en el caso de ambigüedad. El consentimiento a la competencia de un organismo judicial o cuasi-judicial en virtud del derecho internacional se demuestra o no de conformidad con las normas generales de derecho internacional que rigen la interpretación de los tratados. La carga de la prueba respecto de la cuestión del consentimiento recae directamente sobre un demandante determinado que la invoque contra un demandado determinado. Cuando el demandante no logre probar el consentimiento con suficiente certeza, la competencia será rechazada³⁰⁷.

³⁰⁶ Caso concerniente al Laudo Arbitral de 31 de julio de 1989 (*Guinea-Bissau c. Senegal*), nota 42 *supra*, ¶¶47-48:

La Corte no podría actuar de ese modo en el presente caso. Simplemente debe determinar si al dictar el Laudo en cuestión el Tribunal incurrió en un incumplimiento manifiesto de la competencia conferida a él por el Acuerdo de Arbitraje, ya sea por excederse en el ejercicio de su competencia o por no ejercerla al momento de resolver la cuestión.

Dicho incumplimiento manifiesto podría derivar de, por ejemplo, la falta de aplicación adecuada por parte del Tribunal de las reglas de interpretación pertinentes a las disposiciones del Acuerdo de Arbitraje que rigen su competencia. Un acuerdo de arbitraje (*compromis d'arbitrage*) es un acuerdo entre los Estados que debe interpretarse de conformidad con las normas generales de derecho internacional que rigen la interpretación de los tratados [Traducción libre].

³⁰⁷ Las citas de la Demandada de los casos de la CIJ de *Yibuti c. Francia* y *República Democrática del Congo c. Ruanda* son irrelevantes en este aspecto. En *Yibuti c. Francia*, la CIJ establecía lo siguiente:

El consentimiento que permite que la Corte asuma jurisdicción debe ser certero. Este es el caso, ni más ni menos, para la jurisdicción basada en el principio de *forum prorogatum*. Como la Corte ha explicado recientemente, cualquiera sea el fundamento del consentimiento, la actitud del Estado demandado debe “poder considerarse ‘un indicio inequívoco’ del deseo de dicho Estado de aceptar la jurisdicción de la Corte en ‘forma voluntaria e indiscutible’” [citas omitidas]. Para que la Corte ejerza jurisdicción sobre la base del principio de *forum prorogatum*, el elemento del consentimiento debe ser expreso o debe poder deducirse claramente de la conducta pertinente de un Estado [Traducción libre].

(Caso concerniente a ciertas Cuestiones de Asistencia Mutua en Materia Penal (*Yibuti c. Francia*), nota 29 *supra*, ¶93)

Las declaraciones de la CIJ en el caso *Yibuti c. Francia* se basaban en la jurisprudencia de la CIJ en materia de consentimiento, que incluía el caso *República Democrática del Congo c. Ruanda* que, al igual que la presente controversia, también consideraba la cuestión del consentimiento a la jurisdicción a la luz del incumplimiento de los prerequisites procesales impuestos por el tratado. En ese caso, la CIJ establecía lo siguiente:

La Corte destaca que, en el caso que nos ocupa, la RDC efectuó numerosas protestas en contra de las acciones de Ruanda en supuesta violación del derecho internacional en materia de derechos humanos, tanto a nivel bilateral, a través del contacto directo con Ruanda, como a nivel multilateral, en el marco de

281. Este principio deriva de la ausencia de un “*default forum*” (foro por defecto) para la presentación de reclamos en virtud del derecho internacional. Si bien la jurisdicción inherente o la división hermética de competencia sobre reclamos ante tribunales generales es una característica común de los sistemas judiciales nacionales, la posición por defecto en virtud del derecho internacional público es la ausencia de un foro ante el cual presentar reclamos. Así, la inexistencia de un foro ante el cual presentar reclamos sustantivos válidos es un estado de situación normal en la esfera internacional. Por lo tanto, una resolución de falta de jurisdicción no debería considerarse un defecto del esquema de un tratado que se contrapone a su objeto y fin al momento de establecer protección sustantiva para las inversiones³⁰⁸.

las instituciones internacionales tales como el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas y la Comisión de Derechos Humanos y de los Pueblos de la Organización para la Unidad Africana. En su Memorial de Contestación y en las audiencias, la RDC presentó estas protestas como prueba de que “la RDC ha satisfecho las condiciones precedentes al conocimiento de la Corte respecto de las cláusulas compromisorias invocadas”. Cualquiera que sea la caracterización jurídica de dichas protestas relativas al requisito de existencia de una controversia entre la RDC y Ruanda a efectos del Artículo 29 de la Convención, dicho Artículo exige asimismo que cualquiera de tales controversias sea el objeto de las negociaciones. Las pruebas no han resultado satisfactorias al entender de la Corte de que la RDC pretendía en efecto iniciar negociaciones con respecto a la interpretación o aplicación de la Convención.

La Corte destaca, asimismo, que la RDC tampoco logró demostrar intento alguno por su parte de iniciar un proceso arbitral con Ruanda en virtud del Artículo 29 de la Convención. La Corte no puede en este aspecto aceptar el argumento de la RDC según el cual la imposibilidad de abrir negociaciones con Ruanda o avanzar en ellas le impidió contemplar el recurrir al arbitraje; dado que ésta es una condición formalmente establecida en el Artículo 29 de la Convención sobre Discriminación contra la Mujer, la ausencia de acuerdo entre las partes en cuanto a la organización de un proceso arbitral no puede presumirse. La existencia de tal desacuerdo puede derivar exclusivamente de una propuesta de arbitraje por parte del solicitante, a la que la parte demandada no ha respondido ni ha expresado su intención de no aceptar [citas omitidas]. En el presente caso, la Corte no ha encontrada nada en el expediente que le permita concluir que la RDC le propuso a Ruanda la organización de un proceso de arbitraje y que la última no respondió.

Por lo tanto, el Artículo 29 (1) de la Convención sobre Discriminación contra la Mujer no puede servir para fundar la jurisdicción de la Corte en el caso que nos ocupa. [Traducción libre].

(Caso relativo a Actividades Armadas en el Territorio del Congo (Nueva Solicitud: 2002) (República Democrática del Congo c. Ruanda), nota 30 *supra*, ¶¶91-93)

- ³⁰⁸ La CIJ dejó esto en claro en el marco del caso *República Democrática del Congo c. Ruanda* aun con respecto a las normas perentorias y *erga omnes* del derecho internacional:

La Corte comenzará por reafirmar que “los principios que subyacen a la Convención [sobre Genocidio] son principios reconocidos por las naciones civilizadas como vinculantes respecto de los Estados, aún sin ninguna obligación convencional” y que una consecuencia de esa concepción es “el carácter universal tanto de la condena del genocidio como de la cooperación necesaria ‘para liberar a la humanidad de un flagelo tan odioso’ (Preámbulo de la Convención)” (*Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, Opinión Consultiva, I.C.J. Reports 1951*, pág. 23). Por lo tanto, “los derechos y las obligaciones consagrados por la Convención son derechos y obligaciones *erga omnes*” (*Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Yugoslavia)*, Objeciones Preliminares, Sentencia, I.C.J. Reports 1996 (II), pág. 616, párr. 31).

Como ya ha tenido oportunidad de resaltar, la Corte observa, sin embargo, que “el carácter *erga omnes* de una norma y la regla de consentimiento a la jurisdicción son dos cosas diferentes” (*East Timor (Portugal c. Australia)*, Sentencia, I.C.J. Reports 1995, pág. 102, párr. 29), y que el simple hecho de que los derechos y las obligaciones *erga omnes* puedan estar en disputa en el marco de una controversia no le otorgaría a la Corte jurisdicción para entender en dicha controversia.

Lo mismo es aplicable a la relación entre las normas perentorias del derecho internacional general (*jus cogens*) y el establecimiento de la jurisdicción de la Corte: el hecho de que una controversia se relacione con el cumplimiento de una norma de tal carácter, que es, en efecto, el caso con respecto a la prohibición

282. Esto es lo que el Tribunal entiende que la decisión emitida en el marco del caso *Plama c. Bulgaria* quiere decir cuando afirma que “ninguna disposición de NMF incluida en un tratado básico incorpora por vía de referencia disposiciones en materia de resolución de controversias establecidas en otro tratado ni en todo ni en parte, excepto que la disposición de NMF incluida en el tratado básico no deje duda alguna de que las Partes Contratantes tuvieron la intención de incorporarlas”. El Tribunal cree que la interpretación del laudo del caso *Plama* es incorrecta cuando se considera que equivale a la interpretación restrictiva de las cláusulas de NMF en comparación con otras disposiciones del tratado. Toda regla general de interpretación restrictiva de los tratados contradice claramente la CVDT y el derecho internacional consuetudinario. En todo caso, según el Tribunal, la cuestión de la existencia o no de alguna supuesta regla de interpretación restrictiva no representa la distinción básica entre las líneas jurisprudenciales de los casos *Maffezini* y *Plama*.

2. Los términos de la cláusula de nación más favorecida del artículo 3

283. De este modo, el Tribunal procede a la interpretación del texto de la disposición. Este ejercicio se concentra, de conformidad con el artículo 31(1) de la CVDT, en la identificación del sentido corriente de los términos de la cláusula de NMF en el contexto y a la luz del objeto y fin del TBI. Como ambas Partes subrayan, varias características textuales de la disposición sugieren interpretaciones amplias o estrictas de la cláusula.

284. Sin embargo, antes de iniciar el ejercicio de interpretación, cabe destacar que al Tribunal sólo le compete la cláusula de NMF del artículo 3(2). Como la Demandada ha señalado, el artículo 3(1) aborda el trato de NMF de las inversiones mientras que el artículo 3(2) aborda el trato de NMF de los inversores. Por sus términos, la solución de controversias en virtud del artículo 8 se limita a los “inversores” y sólo los inversores pueden invocar el arbitraje internacional. Por lo tanto, el trato de NMF sólo puede extenderse a las actividades de solución de controversias mediante la operación del artículo 3(2) del Tratado. El Tribunal se limita a la consideración de esta última disposición.

(i) El significado del término “trato”

285. La clave de la cuestión de si las cláusulas de NMF estaban destinadas a permitir su uso en reemplazo del consentimiento previsto en el texto del tratado que las contiene es el significado que se le asigna al término “trato”. Este término, utilizado en casi todas las cláusulas de NMF, no es definido en forma específica en ningún TBI del que el Tribunal tenga conocimiento. En consecuencia, la cuestión consiste en determinar si el término comprende el trato tanto jurisdiccional como sustantivo.

del genocidio, no puede en sí mismo ofrecer un fundamento a la jurisdicción de la Corte para entender en dicha controversia. En virtud del Estatuto de la Corte, dicha jurisdicción siempre se basa en el consentimiento de las partes [Traducción libre].

(Caso relativo a Actividades Armadas en el Territorio del Congo (Nueva Solicitud: 2002) (República Democrática del Congo c. Ruanda), nota 30 *supra*, ¶64)

286. El sentido corriente del término “trato” es amplio. Algunos tribunales han definido el trato como “los derechos y privilegios otorgados y las obligaciones y cargas impuestas por un Estado Contratante a las inversiones realizadas por inversores cubiertos por el tratado”³⁰⁹. Otros han declarado que “en su sentido corriente, [t]rato’ se refiere a un comportamiento con respecto a una entidad o una persona”³¹⁰. Puede considerarse que tales definiciones comprenden las disposiciones de resolución de controversias al igual que las disposiciones de trato sustantivo y “[n]o hay fundamento textual ni norma jurídica alguna que nos permita afirmar que el término ‘trato’ no comprende la aceptación del arbitraje internacional por parte del Estado receptor”³¹¹ [Traducción libre]. Incluso las decisiones que se pronuncian firmemente en contra de la extensión del trato de NMF a las cuestiones jurisdiccionales han reconocido esta posibilidad³¹². También aquí el caso *Ambatielos* es pertinente: aclara que el derecho internacional público ha rechazado la existencia de divisiones formales entre la sustancia y el procedimiento en la interpretación de los tratados³¹³.
287. No obstante, la Demandada alega que la frase que forma el contexto inmediato del término, donde la cláusula establece que las inversiones y los inversores se “someterá[n]...a trato” apoya la implicancia de que el término estaba destinado a limitarse a los estándares de trato sustantivo. La primera de esas indicaciones consiste en el uso del verbo “someter”. La Demandada argumenta que esta formulación tiene connotaciones negativas en comparación con otras formulaciones posibles, tales como “otorgar”. A continuación, aparece el argumento según el cual el derecho de un inversor a iniciar un arbitraje internacional es un privilegio que es “otorgado” y que, por lo general, las protecciones sustantivas en virtud del Tratado constituyen límites respecto de las medidas a las que el Estado receptor podría de otro modo tener derecho a “someter” al inversor. Esto se combina con la formulación de la disposición en sentido negativo (“no menos favorable”). Asimismo, la Demandada sugiere que el sustantivo “trato” también tiene una connotación negativa que implica su relación con los derechos sustantivos de los inversores.

³⁰⁹ *Suez/InterAgua*, nota 99 *supra*, ¶55; *AWG*, nota 93 *supra*, ¶55.

³¹⁰ *Siemens*, nota 284 *supra*, ¶85.

³¹¹ *Renta 4*, nota 105 *supra*, ¶101.

³¹² El tribunal del caso *Wintershall*, por ejemplo, reconoció haber rechazado la aplicación de la cláusula de NMF al prerrequisito de los 18 meses “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” (*Wintershall*, nota 7 *supra*, ¶162). Véase, asimismo, *p. ej.*, *Impregilo c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/07/17, Opinión Concurrente y Disidente de la Profesora Brigitte Stern, 21 de junio de 2011, ¶36; *Hochtief c. Argentina*, Opinión Separada y Disidente de J. Christopher Thomas, QC, , nota 282 *supra*, ¶57.

³¹³ En efecto, el defecto del caso *Maffezini* consistió en extrapolar demasiado lejos de este principio general, como destaca acertadamente el tribunal del caso *Renta 4*:

Sin dudas, es justo comparar los TBIs a efectos de evaluar el cumplimiento de las promesas de trato de NMF dado su objetivo congruente: la promoción y protección de inversiones. Sin embargo, una afirmación general no basta para decidir un caso en particular. Depende de la redacción de los instrumentos pertinentes. Esta es una de las razones por la cual la relevancia y el valor de los laudos en virtud de los TBIs varían en los casos posteriores [Traducción libre].

(*Renta 4*, nota 105 *supra*, ¶90)

288. Si bien esto podría estar de acuerdo con los significados de “trato” que definen el término por vía de referencia a acciones de otros respecto de la persona o cosa que está siendo “tratada” de determinada manera, este elemento no es concluyente. A modo de ejemplo, el artículo 7 del Tratado, al excluir a ciertas materias del “trato” de NMF, hace referencia a la exclusión de “cualquier tratamiento, preferencia o privilegio” que de otro modo podría haber sido comprendido por la cláusula de NMF. La implicancia clara es que las concesiones positivas por parte del Estado receptor no se encuentran excluidas del alcance del “trato”, aun cuando dicho término se utilice solo. Asimismo, tanto el trato nacional como las disposiciones de NMF, en principio, funcionan como disposiciones no discriminatorias. Se encuentran comprometidos exclusivamente cuando el inversor afirma estar “sometido a trato [diferencial]” frente a los nacionales del Estado receptor o los nacionales de terceros Estados. La fuerte implicancia negativa comprendida en el trato diferencial es suficiente para explicar la elección del lenguaje.
289. Sin embargo, hay otros indicios que sugieren que el término “trato” no estaba destinado simplemente a tener el sentido corriente amplio que señala la Demandante. El Tribunal destaca que ninguna de las partes del presente caso presentó pruebas directas que revelaran la interpretación particular del término “trato” por las Partes Contratantes al momento de la celebración del Tratado. Como tal, resulta apropiado y útil recurrir al principio de contemporaneidad en la interpretación de los tratados, que reviste especial relevancia en el caso de los tratados bilaterales. Este principio requiere que el significado y el alcance de este término sean determinados al momento en el que la Argentina y el Reino Unido negociaron su TBI.
290. El Tratado fue celebrado por la Argentina y el Reino Unido a fines de 1990. Este era un momento en el que tanto los doctrinarios como los tribunales insistían en la autonomía o la separabilidad de la cláusula arbitral de modo tal que protegiera el derecho del inversor a obtener resarcimiento en el supuesto de revocación arbitraria de contratos por un Estado parte, tendencia general que también influía en la negociación de los tratados bilaterales destinados a la protección de inversiones privadas extranjeras. Por lo tanto, esto fue mucho tiempo antes que el caso *Maffezini* pusiera cuestiones basadas en los tratados relativas a la interacción entre las cláusulas de NMF y los mecanismos internacionales de resolución de controversias inversor-Estado en el centro de atención. De hecho, estas cuestiones permanecían totalmente inexploradas.
291. No obstante, esto ocurrió bastante tiempo después de la conclusión del Proyecto de Artículos de la CDI sobre la Cláusula de la NMF en 1978³¹⁴. Se ha dicho que, en última instancia, el trabajo de la CDI es irrelevante respecto de la presente cuestión³¹⁵. Sin embargo, la ausencia manifiesta de todo debate expreso acerca de la materia es notable

³¹⁴ PROYECTO DE ARTÍCULOS DE LA CDI SOBRE LA CLÁUSULA DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA (1978).

³¹⁵ Véase, *p. ej.*, Donald M. McRae, *Annex: Discussion Paper*, MOST-FAVOURLED-NATION CLAUSE, REPORT OF THE WORKING GROUP, Quincuagésimo-Nonena Sesión (UN Doc. A/CN.4/L.719), pág. 11:

El proyecto de artículos de 1978 ofrece lineamientos limitados acerca de la cuestión. En virtud del proyecto de artículo 9, todo Estado beneficiario adquiere en virtud de una cláusula de NMF “solamente aquellos derechos que estén comprendidos en el ámbito de la materia objeto de la cláusula”. Sin embargo, determinar el objeto de la cláusula es la propia cuestión con la que el tribunal del caso *Maffezini* y otros tribunales han estado luchando [Traducción libre].

en sí misma³¹⁶. El comentario del Proyecto de artículo 9 cita los casos *Anglo-Iranian Oil Company*³¹⁷ y *Ambatielos*³¹⁸ como “*sedes materiae*” sobre la interpretación de las cláusulas de NMF como lo han hecho diversos tribunales en virtud de tratados de inversión.³¹⁹ Por lo tanto, estos casos deben tenerse en cuenta no sólo como jurisprudencia relativa a la interpretación correcta de las cláusulas de NMF, sino asimismo como precedentes que influyeron en la redacción de tratados posteriores.

292. El caso *Anglo-Iranian Oil Company* se trataba de un patrón de hechos que es completamente diferente del contexto moderno del arbitraje en virtud de tratados de inversión. Este caso presenta dos rasgos distintivos particulares. En primer lugar, los tratados que contienen disposiciones de NMF no abordaban cuestión jurisdiccional alguna. Los tratados no contenían ninguna disposición arbitral aplicable a las controversias que pudieran surgir en virtud de tales tratados. En segundo lugar, el instrumento a cuyos beneficios se pretendía tener acceso mediante la cláusula de NMF era la declaración de Irán en virtud de la Cláusula Opcional del Estatuto de la CIJ y no un tratado análogo. No obstante, la decisión expresa claramente la conclusión según la cual “la cláusula de la nación más favorecida...no tiene relación alguna con cuestiones jurisdiccionales entre los dos Gobiernos”³²⁰ [Traducción libre].
293. Mientras tanto, el caso *Ambatielos* versaba sobre derechos procesales relativos a la “administración de justicia”. Como se destacara anteriormente³²¹, puede considerarse entonces que las decisiones, tanto ante la CIJ como la Comisión de Arbitraje, respaldan la idea de que los derechos en virtud de los tratados de naturaleza procesal (por oposición a sustantiva) no se encuentran inherentemente excluidos por su naturaleza del “trato” garantizado por una cláusula de NMF de redacción amplia. Sin embargo, era evidente que los derechos en cuestión aún constituían el objeto del tratado en cuestión. El “trato” analizado comprendía las medidas adoptadas por los tribunales nacionales como órgano del Estado frente a un nacional extranjero. Por lo tanto, los lineamientos ofrecidos por el caso *Ambatielos* son limitados y no contradicen las declaraciones de la CIJ en el marco del caso *Anglo-American Oil Company*³²². Lo mismo puede decirse respecto del otro precedente sobre esta materia, el *Caso Relativo a los Derechos de los Nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos*³²³, en el que Estados

³¹⁶ Aunque en una lista no taxativa, el Proyecto de Artículos de la CDI menciona una serie de materias a las que se han aplicado cláusulas de NMF. Si bien se incluyen cuestiones de “administración de justicia”, como era de esperar a la luz del caso *Ambatielos*, ninguna categoría alude claramente a las cuestiones sobre solución de controversias entre las partes de un tratado en particular.

³¹⁷ *Caso concerniente a Anglo-Iranian Oil Company (Reino Unido c. Irán)*, Sentencia de 22 de julio de 1952, Informes de la CIJ de 1952, 93.

³¹⁸ *Ambatielos Case*, nota 39 *supra*.

³¹⁹ Para un análisis exhaustivo de la importancia de estas decisiones y otros precedentes relativos a la cuestión en disputa, con los que el Tribunal coincide en gran medida a continuación, véase Z. DOUGLAS, nota 41 *supra*, págs. 345-356.

³²⁰ *Caso concerniente a Anglo-Iranian Oil Company* (Reino Unido c. Irán), nota 317 *supra*, pág. 110.

³²¹ Véase ¶286, *supra*.

³²² *Caso Ambatielos*, nota 39 *supra*.

³²³ *Caso Relativo a los Derechos de los Nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos (Francia c. Estados Unidos de América)*, nota 96 *supra*, pág. 176.

Unidos reclamaba derechos ampliados de jurisdicción consular, en lugar de una ampliación de la jurisdicción de la CIJ en virtud de la cláusula de NMF incluida en el tratado básico.

294. Poco después del momento de la celebración del Tratado, en 1992, el Comité para el Desarrollo del Banco Mundial también adoptó las Directrices relativas al tratamiento de la inversión extranjera directa³²⁴. Este instrumento tampoco define expresamente el término “trato”. Sin embargo, la estructura de las Directrices del Banco Mundial y, en particular, de la Parte III dedicada al “tratamiento” y al establecimiento de la variedad de estándares sustantivos comunes de protección de inversiones, sugiere que la opinión preeminente en esa época era que el trato debía cubrir principios de conducta independientes aplicables al Estado receptor de la inversión extranjera: el régimen jurídico de la inversión que la protege de toda práctica discriminatoria o injusta e inequitativa dentro del territorio del Estado receptor. Mientras tanto, la “solución de controversias” es abordada en la Parte 5 de dichas Directrices, en forma separada de los estándares de “trato”.
295. Las Directrices del Banco Mundial constituyen un instrumento de “*soft law*” que no guardan relación directa con la interpretación del TBI Argentina-Reino Unido. No obstante, mediante el principio de interpretación de la contemporaneidad, tales Directrices proveen un indicio valioso de la opinión prevaleciente entre la comunidad de Estados durante el período que antecedió a la adopción del TBI Argentina-Reino Unido de la que no se ha ofrecido prueba en contrario. Por lo tanto, las Directrices del Banco Mundial ponen en duda si el significado amplio debatido anteriormente es en efecto el sentido corriente que las Partes Contratantes pretendían.
296. Sobre la base del análisis *supra* de fuentes contemporáneas al TBI, la opinión del Tribunal de que, en el caso de ausencia de estipulación en contrario en el propio tratado, *lo más probable* es que la intención de las dos Partes Contratantes fuera que el término “trato” hiciera referencia exclusivamente al régimen jurídico que debía ser respetado por el Estado receptor de conformidad con sus obligaciones internacionales, ya fueran convencionales o consuetudinarias. Mientras tanto, la solución de controversias continuaba siendo una cuestión totalmente diferente, contemplada por una disposición específica y separada de los tratados. De este modo, cuando el texto de la cláusula de NMF guarda silencio acerca de la extensión de su aplicación a las disposiciones sobre solución de controversias y el artículo 8(1) del mismo TBI prevé un mecanismo de solución de controversias entre un inversor y el Estado receptor con respecto a todas las diferencias relativas a inversiones que “surjan dentro de los términos de este Convenio”, el contexto que representa el artículo 8(1) desempeña un rol determinante a efectos de la determinación del sentido corriente de los términos de la cláusula de NMF. Elementos adicionales confirman esta conclusión.

(ii) El significado del término “trato” con respecto a la “gestión, mantenimiento, uso, goce o liquidación” de las inversiones por los inversores

297. El siguiente aspecto pertinente de la disposición de NMF incluida en el artículo 3(2) es su referencia a la “gestión, mantenimiento, uso, goce o liquidación” de las inversiones.

³²⁴ Banco Mundial, DIRECTRICES RELATIVAS AL TRATAMIENTO DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA (1992) (en adelante, “Directrices del Banco Mundial”), disponible en: <http://ita.law.uvic.ca/documents/WorldBank.pdf>.

En aras de elucidar aún más el significado del término “trato” pretendido por las Partes Contratantes, este pasaje debe interpretarse de conformidad con el principio de *ejusdem generis* a fin de determinar la clase de cuestiones con las que la cláusula de NMF se relaciona y puede, por lo tanto, atraer de otros tratados.

298. El imperfecto paralelismo entre el artículo 3(1) y el artículo 3(2) también es pertinente en este caso. Mientras que el artículo 3(1) habla de otorgarle trato de NMF a “las inversiones y ganancias de inversores” sin limitación alguna, el artículo 3(2) le otorga a los inversores trato de NMF sólo “en cuanto se refiere a la gestión, mantenimiento, uso, goce o liquidación de sus inversiones.” La implicancia manifiesta es que la frase estaba destinada a tener cierto efecto limitativo respecto de los tipos de trato cubiertos³²⁵.
299. La formulación del artículo 3(2) también difiere de las cláusulas que prevén trato de NMF con relación a “todas las cuestiones” o “todas las materias” relativas al TBI y es de alcance más restringido que ellas. La última frase ha sido invocada por diversos tribunales, incluido el propio tribunal *Maffezini*, a fin de respaldar la aplicación de la cláusula de NMF a la solución de controversias³²⁶, mientras que, a menudo, la ausencia de esta frase también ha sustentado una interpretación más restringida del alcance de la cláusula de NMF³²⁷.
300. Puede afirmarse que la frase “en cuanto se refiere a la gestión, mantenimiento, uso, goce o liquidación de sus inversiones” no implica en sí misma una limitación significativa. Es una formulación amplia que parecería estar diseñada para comprender casi todas las actividades concebibles en las que los inversores podrían embarcarse con relación a sus inversiones y que determinados tribunales han considerado que comprende las actividades de solución de controversias³²⁸. Una vez más, no obstante, existen razones para dudar de que el alcance más amplio de la frase reflejara la intención de las Partes Contratantes. El arbitraje internacional contra el Estado no es una actividad normal en el sentido de que sólo sucede, *per essence*, cuando las controversias continúan sin resolverse, excepto que la existencia del TBI o de otro acuerdo que prevea el arbitraje internacional se dé por segura³²⁹.
301. Otros tribunales han interpretado este lenguaje en forma restringida, en particular, cuando lo comparan con las cláusulas de NMF que comprenden “todas las materias” en virtud del TBI en cuestión. En la práctica, otros Estados también le han asignado a este lenguaje un alcance restringido. Como el tribunal del caso *Plama*, entre otros, destacara, el borrador de Acuerdo del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) de 21 de

³²⁵ Esta es la interpretación que el tribunal del caso *Plama* le asigna a la inclusión de frases similares en el TLCAN y el borrador del Acuerdo del ALCA (*Plama*, nota 31 *supra*, ¶¶201-202).

³²⁶ Véase, *p. ej.*, *Maffezini*, nota 6 *supra*, ¶49; *Telefónica*, nota 103 *supra*, ¶100,

³²⁷ Véase, *p. ej.*, *Salini*, nota 34 *supra*, ¶¶118-119; *Telenor*, nota 35 *supra*, ¶98

³²⁸ Véase, *p. ej.*, *AWG*, nota 93 *supra*, ¶57; *RosInvest*, nota 102 *supra*, ¶130.

³²⁹ En parte, este razonamiento subyace a la decisión emitida en el marco del caso *Wintershall*, nota 7 *supra* ¶¶169-171.

noviembre de 2003, inspirado por el lenguaje similar del artículo 1103(2) del TLCAN³³⁰, contenía una nota al pie en su cláusula de NMF que rezaba:

Nota: una delegación propone que se incluya la siguiente nota al pie en el historial de las negociaciones como reflejo del acuerdo compartido por las Partes sobre la interpretación del artículo de trato de nación más favorecida y el caso Maffezini. Esta nota al pie se borraría del texto final del Acuerdo:

Las Partes desean hacer mención de la reciente decisión del tribunal de arbitraje en el caso Maffezini (Arg.) vs. Reino de España, en la cual se determinó que una cláusula de nación más favorecida excepcionalmente amplia en un acuerdo entre Argentina y España incluía procedimientos de solución de controversias internacionales. Véase Decisión sobre Jurisdicción §§ 38-64 (25 de enero de 2000), reimpresa en 16 ICSID Rev. – F.I.L.J. 212 (2002). En contraste, el artículo sobre nación más favorecida del presente Acuerdo limita expresamente el ámbito de aplicación a “lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones.” Las Partes comparten la interpretación y la intención de que esta cláusula no abarque mecanismos de solución de controversias internacionales como los contenidos en la Subsección C.2.b. (Solución de controversias entre una Parte y un inversionista de otra Parte) de este Capítulo, y que por ende no pueda llevar razonablemente a una conclusión similar a la del caso Maffezini³³¹.

302. Las partes del Borrador del Tratado de Libre Comercio de Centroamérica dieron un paso más en una nota al pie en el historial de las negociaciones del capítulo de dicho instrumento en materia de inversión:

1. Las Partes coinciden en que se incluya la siguiente nota al pie en el historial de las negociaciones como reflejo del acuerdo compartido por las Partes sobre la interpretación del artículo de trato de nación más favorecida y el caso Maffezini. Esta nota al pie se borraría del texto final del Acuerdo. Las Partes desean hacer mención de la reciente decisión del tribunal de arbitraje en el caso Maffezini (Arg.) vs. Reino de España, en la cual se determinó que una cláusula de nación más favorecida excepcionalmente amplia en un acuerdo entre Argentina y España incluía procedimientos de solución de controversias internacionales. Véase Decisión sobre Jurisdicción ¶¶ 38-64 (25 de enero de 2000), reimpresa en 16 ICSID Rev. – F.I.L.J. 212 (2002). En contraste, el artículo sobre nación más favorecida del presente Acuerdo limita expresamente el ámbito de aplicación a “lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones.” Las Partes comparten la interpretación y la intención de que esta cláusula no abarque mecanismos de solución de controversias internacionales como los contenidos en la Sección C de este Capítulo, y que por ende no pueda llevar razonablemente a una conclusión similar a la del caso Maffezini³³².

³³⁰ Independientemente de los instrumentos aclaratorios posteriores, también se ha interpretado que la redacción del Artículo 1103(2) del TLCAN excluye claramente las cuestiones sobre solución de controversias de su alcance, como Emmanuel Gaillard lo expresa brevemente: « La clause de règlement des différends ne figurant pas dans cette énumération des matières couvertes, elle s'en trouve naturellement exclue » (CIRDI, Chronique de sentences arbitrales, Journal de droit international, Clunet, n° 1/2005, pág. 162.

³³¹ *Plama*, nota 31 *supra*, ¶202.

³³² Tratado de Libre Comercio de Centroamérica (TLCC) (Borrador), 28 de enero de 2004, disponible en: http://www.sice.oas.org/TPD/USA_CAFTA/Jan28draft/CAFTAind_e.asp.

De modo similar, otros tratados de inversión recientes han incluido disposiciones que indican expresamente que este lenguaje está destinado a limitar en forma específica la cláusula de NMF a las cuestiones de trato sustantivo³³³.

303. Asimismo, como el tribunal de *National Grid* destacara, en respuesta a la decisión emitida en el marco del caso *Siemens*, la Argentina y Panamá intercambiaron notas diplomáticas con vistas a aclarar que la cláusula de NMF incluida en su tratado de inversión de 1996 no estaba destinada a extenderse a las cláusulas de resolución de controversias³³⁴.
304. Por el contrario, el Reino Unido ha manifestado de manera similar que su intención era que la cláusula de NMF incluyera las cuestiones sobre solución de controversias y, a tal efecto, ha incluido un tercer párrafo en las cláusulas de NMF de muchos de sus TBI y de su Modelo de TBI:

Para evitar toda duda, se ratifica que el trato previsto en los apartados (1) y (2) precedentes se aplicará a las disposiciones de los Artículos 1 a 11 de este Convenio.

Sin embargo, el TBI que nos ocupa no contiene ninguna de dichas disposiciones ni ninguna indicación de ese tipo. La Demandada, asimismo, cita en forma acertada el caso del TBI Paraguay-Reino Unido en el que este lenguaje fue insertado por medio de una modificación en lugar de una aclaración. No obstante, pueden encontrarse otros elementos que señalan el alcance restringido de la cláusula de NMF incluida en el tratado bilateral en cuestión.

(iii) El significado de trato por parte del Estado receptor “en su territorio”

305. El tercer aspecto textual clave que cabe destacar es la precisión de que el trato de NMF se otorgará a las actividades que tengan lugar “en el territorio [del Estado Contratante]”. En otras palabras, las garantías de NMF se limitan a la esfera territorial. Esta limitación territorial atraviesa el TBI. Es aplicable en diversos lugares dentro de la definición de “inversión”. Una limitación territorial similar a la que se encuentra en la cláusula de NMF también está presente en cualquier otra disposición que establezca un estándar de trato sustantivo, con excepción del artículo 6 sobre “Repatriación de Inversiones y Ganancias”. En efecto, la limitación está presente en todas las disposiciones del Tratado, con excepción de la disposición de transferencia mencionada anteriormente (artículo 6), las excepciones al trato de NMF (artículo 7) y la disposición sobre solución de controversias (artículos 8 y 9).
306. Esta práctica es altamente sugerente. No sólo crea un nexo textual entre todas las disposiciones que establecen estándares de trato sustantivo diferentes de las disposiciones sobre solución de controversias, sino que también resalta la naturaleza no territorial de la resolución de controversias. Habría sido ilógico incluir limitaciones territoriales en las disposiciones anteriores en las que no aparecen. En el contexto de las disposiciones sobre solución de controversias, ello es así dado que el arbitraje

³³³ Véase, *p. ej.*, Tratado de Libre Comercio entre Chile-Colombia (2006), Anexo 9.3; Tratado de Libre Comercio entre Canadá-Perú (2008), Anexo 804.1.

³³⁴ *National Grid*, nota 88 *supra*, ¶85.

internacional no es una actividad inherentemente ligada al territorio del Estado demandado. En realidad, lo contrario es cierto. El único nexo territorial importante puede ser el nexo con la sede legal del arbitraje. No obstante, por lo general, la sede se encuentra ubicada en el territorio de un tercer Estado neutral que no es parte en la controversia, como en el presente caso. Cabe destacar, asimismo, que el Tratado también prevé la posibilidad del arbitraje en virtud del Convenio CIADI, donde no existe sede del arbitraje como tal. Tampoco es probable que exista una sede en el marco de un arbitraje entre las Partes Contratantes en virtud del artículo 9 del Tratado.

307. Mientras tanto, la remisión de una diferencia relativa a inversiones a los tribunales locales del Estado receptor constituiría una actividad que tiene lugar dentro de su territorio. El caso *Ambatielos*, por ejemplo, se trataba de un trato que recaía directamente dentro de la esfera de una limitación territorial respecto del funcionamiento de una cláusula de NMF. En el caso *Ambatielos*, Grecia invocaba una cláusula de NMF a fin de obtener para su nacional un tipo de trato en los *tribunales nacionales* del Reino Unido que el Reino Unido había otorgado en virtud de un tratado a los nacionales de determinados terceros Estados y que, según Grecia, era más favorable³³⁵. De este modo, el hecho de que una Parte Contratante hubiera de otorgarle a los inversores de algún tercer Estado derechos más favorables con relación a la resolución de controversias locales que los derechos otorgados a los inversores de la otra Parte Contratante podría dar lugar a una violación de la cláusula de NMF. Sin embargo, en el presente caso, lo que está en juego no es el recurso a la jurisdicción nacional, sino al arbitraje internacional, que, como ya se ha destacado, se desarrolla fuera del territorio nacional del Estado receptor.
308. Por ende, aun si pudiera interpretarse que el término “trato” comprende no sólo las protecciones “sustantivas”, sino asimismo las disposiciones sobre resolución de controversias internacionales de los tratados de inversión, la cláusula de NMF que nos ocupa no es aplicable al arbitraje internacional. La obligación del Estado receptor se extiende hasta el otorgamiento al inversor cubierto con respecto a la resolución de controversias locales (es decir, la resolución de controversias “en su territorio”) de un “trato” que no sea menos favorable que el trato en materia de resolución de controversias locales otorgado a los inversores provenientes de terceros Estados. Cuando una cláusula de NMF es aplicable exclusivamente al trato en el territorio del Estado receptor, el corolario lógico es que el trato fuera del territorio del Estado receptor no se encuentran dentro del alcance de la cláusula.
309. En resumen, tanto el propio concepto de resolución de controversias extra-territoriales como el consentimiento a ella por parte de un Estado receptor son inadecuados respecto del sentido claro y corriente de las palabras “trato en su territorio” en los términos de la cláusula de NMF del Tratado. Es difícil advertir el modo en el que la cláusula de NMF que contiene esta frase podría aplicarse a los procedimientos de arbitraje internacional sin descontar la limitación territorial expresa sobre el alcance de la cláusula. Esta incongruencia pragmática impide que el Tribunal presuma – ante la ausencia de toda prueba positiva – que las Partes Contratantes del presente Tratado pretendían incluir en forma tácita la resolución de controversias internacionales dentro del ámbito de la

³³⁵ Para otros ejemplos similares relativos a la administración de justicia, véase el comentario del PROYECTO DE ARTÍCULOS DE LA CDI SOBRE LA CLÁUSULA DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA (1978) en 28-29.

cláusula de NMF. Si esa hubiera sido su intención, parecería extraño que impusieran una limitación territorial tan incoherente con dicho objetivo.

(iv) *El principio de expressio unius est exclusio alterius aplicable a las excepciones al trato de NMF*

310. La Demandante responde a la conclusión *supra* recurriendo a la máxima del derecho romano *expressio unius est exclusio alterius* aplicable a las excepciones al trato de NMF enumeradas en el artículo 7 del Tratado. Varios distinguidos tribunales también lo han invocado – incluso con respecto al Tratado en cuestión – a fin de concluir que, cuando un tratado enumera determinadas excepciones al trato de NMF, todo trato no excluido en forma expresa se encuentra necesariamente contemplado por la cláusula de NMF³³⁶. Dichos tribunales han señalado estas excepciones como prueba de que la cuestión del trato de NMF de la solución de controversias vivía en las mentes de las Partes Contratantes y que, por lo tanto, debe presumirse que han tenido la intención de incluir las disposiciones sobre resolución de controversias internacionales dentro del alcance de la cláusula de NMF³³⁷. Con el debido respeto a los tribunales precedentes, el presente Tribunal no considera que la presencia de estas excepciones sea un indicio de que las Partes Contratantes pretendían incluir disposiciones sobre resolución de controversias internacionales inversor-Estado dentro del alcance de sus compromisos de NMF.

311. Las excepciones al trato de NMF mencionadas en el artículo 7 del Tratado se reproducen a continuación:

ARTÍCULO 7
Excepciones

ARTICLE 7
Exceptions

Las disposiciones del presente Convenio, relativas a la concesión de un trato no menos favorable del que se concede a los inversores de una de las Partes Contratantes o de cualquier tercer Estado, no serán interpretadas en el sentido de obligar a una Parte Contratante a conceder a los inversores de la otra Parte Contratante los beneficios de cualquier tratamiento, preferencia o privilegio proveniente de

The provisions of this Agreement relative to the grant of treatment not less favourable than that accorded to the investors of either Contracting Party or to the investors of any third State shall not be construed so as to oblige one Contracting Party to extend to the investors of the other the benefit of any treatment, preference or privilege resulting from

(a) una unión aduanera existente o futura, un acuerdo de integración económica regional o cualquier acuerdo internacional semejante, al que una u otra de las Partes Contratantes haya adherido o pueda eventualmente adherir; o

(a) any existing or future customs union, regional economic integration agreement or similar international agreement to which either of the Contracting Parties is or may become a party, or

(b) los acuerdos bilaterales que proveen financiación concesional respectivamente concluidos por la República Argentina con

(b) the bilateral agreements providing for concessional financing concluded by the Republic of Argentina with Italy on 10

³³⁶ Véase, *p. ej.*, *National Grid*, nota 88 *supra*, ¶82; *Suez/InterAguas*, nota 99 *supra*, ¶56; *Siemens*, nota 284 *supra*, ¶¶83-86.

³³⁷ *RosInvest*, nota 102 *supra*, ¶135.

Italia el 10 de noviembre de 1987 y con España el 3 de junio de 1988; o

December 1987 and with Spain on 3 June 1988 respectively, or

- (c) un convenio o acuerdo internacional que esté relacionado en todo o principalmente con tributación o cualquier legislación interna que esté relacionada en todo o principalmente con tributación.
- (c) any international agreement or arrangement relating wholly or mainly to taxation or any domestic legislation relating wholly or mainly to taxation.

312. Estas excepciones, que excluyen el trato con relación a una unión aduanera, un acuerdo de integración económica regional, dos acuerdos específicos de financiación concesional concluidos por la Argentina y cualquier convenio internacional relacionado con tributación, se ocupan exclusivamente del trato directo de las inversiones extranjeras de las Partes Contratantes. Además, las excepciones incluidas en el artículo 7 hacen referencia a los tipos de trato que tendrían lugar habitualmente dentro del territorio del Estado receptor – es decir, se ajustan a la limitación territorial de la cláusula de NMF.

313. Las excepciones al trato de NMF no sugieren ninguna exclusión de las cuestiones relativas a la solución de controversias internacionales. En la medida en que las Partes Contratantes puedan haber concentrado su atención en la cuestión del trato de NMF de la solución de controversias internacionales, puede considerarse que las Partes Contratantes no han excluido la solución de controversias ya que, en primer lugar, nunca imaginaron que estaba incluida. Así, el Tribunal coincide con la conclusión del tribunal del caso *Plama* según la cual la deducción puede aplicarse con la misma fuerza en ambas direcciones y sólo sirve para confirmar una conclusión anterior acerca del efecto de la cláusula de NMF.

3. *Effet utile* y práctica posterior de la Argentina en materia de celebración de TBIs

314. La práctica anterior y posterior de las Partes Contratantes en materia de celebración de TBIs es la próxima cuestión a tener en cuenta con relación a la interpretación de la cláusula de NMF. La práctica de las Partes Contratantes en materia de celebración de tratados es sin duda una consideración pertinente a efectos de la interpretación del Tratado actual. Sin embargo, el Tribunal duda de su utilidad en la forma utilizada en este caso.

315. La Demandada ha argumentado que, si la cláusula de NMF es aplicable a la resolución de controversias y aquella ya había celebrado tratados que no contenían este requisito, no habría motivos para incluir el prerrequisito de los 18 meses en los tratados futuros. Todas dichas estipulaciones futuras automáticamente se tornarían nulas. Entonces, ¿por qué habría la Argentina continuado incluyendo disposiciones tan malogradas en los TBI futuros? Esto tendría poco sentido y se opondría al principio de “*effet utile*” en virtud del cual se presume que estas disposiciones estaban destinadas a perseguir algún propósito.

316. El Tribunal considera que el argumento de la Demandada es convincente. De los 29 TBIs suscriptos por la Argentina con diversos Estados entre el 22 de mayo de 1990 y el 17 de mayo de 1994, diez tratados contenían el prerrequisito de los 18 meses mientras

que los otros 19 no lo incluían³³⁸. Si la Argentina hubiera tenido por lo general la intención de que las cláusulas de NMF de sus TBIs fueran aplicables a sus disposiciones sobre resolución de controversias internacionales, entonces celebró no menos de cinco TBIs posteriores³³⁹ que incluían el prerequisite de los 18 meses sin una buena razón dado que ya había concluido tres TBIs sin este requisito.³⁴⁰ Dos de estos tratados (los TBIs con los Países Bajos y Corea del Sur) fueron incluso suscriptos en un momento en el que al menos un TBI que omitía el prerequisite de los 18 meses de litigio (el TBI de Polonia) ya estaba en vigor. En cambio, si los TBIs se observan por fecha de entrada en vigor, entonces ninguno solo de los diez TBIs de Argentina que establecen el prerequisite de los 18 meses de litigio habría entrado en vigor antes de que la exclusión de tal requisito en el TBI Argentina-Polonia lo hubiese hecho vano.

317. Estos patrones no pueden reconciliarse con las afirmaciones de la Demandante relativas a las cláusulas de NMF. La doctrina del *effet utile* se vería vulnerada con respecto a los tratados mencionados, puesto que el prerequisite de los 18 meses habría sido nulo *ab initio* – inmediatamente sustituido por medio de las cláusulas de NMF de los tratados. En este sentido, y como ya se ha dicho anteriormente, el texto del TBI, incluido su artículo 8, funciona como “contexto” pertinente a fin de determinar el sentido corriente de los términos de la cláusula de NMF contenida en el artículo 3(2) del TBI. Los términos de la primera, la cláusula de NMF, no deberían interpretarse en el sentido de privar a la segunda, la cláusula de resolución de controversias, de todo significado sin la intención clara de lograr dicho resultado. El principio de contemporaneidad evita esta incongruencia al preferir la interpretación coherente con la práctica demostrada de la Argentina en materia de celebración de tratados – a saber, que, en 1990, la Argentina entendía que el término “trato” no incluía los procedimientos de arbitraje internacional de los TBIs.

³³⁸ Una tabla que enumera los TBIs celebrados por la Argentina que indica su fecha de celebración, fecha de entrada en vigor e inclusión del prerequisite de los 18 meses se encuentran adjunta al presente Laudo (Anexo I).

³³⁹ Estos son los TBIs de Argentina con España, Canadá, Austria, Países Bajos y Corea del Sur.

³⁴⁰ Estos son los TBIs de Argentina con Polonia, Suecia y Francia.

I.III ¿OTORGA EL TBI ARGENTINA-LITUANIA UN TRATO “MÁS FAVORABLE”?

318. El Tribunal ya ha concluido que la cláusula de NMF incluida en el Tratado no extiende el trato de NMF a las cuestiones sobre solución de controversias internacionales. No obstante, dado que las Partes abordaron la cuestión en detalle, el Tribunal procede a abordar brevemente otro aspecto del ámbito de aplicación de la cláusula de NMF – la cuestión de la comparación entre el tratado básico y el tratado comparable – que confirma sus conclusiones acerca de su falta de competencia aun si la cláusula de NMF fuera en efecto aplicable a las disposiciones sobre solución de controversias del Tratado.
319. La cuestión que consiste en determinar lo que constituye trato “más favorable” no puede darse por segura. El trato diferencial no constituye automáticamente trato “menos favorable”³⁴¹. La cuestión debe evaluarse en forma objetiva e identificar el modo en el que los inversores en virtud del tratado básico son puestos en desventaja en comparación con sus pares en virtud del tratado comparable. Puede que, en ciertas circunstancias, sea posible identificar cuestiones independientes en las que el trato claramente diferencial otorgue una ventaja o imponga una desventaja a uno frente al otro. Sin embargo, el análisis no puede limitarse a una simple consideración de lo que es más o menos favorable para un inversor determinado en las circunstancias particulares en las que se encuentra al momento en el que surge la controversia. El trato identificado debe ser más favorable en general de modo tal que la cláusula cumpla su propósito de evitar distorsiones en la competencia entre inversores de distinta procedencia. Por otro lado, no es necesario que el trato otorgado se considere más favorable en todas las circunstancias.
320. En el marco de la solución de controversias, el principio anterior requiere que las disposiciones sobre solución de controversias de dos tratados se comparen en su totalidad y no por partes, en aras de determinar si el trato otorgado por el tratado comparable es, en efecto, más favorable en general. Ante la ausencia de una comparación de igual a igual, puede que el trato diferencial con relación a la resolución de controversias no equivalga necesariamente a un trato menos favorable.
321. En este caso, la Demandante ha invocado el TBI Argentina-Lituania como el tratado comparable que supuestamente ofrece trato “más favorable” en violación de la cláusula de NMF incluida en el TBI Argentina-Reino Unido, el tratado básico. A continuación, se transcribe la disposición sobre resolución de controversias del TBI Argentina-Lituania en su totalidad:

³⁴¹ Dicha distinción se ha reconocido claramente en el contexto del trato nacional. Véase, *p. ej.*, *UPS c. Canadá*, CNUDMI, Laudo, 24 de mayo de 2007.

Artículo 9
Solución de controversias entre un inversor y la parte receptora de la inversión

(1) Toda controversia relativa a las disposiciones del presente Acuerdo respecto de una inversión entre un inversor de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante, será, en la medida de lo posible, solucionada por consultas amistosas.

(2) Si la controversia no hubiera podido así ser solucionada en el término de seis meses a partir de la fecha en que hubiera sido planteada por una u otra de las partes, podrá ser sometida, a pedido del inversor a:

- los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión;
- arbitraje internacional en las condiciones descritas en el párrafo (3).

Una vez que un inversor haya sometido la controversia a los tribunales competentes mencionados de la Parte Contratante en la cual se realizó la inversión o al arbitraje internacional, la elección será definitiva.

(3) En el caso de recurso al arbitraje internacional, la controversia podrá ser llevada, a elección del inversor:

- al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (C.I.A.D.I.), creado por el "Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a las Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados", abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965, cuando cada Estado Parte en el presente Acuerdo haya adherido a aquél. Mientras esta condición no se cumpla, cada Parte Contratante da su consentimiento para que la controversia sea sometida al arbitraje conforme a las reglamentaciones del Mecanismo Complementario del C.I.A.D.I. para la Administración de Procedimientos de Conciliación, de Arbitraje o de Investigación, o
- a un tribunal de arbitraje establecido para cada caso de acuerdo con las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el

Article 9
Settlement of Disputes between an investor and the host Contracting Party

(1) Any dispute which arises within the terms of this Agreement concerning an investment between an investor of one Contracting Party and the other Contracting Party shall, if possible, be settled amicably.

(2) If the dispute cannot thus be settled within six months following the date on which the dispute has been raised by either party, it may be submitted, upon request of the investor, either to:

- The competent tribunal of the Contracting Party in whose territory the investment was made;
- International arbitration according to the provisions of Paragraph (3).

Where an investor has submitted a dispute to the aforementioned competent tribunal of the Contracting Party where the investment has been made or to international arbitration, this choice shall be final.

(3) In case of international arbitration, the dispute shall be submitted, at the investor's choice, either to:

- The International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID) created by the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and National of other States opened for signature in Washington on 18th March 1965, once both Contracting Parties herein become members thereof. As far as this provision is not complied with, each Contracting Party consents that the dispute be submitted to arbitration under the regulations of the ICSID Additional Facility for the Administration of Conciliation, Arbitration and Fact-Finding Proceedings, or
- An arbitration tribunal set up from case to case in accordance with the Arbitration Rules of the United Nations Commission on

Derecho Mercantil Internacional International Trade Law (UNCITRAL).
(C.N.U.D.M.I.).

(4) El tribunal arbitral decidirá en base a las disposiciones del presente Acuerdo, el derecho de la Parte Contratante que sea parte en la controversia, incluidas las normas relativas a conflictos de leyes a los términos de eventuales acuerdos específicos concluidos con relación a la inversión como así también a los principios pertinentes del derecho internacional en la materia.

(4) The arbitration tribunal shall decide in accordance with the provisions of this Agreement, the laws of the Contracting Party involved in the dispute, including its rules on conflict of law, the terms of any specific agreement concluded in relation to such an investment and the relevant principles of international law.

(5) Los fallos del tribunal arbitral serán definitivos y obligatorios para las partes en la controversia. Cada Parte Contratante las ejecutará de conformidad con su legislación³⁴².

(5) The arbitral decisions shall be final and binding for the parties in the dispute. Each Contracting Party shall execute them in accordance with its laws.

322. A diferencia del artículo 8 del TBI Argentina-Reino Unido, esta disposición establece, en primer lugar, que las controversias deben ser objeto de consultas amistosas. En el supuesto de que éstas no logran resolver la controversia dentro del plazo de seis meses, el inversor podrá optar por someter la controversia a los tribunales nacionales del Estado receptor o a diversos foros de arbitraje internacional. Luego, la cláusula deja en claro que “[u]na vez que un inversor haya sometido la controversia a los tribunales competentes mencionados de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión o al arbitraje internacional, la elección será definitiva.” Esta disposición constituye una disposición de “*fork-in-the-road*” común a muchos TBIs. De este modo, el inversor lituano tiene la oportunidad de optar entre los recursos locales y el arbitraje internacional. No obstante, el inversor no puede recurrir al arbitraje internacional una vez que haya optado por emplear los recursos locales o *viceversa*.

323. Por el contrario, el inversor del Reino Unido en la Argentina debe someter la controversia a los tribunales argentinos durante 18 meses o hasta que se emita una decisión definitiva, lo que ocurra primero. Como la Demandada destacara, esto efectivamente le da al inversor dos oportunidades: una vez ante los tribunales nacionales del Estado receptor y, otra vez, ante un tribunal arbitral internacional. Si bien el proceso judicial ante los tribunales argentinos supone costos y demoras si no logra alcanzar una resolución, en muchas circunstancias, puede que esto sea más favorable que el acceso directo al arbitraje internacional luego de sólo seis meses de consultas amistosas. Por consiguiente, el Tribunal no considera que los inversores lituanos reciban necesariamente un trato más favorable en comparación con el inversor del Reino Unido en la Argentina. El hecho de aceptar que “el acceso al arbitraje internacional ha sido una aspiración constante y fundamental para la protección de las inversiones”³⁴³ [Traducción libre] no cambia este resultado.

³⁴² Traducción en idioma inglés extractada de UNITED NATIONS TREATY SERIES, Tomo 2033, págs. 264-265.

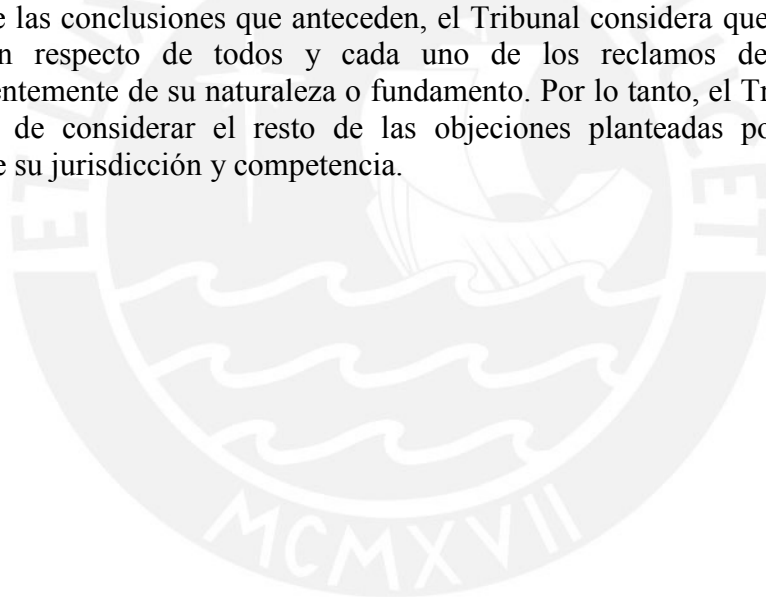
³⁴³ *Renta 4*, nota 105 *supra*, ¶100.

324. La afirmación de la Demandante según la cual es improbable que las diferencias relativas a inversiones obtuvieran una decisión de primera instancia dentro del plazo de 18 meses es de escasa importancia. El requisito de recurrir a los tribunales argentinos se establece como requisito de mínima. Los tribunales argentinos siguen entendiendo en la cuestión y el inversor no renuncia a su derecho de iniciar un arbitraje internacional por continuar su acción local hasta obtener una decisión pasados los 18 meses antes de optar por recurrir al arbitraje internacional.
325. El hecho de que un inversor hubiera de demostrar una necesidad general de recurrir al arbitraje internacional sin demora, de modo tal que los inversores que se ven obligados a llevar adelante un proceso judicial durante 18 meses sean puestos en constante desventaja en comparación con los inversores que pueden recurrir a un tribunal internacional en forma directa o más expedita, podría convencer al Tribunal de que este requisito redundaría en un trato menos favorable. Sin embargo, ninguna desventaja general se ha demostrado en el caso que nos ocupa. En el presente caso, la única razón planteada acerca del motivo por el cual la Demandante no desea emplear los recursos locales pertenece exclusivamente a dicha Demandante. La Demandada acusa a la Demandante de intentar evadir deudas que podrían compensarse contra sus reclamos actuales mediante la obtención de un laudo internacional que podría hacer valer en una jurisdicción que no reconocerá tales deudas ni permitirá su compensación. No es necesario que el Tribunal exprese opinión alguna en cuanto a la veracidad de esta alegación. Basta decir que no satisface el estándar establecido *supra*.



I.IV. CONCLUSIÓN EN MATERIA DE JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

326. El Tribunal ha analizado los argumentos de las Partes y arriba a cuatro conclusiones principales: (1) el artículo 8 del Tratado establece un requisito obligatorio previo al arbitraje internacional que consiste en la necesidad de recurrir a los tribunales nacionales durante el plazo de 18 meses, que la Demandante claramente no ha cumplido; (2) el incumplimiento del prerrequisito priva al Tribunal de jurisdicción y competencia; (3) la cláusula de NMF del artículo 3 del Tratado no se extiende a las cuestiones sobre resolución de controversias internacionales; y (4) aun si la cláusula de NMF se extendiera a las cuestiones sobre resolución de controversias internacionales, no se ha demostrado que este requisito constituya un trato “menos favorable” frente a otros inversores extranjeros. Todas las anteriores se relacionan con la conclusión fundamental que subyace a la resolución de falta de competencia por parte del Tribunal: el consentimiento de la Argentina al arbitraje ante el incumplimiento del prerrequisito de los 18 meses incluido en el presente Tratado no ha sido demostrado.
327. A la luz de las conclusiones que anteceden, el Tribunal considera que debe rechazar su jurisdicción respecto de todos y cada uno de los reclamos de la Demandante independientemente de su naturaleza o fundamento. Por lo tanto, el Tribunal no tiene la obligación de considerar el resto de las objeciones planteadas por la Demandada respecto de su jurisdicción y competencia.



I.V. COSTAS

328. El Tribunal observa que el Tratado no contiene disposición alguna acerca de la distribución de las costas del arbitraje emergentes de una controversia entre un inversor y el Estado receptor. En su lugar, las disposiciones relativas a la decisión del Tribunal en materia de costas se encuentran en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI que rige el procedimiento, en particular, en sus artículos 38 a 40.

329. El artículo 38 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI define las “costas del arbitraje” tal como se establece a continuación:

El tribunal arbitral fijará en el laudo las costas del arbitraje. El término "costas" comprende únicamente lo siguiente:

a) Los honorarios del tribunal arbitral, que se indicarán por separado para cada árbitro y que fijará el propio tribunal de conformidad con el artículo 39;

b) Los gastos de viaje y las demás expensas realizadas por los árbitros;

c) El costo del asesoramiento pericial o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral;

d) Los gastos de viaje y otras expensas realizadas por los testigos, en la medida en que dichos gastos y expensas sean aprobados por el tribunal arbitral;

e) El costo de representación y de asistencia de letrados de la parte vencedora si se hubiera reclamado dicho costo durante el procedimiento arbitral y sólo en la medida en que el tribunal arbitral decida que el monto de ese costo es razonable;

f) Cualesquiera honorarios y gastos de la autoridad nominadora, así como los gastos del Secretario General del Tribunal Permanente de Arbitraje de La Haya.

330. Las Partes depositaron el monto total de EUR 400.000 (EUR 200.000 cada una de las Partes, la Demandante y la Demandada) en la CPA a efectos de cubrir las costas del arbitraje.

331. Los honorarios y gastos del Hon. Marc Lalonde, el árbitro nombrado por la Demandante, ascienden a EUR 74.000,00. Los honorarios y gastos del Dr. Santiago Torres Bernárdez, el árbitro nombrado por la Demandada, ascienden a EUR 72.500,00. Los honorarios y gastos del Prof. Pierre-Marie Dupuy, el Árbitro Presidente, ascienden a EUR 88.000,00.

332. De conformidad con la Orden Procesal N° 1, la Oficina Internacional de la CPA fue designada para actuar en calidad de Registro en el marco del presente arbitraje. Los honorarios de la CPA en concepto de servicios de registro ascienden a EUR 64.135,00.
333. Todos los demás costos del tribunal, incluyendo costos de viaje, servicios de transcripción, traducción, interpretación, entregas por servicio de mensajería, gastos de conferencias telefónicas, servicios de catering, gastos bancarios y todos los demás gastos restantes relativos al procedimiento de arbitraje, ascienden a EUR 62.852,22.
334. Sobre la base de las cifras anteriores, los costos combinados del tribunal, que comprenden los conceptos incluidos en los artículos 38(a) a (c) del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, ascienden a un monto total de EUR 361.487,22.
335. Las porciones de estos costos del tribunal correspondientes a cada una de las Partes respectivamente, que ascienden a EUR 180,743.61 para cada lado, serán deducidas del depósito y la CPA reembolsará el monto de EUR 19.256,39 a cada una de las Partes de conformidad con el artículo 41(5) del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.
336. Luego de haber fijado las costas del arbitraje, los artículos 40(1) y (2) del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI establecen los criterios que el Tribunal debe aplicar al momento de la imposición de costas:
1. Salvo lo dispuesto en el párrafo 2, en principio, las costas del arbitraje serán a cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá prorratear cada uno de los elementos de estas costas entre las partes si decide que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
 2. Respecto del costo de representación y de asistencia de letrados a que se refiere el inciso e) del artículo 38, el tribunal arbitral decidirá, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, qué parte deberá pagar dicho costo o podrá prorratearlo entre las partes si decide que el prorrateo es razonable.
337. Así, el artículo 40 contiene reglas independientes con respecto a la imposición de las costas del arbitraje y los costos de representación y asistencia de letrados de las partes. De conformidad con el artículo 40(1) del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, el principio que rige la imposición de las costas del arbitraje es que las costas estarán a cargo de la parte vencida, en este caso, la Demandante, a menos que el Tribunal decida que el prorrateo de las costas entre las partes es razonable teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
338. A la luz de la conclusión del Tribunal según la cual carece de competencia respecto de todos los reclamos de la Demandante, hay una parte claramente vencedora, la Demandada, y una parte claramente vencida, la Demandante. Debido a este resultado, el Tribunal no encuentra razón alguna para desviarse de la presunción del artículo 40(1) y, en consecuencia, impone las costas del arbitraje a la Demandante. Por lo tanto, la Demandante reembolsará a la Demandada el monto de EUR 180.743,61 en concepto de costas del arbitraje.
339. Con respecto a los costos de representación y asistencia de letrados en los términos del artículo 38(e), el artículo 40(2) del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI establece

que el tribunal arbitral decidirá, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, qué parte deberá pagar dicho costo o podrá prorratearlo entre las partes si decide que el prorrateo es razonable. Por ende, el artículo 40(2) le otorga casi total discrecionalidad al tribunal arbitral.

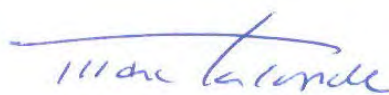
340. La posición tradicional en el marco del arbitraje en virtud de tratados de inversión, por oposición al arbitraje comercial, ha consistido en seguir la práctica habitual del derecho internacional público (tal como lo ejemplifica el artículo 9(5) del Tratado) según la cual las partes se harán cargo de sus propios costos de representación y asistencia de letrados. El Tribunal es consciente de que, en su lugar, varios tribunales en virtud de tratados de inversión han optado por aplicar el principio de imposición de los costos de representación y asistencia de letrados a la parte vencedora conjuntamente con las costas del arbitraje. El Tribunal acepta que esta práctica en desarrollo puede ser adecuada en algunos casos, pero no está convencido de que deba adoptarse como norma y prefiere seguir la práctica del derecho internacional público salvo que una evaluación más holística de las circunstancias del caso justifique que se aparte de dicha práctica.
341. En este caso, el Tribunal destaca una vez más que la Demandada ha sido la parte vencedora. No obstante, casi no puede afirmarse que los argumentos de la Demandante hayan sido irrazonables, puesto que ya habían sido adoptados previamente por otros tribunales aun con respecto al Tratado en cuestión en el caso que nos ocupa. Como tales, si bien está firmemente convencido de su interpretación del artículo 3 del Tratado, el Tribunal es consciente de la dificultad planteada por la jurisprudencia incongruente en cuanto a la interpretación de las cláusulas de NMF incluidas en los tratados de inversión y su aplicación a las cuestiones jurisdiccionales.
342. Asimismo, el Tribunal señala que se ha pronunciado a favor de la Demandada y en contra de la Demandante respecto de sólo una de las diversas objeciones a la jurisdicción y competencia planteadas por la Demandada y debatidas por las Partes, aunque advierte que se trata de una que se deshace de la totalidad de los reclamos. El Tribunal no se ha pronunciado en cuanto a estas otras cuestiones y no presumirá que los argumentos de la Demandante carecían de mérito y no habrían prevalecido. Por lo tanto, el éxito de la Demandada no es absoluto.
343. De este modo, a pesar de pronunciarse en contra de la Demandante, el Tribunal decide que las Partes deberán soportar sus propios costos de representación y asistencia de letrados.

J. DECISIONES

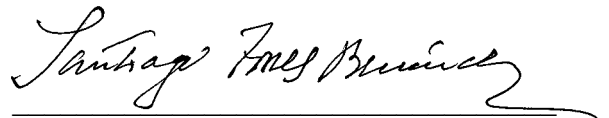
1. El Tribunal carece de jurisdicción y competencia respecto de todos los reclamos de la Demandante debido a la falta de cumplimiento por parte de la Demandante del prerequisite obligatorio de 18 meses de litigio establecido en el artículo 8 del Tratado.
2. La cláusula de NMF del artículo 3 del Tratado no resulta aplicable de tal modo que permita a la Demandante aprovecharse de las cláusulas de resolución de controversias del TBI Argentina-Lituania.
3. Se rechazan por tanto las pretensiones de la Demandante in totum, sin perjuicio del derecho de la Demandante de presentarlas de nuevo ante un nuevo tribunal arbitral tras haber cumplido con el artículo 8 del Tratado.
4. Se imponen a la Demandante las costas del arbitraje y por tanto deberá reembolsar a la Demandada la cantidad de EUR 180.743,61.
5. Las Partes deberán soportar sus propios gastos de representación y asistencia jurídica.
6. La CPA reembolsará EUR 19.256,39 a cada Parte en relación con balance del depósito que no se ha utilizado.

Lugar del arbitraje: La Haya

Fecha: 10 de febrero de 2012



Hon. Marc Lalonde, P.C., O.C., Q.C



Dr. Santiago Torres Bernárdez



Prof. Pierre-Marie Dupuy
(Árbitro Presidente)

ANEXO 1:

TBI^s ARGENTINOS SEGÚN FECHA DE FIRMA

(Información tomada de UNCTAD, “Country-specific Lists of BITs”, disponible en:
<http://www.unctad.org/Templates/Page.asp?intItemID=2344&lang=1>.)

Estado contraparte	Fecha de la firma	Fecha de entrada en vigor	Requisito de 18 meses
Italia	22 de mayo de 1990	14 de octubre de 1993	SÍ
Bélgica/Luxemburgo	28 de junio de 1990	20 de mayo de 1994	SÍ
Reino Unido	11 de diciembre de 1990	19 de febrero de 1993	SÍ
Alemania	9 de abril de 1991	08 de noviembre de 1993	SÍ
Suiza	12 de abril de 1991	06 de noviembre de 1992	SÍ
Francia	03 de julio de 1991	03 de marzo de 1993	NO
Polonia	31 de julio de 1991	01 de septiembre de 1992	NO
Chile	02 de agosto de 1991	01 de enero de 1995	NO
España	03 de octubre de 1991	28 de septiembre de 1992	SÍ
Canadá	05 de noviembre de 1991	29 de abril de 1993	SÍ
Estados Unidos	14 de noviembre de 1991	20 de octubre de 1995	NO
Suecia	22 de noviembre de 1991	28 de septiembre de 1992	NO
Turquía	08 de mayo de 1992	01 de mayo de 1995	NO
Egipto	11 de mayo de 1992	03 de diciembre de 1993	NO
Túnez	17 de junio de 1992	23 de enero de 1995	NO
Austria	07 de agosto de 1992	01 de enero de 1995	SÍ
Países Bajos	20 de octubre de 1992	01 de octubre de 1994	SÍ
China	05 de noviembre de 1992	01 de agosto de 1994	NO
Dinamarca	06 de noviembre de 1992	02 de enero de 1995	NO
Hungría	05 de febrero de 1993	01 de octubre de 1997	NO
Senegal	06 de abril de 1993	01 de febrero de 2010	NO
Armenia	16 de abril de 1993	20 de diciembre de 1994	NO
Rumanía	29 de julio de 1993	01 de mayo de 1995	NO
Bulgaria	21 de septiembre de 1993	11 de marzo de 1997	NO
Venezuela	16 de noviembre de 1993	01 de julio de 1995	NO
Jamaica	08 de febrero de 1994	01 de diciembre de 1995	NO
Ecuador	18 de febrero de 1994	01 de diciembre de 1995	NO
Bolivia	17 de marzo de 1994	01 de mayo de 1995	NO
Corea, República de	17 de mayo de 1994	24 de septiembre de 1996	SÍ
Portugal	06 de octubre de 1994	03 de mayo de 1996	NO

Perú	10 de noviembre de 1994	24 de octubre de 1996	NO
Croacia	02 de diciembre de 1994	01 de junio de 1996	NO
Israel	23 de julio de 1995	10 de abril de 1997	NO
Ucrania	09 de agosto de 1995	06 de mayo de 1997	NO
Australia	23 de agosto de 1995	11 de enero de 1997	NO
Finlandia	05 de noviembre de 1995	03 de mayo de 1996	NO
Lituania	14 de marzo de 1996	01 de septiembre de 1998	NO
El Salvador	09 de mayo de 1996	08 de enero de 1999	NO
Panamá	10 de mayo de 1996	22 de junio de 1998	NO
Vietnam	03 de junio de 1996	01 de junio de 1997	NO
Marruecos	13 de junio de 1996	19 de febrero de 2000	NO
República Checa	21 de septiembre de 1996	23 de julio de 1998	NO
México	13 de noviembre de 1996	22 de julio de 1998	NO
Costa Rica	21 de mayo de 1997	01 de mayo de 2001	NO
Guatemala	21 de abril de 1998	07 de diciembre de 2002	NO
Rusia	25 de junio de 1998	20 de noviembre de 2000	NO
Sudáfrica	23 de julio de 1998	01 de enero de 2001	NO
Nicaragua	10 de agosto de 1998	01 de febrero de 2001	NO
India	20 de agosto de 1999	12 de agosto de 2002	NO
Nueva Zelanda	27 de agosto de 1999	<i>No en vigor</i>	NO
Filipinas	20 de septiembre de 1999	01 de enero de 2002	NO
Grecia	26 de octubre de 1999	<i>No en vigor</i>	NO
Tailandia	18 de abril de 2000	07 de marzo de 2002	NO
República Dominicana	16 de marzo de 2001	<i>No en vigor</i>	NO