

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

EN EL PROCEDIMIENTO ENTRE

EMILIO AGUSTÍN MAFFEZINI
(DEMANDANTE)

y

EL REINO DE ESPAÑA
(DEMANDADO)

CASO NO. ARB/97/7

**DECISIÓN DEL TRIBUNAL SOBRE
EXCEPCIONES A LA JURISDICCIÓN**

Miembros del Tribunal

Profesor Francisco Orrego Vicuña, Presidente
Profesor Thomas Buergenthal
Sr. Maurice Wolf

Secretario del Tribunal

Sr. Gonzalo Flores

En representación del Demandante

Dr. Raúl Emilio Vinuesa
Dra. María Cristina Brea
Dra. Silvina González Napolitano
Dra. Gisela Makowski
Estudio Vinuesa y Asociados
Buenos Aires
Argentina

En representación del Demandado

Sr. Rafael Andrés León Cavero
Abogado del Estado
Subdirección General de los
Servicios Contenciosos del
Ministerio de Justicia
Madrid
España

Fecha de la decisión: 25 de enero de 2000

A. Procedimiento

1. El 18 de julio de 1997, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI o el Centro) recibió del señor Emilio Agustín Maffezini, nacional de la República Argentina (Argentina), una Solicitud de Arbitraje en contra el Reino de España (España). La solicitud se refiere a una controversia suscitada por el tratamiento que supuestamente recibió el señor Maffezini por parte de entidades españolas, en relación con su inversión en una empresa para la fabricación y distribución de productos químicos en la región española de Galicia. En su solicitud, el Demandante invoca las disposiciones del “Acuerdo para la promoción y la protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República Argentina” (el Acuerdo Bilateral sobre Inversiones o ABI Argentina-España).¹ La solicitud también invoca, en aplicación de la cláusula de la nación más favorecida (CNMF) contenida en el ABI Argentina-España, las disposiciones de un acuerdo bilateral sobre inversiones suscrito entre la República de Chile (Chile) y España.²

2. El 8 de agosto de 1997, de conformidad con la Regla 5 de las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje del CIADI (Reglas de Iniciación), el Centro acusó recibo de la solicitud y, con misma fecha, transmitió copia de ella al Reino de España y a la Embajada de España en Washington, D.C. Al mismo tiempo, el Centro solicitó al señor Maffezini proporcionar: (i) información específica acerca de las cuestiones jurídicas objeto de la diferencia materia de su solicitud y acerca del carácter de la inversión comprometida; (ii) información sobre los términos completos del consentimiento de España de someter la diferencia a arbitraje bajo el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (el Convenio del CIADI); (iii) información sobre los fundamentos de su afirmación de que la cláusula de la nación más favorecida contenida en el ABI Argentina-España le permitiría invocar el consentimiento de España contenido en el ABI Chile-España; y (iv) documentación relativa a la entrada en vigor de los acuerdos bilaterales sobre inversión invocados en la solicitud. El señor

¹ Acuerdo entre Argentina y España del 3 de octubre de 1991, en adelante citado como el ABI Argentina-España.

² Acuerdo entre Chile y España del 2 de octubre de 1991, en adelante citado como el ABI Chile-España.

Maffezini proporcionó esta información en dos cartas de fechas 10 y 29 de septiembre de 1997.

3. El 30 de octubre de 1997, el Secretario General del Centro registró la solicitud, de conformidad con el Artículo 36(3) del Convenio del CIADI. En la misma fecha, el Secretario General, de acuerdo con la Regla de Iniciación 7, notificó a las partes del acto de registro de la solicitud y las invitó a proceder a constituir un Tribunal de Arbitraje lo antes posible.

4. El 22 de diciembre de 1997, el Demandante propuso al Demandado que el Tribunal de Arbitraje estuviera constituido por un árbitro único, nombrado por acuerdo de las partes. El Demandante propuso además que, si las partes no llegaban a un acuerdo en cuanto al nombre del árbitro único para el 31 de enero de 1998, el árbitro único fuera nombrado por el Secretario General del CIADI.

5. El 5 de marzo de 1998, en vista de que España no había dado respuesta a la propuesta del Demandante y de que habían transcurrido más de 60 días desde la fecha de registro de la solicitud, el Demandante informó al Secretario General que optaba por la fórmula prevista en el Artículo 37(2)(b) del Convenio del CIADI. En consecuencia, el Tribunal se constituiría con tres árbitros, uno designado por el señor Maffezini, uno designado por España y el tercero, que presidiría el Tribunal, nombrado de común acuerdo por las partes.

6. El 18 de marzo de 1998, el Centro recibió una comunicación del Ministerio de Economía y Hacienda de España, por medio de la cual España adelantaba tener objeciones a la jurisdicción del Centro y a la competencia del Tribunal, presentando a la vez un resumen de los fundamentos de dichas objeciones. El Centro informó sin demora al Demandante que oportunamente remitiría a cada uno de los Miembros del Tribunal una copia de esta comunicación, así como copias de la solicitud de arbitraje y de su documentación anexa, de la notificación del acto de registro y de la correspondencia intercambiada entre las partes y el Centro, observando que la cuestión de la jurisdicción era un asunto que debía decidir el propio Tribunal.

7. El 24 de abril de 1998, el señor Maffezini designó como árbitro al Profesor Thomas Buergenthal, nacional de los Estados Unidos de América. El 4 de mayo de 1998, España nombró como árbitro al señor Maurice

Wolf, también nacional de los Estados Unidos de América. Las partes, no obstante, no llegaron a un acuerdo en cuanto al nombramiento del tercer árbitro que había de presidir el Tribunal. En tales circunstancias, mediante una comunicación de 14 de mayo de 1998, el Demandante solicitó que el tercer árbitro del proceso y presidente del Tribunal, fuera nombrado por el Presidente del Consejo Administrativo del Centro, de conformidad con el Artículo 38 del Convenio del CIADI.³

8. Habiendo consultado con las partes, el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI nombró al Profesor Francisco Orrego Vicuña, nacional de Chile, como Presidente del Tribunal de Arbitraje. El 24 de junio de 1998, el Consejero Jurídico Principal del CIADI, en nombre del Secretario General del Centro, y de conformidad con la Regla 6(1) de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI (Reglas de Arbitraje), notificó a las partes que todos los árbitros habían aceptado sus nombramientos y que el Tribunal se entendía por consiguiente haberse constituido con esa fecha. El mismo día, de conformidad con la Regla 25 del Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI, se informó a las partes que el señor Gonzalo Flores, Consejero Jurídico del CIADI, se desempeñaría como Secretario del Tribunal de Arbitraje.

9. El 3 de julio de 1998, el Demandado presentó una solicitud de medidas provisionales requiriendo que el Demandante constituyera una garantía por el monto de las costas en las que se esperaba que podía incurrir España para defenderse de esta acción. A su vez, por medio de una comunicación de 7 de agosto de 1998, el Demandante solicitó al Tribunal desestimar la referida presentación.

10. Después de consultar con las partes, el Tribunal fijó una primera sesión para el 21 de agosto de 1998. El 20 de agosto de 1998, el representante del Demandado entregó personalmente un documento que contenía las objeciones de España a la jurisdicción del Centro. Con misma fecha el Centro transmitió una copia de la presentación de España a los Miembros del Tribunal. El Secretario del Tribunal entregó una copia del documento

³ Bajo el Artículo 38 del Convenio del CIADI, si el Tribunal no llegare a constituirse dentro de los 90 días siguientes a la fecha del envío de la notificación del acto de registro, el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI, a petición de cualquiera de las partes, y en lo posible previa consulta a ambas partes, deberá nombrar al árbitro o los árbitros que aún no hubieren sido designados y designar a un árbitro para que actúe como Presidente del Tribunal.

presentado por España al representante del Demandante en el curso de la primera sesión del Tribunal con las partes.

11. La primera sesión del Tribunal con las partes se llevó a cabo, según lo previsto, el 21 de agosto de 1998, en la sede del CIADI en Washington, D.C. En dicha sesión, las partes expresaron su acuerdo en que el Tribunal había sido correctamente constituido, de conformidad con las disposiciones pertinentes del Convenio del CIADI y las Reglas de Arbitraje, expresando que no tenían objeción alguna a este respecto.

12. En el curso de la primera sesión, las partes se manifestaron de acuerdo sobre diversos aspectos de procedimiento de los que se dejó constancia en la respectiva acta, firmada por el Presidente y el Secretario del Tribunal. El Demandado, representado en la sesión por el señor Rafael Andrés León Cavero, hizo presente las objeciones a la jurisdicción del Centro. El Tribunal, después de escuchar brevemente los puntos de vista de las partes sobre esta materia, estableció los siguientes plazos para las actuaciones escritas del procedimiento: el Demandante presentaría un memorial, con todos sus argumentos sobre la cuestión de la jurisdicción y sobre el fondo del caso dentro de 90 días contados a partir de la fecha de la primera sesión; el Demandado presentaría luego un memorial de contestación, con todos sus argumentos sobre la cuestión de la jurisdicción y sobre el fondo dentro de 90 días desde la fecha de recepción del memorial del Demandante. El Tribunal dejó abierta la posibilidad de requerir la presentación de escritos de réplica y dúplica a las partes. El Tribunal dejó igualmente abierta la posibilidad de celebrar una audiencia sobre el tema de la jurisdicción.

13. De conformidad con los plazos establecidos, el Demandante presentó al Centro su memorial sobre el fondo de la controversia y sobre la cuestión de la jurisdicción el 19 de noviembre de 1998. El 9 de abril de 1999, una vez admitida una solicitud de prórroga del plazo para presentar su memorial de contestación, el Demandado presentó sus argumentos escritos sobre el fondo del caso y sobre la cuestión de la jurisdicción.

14. El 14 de mayo de 1999, el Tribunal invitó a las partes a presentar cualquier observación adicional que tuvieran sobre la cuestión de la jurisdicción, convocando a una audiencia sobre este tema para el día 7 de julio de 1999, en la sede del Centro en Washington, D.C. Las partes presen-

taron sus observaciones finales sobre la cuestión de la jurisdicción el 3 de junio de 1999 (el Demandante) y el 18 de junio de 1999 (el Demandado). En atención a sucesivas solicitudes presentadas primero por el representante del Demandado, y posteriormente por el representante del Demandante, la audiencia sobre la jurisdicción fue aplazada hasta el 9 de agosto de 1999.

15. En la sesión del 9 de agosto de 1999, el Dr. Raúl Emilio Vinuesa hizo una presentación oral ante el Tribunal en nombre del Demandante, refiriéndose a los argumentos presentados anteriormente por escrito. El señor Rafael Andrés León Cavero hizo su presentación oral ante el Tribunal en nombre del Reino de España. El Tribunal hizo luego preguntas a los representantes de las partes, según lo dispuesto en la Regla 32(3) de las Reglas de Arbitraje.

16. Habiendo escuchado los puntos de vista de las partes, el Tribunal dictó, con fecha 26 de agosto de 1999, la Resolución Procesal N° 1, mediante la cual decidió que, de conformidad con el Artículo 41(2) del Convenio del CIADI y la Regla 41(3) de las Reglas de Arbitraje, consideraría la cuestión de la jurisdicción como asunto preliminar, suspendiendo por lo tanto el procedimiento sobre el fondo.

17. El 28 de octubre de 1999, el Tribunal dictó la Resolución Procesal N° 2 referente a la solicitud de medidas provisionales presentada por España. El Tribunal, indicando que la recomendación de medidas provisionales con el objeto de resguardar meras expectativas de éxito por parte del Demandado implicaría prejuzgar la causa del Demandante, rechazó por unanimidad la solicitud de España.

18. El Tribunal ha considerado detenidamente los planteamientos escritos de las partes sobre la cuestión de la jurisdicción y los argumentos orales realizados en el transcurso de la audiencia del 9 de agosto de 1999 sobre este asunto. Como se señaló anteriormente, la consideración del fondo del caso ha sido pospuesta hasta que el Tribunal decida la cuestión de la jurisdicción del Centro y la competencia del Tribunal. Habiendo considerado los hechos básicos de la controversia, el Convenio del CIADI y el ABI Argentina-España de 1991, así como los argumentos escritos y orales presentados por los representantes de las partes, el Tribunal ha resuelto lo siguiente en cuanto a la cuestión de la jurisdicción.

B. Consideraciones

Agotamiento de recursos internos

19. El Reino de España objeta la jurisdicción del Centro y la competencia del Tribunal en primer lugar sobre la base de que el Demandante no dio cumplimiento al requisito del Artículo X del Acuerdo Bilateral sobre Inversión entre Argentina y España. El Artículo X de dicho Acuerdo estipula lo siguiente:

“Artículo X
Solución de Controversias entre una Parte
e Inversores de la otra Parte

1. Las controversias que surgieren entre una de las Partes y un inversor de la otra Parte en relación con las inversiones en el sentido del presente Acuerdo deberán, en lo posible, ser amigablemente dirimidas entre las partes en la controversia.

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

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

- a) a petición de una de las partes en la controversia, cuando no exista una decisión sobre el fondo después de transcurridos dieciocho meses contados a partir de la iniciación del proceso previsto por el apartado 2 de este artículo, o cuando exista tal decisión pero la controversia subsiste entre las partes;
- b) cuando ambas partes en la controversia así lo hayan convenido.

4. En los casos previstos por el párrafo 3 anterior, las controversias entre las partes, en el sentido de este artículo,

se someterán de común acuerdo, cuando las partes en la controversia no hubieren acordado otra cosa, sea a un procedimiento arbitral en el marco del “Convenio sobre Arreglo de diferencias relativas a las inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados”, del 18 de marzo de 1965 o a un tribunal arbitral ad hoc establecido de conformidad con las reglas de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (C.N.U.D.M.I.)

Si después de un período de tres meses a partir de que una de las partes hubiere solicitado el comienzo del procedimiento no se hubiese llegado a un acuerdo, la controversia será sometida a un procedimiento arbitral en el marco del “Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a las inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados”, del 18 de marzo de 1965, siempre y cuando ambas Partes sean partes de dicho Convenio. En caso contrario la controversia será sometida al tribunal ad hoc antes citado.

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

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

20. El Demandado presenta dos argumentos relacionados entre sí basados en el Artículo X. El primero es que el Artículo X(3)(a) exige el agotamiento de ciertos recursos internos en España y que el Demandante no dio cumplimiento a este requisito. El segundo es que el Demandante no presentó el caso ante los tribunales españoles antes de someterla a arbitraje internacional, como lo exige el Artículo X(2) del ABI.

21. El Tribunal considerará primero el argumento de que el Artículo X(3)(a) requiere el agotamiento de los recursos internos. El punto de partida de su análisis del planteamiento del Demandado es el Artículo 26 del Convenio del CIADI, el cual autoriza a los Estados Contratantes a condicionar su consentimiento para el arbitraje del CIADI al agotamiento previo de los recursos internos. El Artículo 26 señala:

“Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio”.

22. La redacción del Artículo 26 deja en claro que si un Estado Contratante no ha condicionado su consentimiento para el arbitraje del CIADI al agotamiento previo de recursos internos, tal requisito no será aplicable. De esta manera, el Artículo 26 invierte la regla jurídica internacional tradicional, que supone exigible el requisito del agotamiento de recursos a menos que se renuncie a él en forma expresa o tácita.

23. Para determinar si España condicionó su aceptación de la jurisdicción del Centro y la competencia del Tribunal al agotamiento previo de recursos internos, el Tribunal observa que al ratificar el Convenio del CIADI España no incluyó ninguna condición de este tipo en relación al Artículo 26. No obstante, en vista de que España tenía libertad para hacerlo en el ABI, el Tribunal debe ahora dilucidar si el Artículo X de dicho acuerdo exige el agotamiento previo de recursos internos. Si bien el Artículo X no condiciona *expressis verbis* el recurso al arbitraje del CIADI al agotamiento previo de recursos internos, sí se refiere a procedimientos en los tribunales nacionales. Debe establecerse, por consiguiente, si dicho texto puede interpretarse en el sentido de exigir el agotamiento de recursos internos y, en caso afirmativo, cuál es el alcance de dicha exigencia.

24. El párrafo 2 del Artículo X estipula que, si surgiera una controversia entre un inversor de una de las partes y la otra Parte contratante del ABI, y si dicha controversia no pudiera dirimirse amigablemente dentro de un plazo de seis meses, será sometida a los tribunales competentes de la Parte en cuyo territorio se haya realizado la inversión. El párrafo 3 del Artículo X estipula, además, que la controversia podrá someterse a un tribunal arbitral internacional en cualquiera de las circunstancias siguientes:

- a) a petición de una de las Partes en la controversia, cuando no exista una decisión sobre el fondo después de transcurridos dieciocho meses, contados a partir de la iniciación del proceso previsto por el apartado 2 de este artículo, o

cuando exista tal decisión pero la controversia subsiste entre las partes;

- b) cuando ambas Partes en la controversia así lo hayan convenido.

25. El Demandado interpreta el Artículo X(3)(a) en el sentido de que, si un tribunal nacional ha dictado una decisión sobre el fondo de la controversia dentro del plazo prescrito de dieciocho meses, ya no podrá llevarse el caso al arbitraje internacional, independientemente de lo resuelto por la sentencia. En la opinión del Demandado, esta conclusión se justifica porque una vez que se ha dictado la sentencia no podrá argumentarse que la controversia subsiste. De ahí que, si el Demandante hubiera sometido el caso a los tribunales españoles y si dichos tribunales hubieran dictado una sentencia sobre el fondo del asunto dentro del plazo de dieciocho meses, la controversia ya no se habría podido presentar al Centro al amparo del Artículo X. De esto se deduce, según el Demandado, que el hecho de que el Demandante no le hubiera dado oportunidad a los tribunales españoles de resolver la controversia exige que el Tribunal se declare incompetente para considerar el presente caso.

26. El Demandante admite que no sometió la controversia a los tribunales españoles antes de presentarla al Centro. Alega, no obstante, que el análisis de las disposiciones del Artículo X relevantes en este aspecto indica que no es obligatorio someter una controversia a un tribunal nacional antes de presentarla al arbitraje internacional cuando la controversia subsiste y ha expirado el plazo de dieciocho meses. Desde el punto de vista del Demandante, esta conclusión se fundamenta en que el Artículo X(3)(a) permite presentar un caso al arbitraje internacional independientemente de que un tribunal nacional haya dictado una sentencia o de su resultado.

27. Al igual que todas las demás disposiciones del ABI, y en ausencia de otras reglas de interpretación aplicables, el Artículo X debe interpretarse de la manera dispuesta en el Artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el cual dispone que “[u]n tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.” Aplicando este principio, cabe observar que el Artículo X(3)(a) no dispone que no se puede someter un caso al arbitraje cuando un tribunal nacional haya dictado una sentencia sobre el fondo de la controversia

dentro de un plazo de dieciocho meses. Solamente dispone que si se ha dictado una sentencia y la controversia subsiste, el caso puede someterse al arbitraje.

28. El Tribunal observa a este respecto que el Artículo X(3)(a) no exige el agotamiento de los recursos internos según este concepto se entiende en el derecho internacional.⁴ Solamente se refiere a una sentencia sobre el fondo del asunto, que el Demandado admite ni siquiera debe ser una decisión final o inapelable según el derecho español y, por consiguiente, no exige el agotamiento de todos los recursos internos disponibles.

29. Pero aún si se considerara que el Artículo X(3)(a) es una disposición que exige el agotamiento de los recursos internos, dicha exigencia no tendría el efecto—a diferencia de lo que argumenta el Demandado—de prevenir la posterior presentación del caso al arbitraje internacional en virtud del ABI. Ello es así porque, cuando un tratado garantiza ciertos derechos y dispone el agotamiento de los recursos internos antes de que una controversia relativa a dichas garantías pueda someterse a un tribunal internacional, las partes en la controversia mantienen el derecho de someter el caso a ese tribunal en la medida que hayan agotado los recursos disponibles, independientemente del resultado del proceso nacional. Las partes mantienen ese derecho a recurrir porque es el tribunal internacional, y no el tribunal nacional, el que decide en definitiva sobre el significado y el alcance de las obligaciones internacionales—en este caso del ABI—que sean motivo de controversia.⁵

30. Cabe observar que las exigencias de agotamiento de los recursos internos varían según si el recurso a un tribunal internacional argumenta que el tribunal nacional incurrió en denegación de justicia, o pretende salvaguardar derechos garantizados en un tratado que, por ejemplo, faculte al tribunal para interpretar y aplicar dicho tratado. En el primer caso, el derecho de recurrir a un tribunal internacional, en caso de existir, sólo

⁴ C. Schreuer, “Commentary on the ICSID Convention, Article 25”, *Foreign Investment Law Journal, ICSID Review*, Vol. 12, 1997, 59, párr. 201.

⁵ Véase Comisión de Derecho Internacional, Proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados, Art. 22 y comentario conexo, *1977 Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, Part 2, 1978, párr. 30 y siguientes. Para consultar el proyecto de 1996 y el proyecto de 1977 mencionado en él sobre este punto, véase *International Legal Materials*, Vol. 37, 1998, 444. Véase también C. F. Amerasinghe: *Local remedies in international law*, 1990, 45-51.

puede fundamentarse en la denegación de justicia por los tribunales nacionales. En tal caso, si no se ha producido denegación de justicia, el caso tendrá que ser rechazado, independientemente de que el tribunal nacional pueda haber incurrido en errores de derecho o de hecho al dictar su sentencia. Ello no ocurre en un caso, como este, en el cual las partes tienen un derecho establecido en un tratado a obtener una determinación final de un tribunal internacional sobre el alcance de los derechos que les otorga el acuerdo, siempre que hayan agotado primero todos los recursos internos disponibles.

31. El análisis que precede es pertinente para determinar si es adecuada la interpretación que hace el Demandado del Artículo X(3)(a) y su afirmación de que, de acuerdo a esta disposición, no puede considerarse que una controversia subsiste si un tribunal nacional ha dictado una sentencia sobre el fondo, en la que se hayan considerado todos los asuntos planteados por las partes. Prescindiendo por ahora de la redacción del párrafo 3(a), el argumento del Demandado se basa en el supuesto de que sólo se puede presentar un caso al arbitraje internacional en virtud del ABI cuando un tribunal nacional haya incurrido en denegación de justicia. Esta posición, si fuera aceptada, tendría el efecto de negarle a una parte en una controversia el derecho de impugnar la interpretación del ABI que haya hecho el tribunal nacional. La interpretación del Demandado no puede conciliarse ni con la redacción ni con el objeto y propósito de las disposiciones sobre solución de controversias de los ABI en general y de este ABI en particular. Esta conclusión es inevitable debido a que estas cláusulas están concebidas con el propósito de otorgar a los inversionistas extranjeros el derecho de que las controversias que surjan en el marco de un ABI sean resueltas, ya sea en forma exclusiva o definitiva, mediante el arbitraje internacional.⁶

32. Más aún, la redacción del párrafo 3(a) no avala la argumentación del Demandado en esta materia. Esa disposición no contiene criterios para decidir si una controversia subsiste o en que circunstancias ello ocurre. En la opinión del Tribunal, esta ausencia de criterios objetivos determina que cada parte tiene la libertad de decidir por sí misma si la controversia subsiste, es decir, si su reclamo ha sido satisfecho por el tribunal nacional o en caso contrario de someter el caso al arbitraje internacional. Si las Partes

⁶ Schreuer, loc. cit., nota 4 supra, 199-202.

Contratantes del ABI hubieran deseado establecer un procedimiento diferente, lo habrían hecho.

33. El Tribunal considera que el Artículo X(3)(a) cumple dos funciones importantes, que no resultan afectadas por la interpretación antes señalada. Primero, permite que cualquier parte en una controversia busque su solución mediante el recurso al tribunal nacional competente. Segundo, garantiza que la parte que presenta su caso al tribunal nacional no se vea impedida ni pueda impedir que el caso se someta al arbitraje internacional una vez expirado el plazo de dieciocho meses. Ello es así independientemente de que el tribunal nacional haya dictado una sentencia o de su contenido.

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

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

36. Si este hubiera sido el único argumento del Demandante sobre esta materia, el Tribunal habría tenido que concluir que, en vista de que el Demandante no ha sometido el caso a los tribunales españoles como lo exige el Artículo X(2) del ABI, el Centro carecía de jurisdicción y el

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

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

Cláusula de la nación más favorecida

38. El argumento basado en la cláusula de la nación más favorecida plantea diversos problemas jurídicos que los tribunales internacionales deben considerar de vez en cuando. Como sucede con numerosos tratados de este tipo, el Artículo IV del ABI entre Argentina y España, tras garantizar un tratamiento justo y equitativo para los inversores, dispone lo siguiente en el párrafo 2:

“En todas las materias regidas por el presente Acuerdo, este tratamiento no será menos favorable que el otorgado por cada Parte a las inversiones realizadas en su territorio por inversores de un tercer país.”

39. Como se observó anteriormente, el ABI Argentina-España otorga a los tribunales nacionales la oportunidad de considerar una controversia durante un plazo de dieciocho meses antes de que ésta pueda someterse al arbitraje. Sin embargo, el Artículo 10(2) del Acuerdo Bilateral sobre Inversiones entre Chile y España no contiene una condición similar. Este último se limita a disponer que el inversor puede optar por el arbitraje después de expirado el plazo de seis meses previsto para negociaciones.

40. El Demandante argumenta que, en consecuencia, los inversionistas chilenos en España reciben un trato más favorable que los argentinos en el mismo país. Argumenta el Demandante que, por consiguiente, la cláusula de la nación más favorecida contenida en el ABI Argentina-España le otorga la opción de someter la controversia al arbitraje sin recurrir previamente a los tribunales nacionales. El Demandante agrega, en este sentido, que a pesar de que el ABI Argentina-España estipula excepciones al tratamiento de la nación más favorecida, ninguna de ellas es aplicable a las disposiciones sobre solución de controversias pertinentes en este caso.

41. El Reino de España rechaza estas pretensiones. A su juicio, los tratados suscritos por España con terceros países son, con respecto a Argentina, *res inter alios acta* y, por ende, el Demandante no puede invocarlos. El Demandado argumenta además que según el principio *ejusdem generis*, la cláusula de la nación más favorecida sólo puede tener aplicación respecto de la misma materia y no puede hacerse extensiva a cuestiones distintas de las previstas en el tratado básico. Desde el punto de vista de España, esto significa que la referencia a “materias” que figura en la cláusula de la nación más favorecida del ABI Argentina-España sólo puede entenderse como referida a materias de fondo o aspectos sustantivos del tratamiento otorgado a los inversores y no a cuestiones de procedimiento o de jurisdicción.

42. España también ha argumentado a este respecto que, en vista de que la cláusula de la nación más favorecida tiene por objeto evitar la discriminación, tal situación sólo puede darse en relación con el tratamiento económico sustantivo y no en relación a asuntos de procedimiento. Solamente si pudiera demostrarse que el hecho de recurrir a tribunales nacionales produciría desventajas objetivas para el inversionista, podría argumentarse que el tratamiento debido tendría esos efectos sustantivos. De esto se desprende, según el mismo razonamiento, que tendría que probarse que el someter la controversia a los tribunales españoles es menos ventajoso para el inversor que recurrir al arbitraje del CIADI.

43. Los argumentos anteriormente expuestos resultan conocidos para los abogados y especialistas en derecho internacional. Efectivamente, varios de los aspectos mencionados han sido considerados en el *Caso de la Compañía Petrolera Anglo-Iraní (Jurisdicción)*,⁷ en el *Caso concerniente a los derechos de nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos*⁸ y en el *Caso Ambatielos (fondo: obligación de arbitrar)*⁹, así como en la consideración del caso Ambatielos por la Comisión de Arbitraje.¹⁰

44. Al considerar estos aspectos, es preciso determinar primero cuál es el tratado básico que rige los derechos del beneficiario de la cláusula de la nación más favorecida. Esta cuestión fue discutida extensamente en el *Caso de la Compañía Petrolera Anglo-Iraní*, en el cual la Corte Internacional de Justicia determinó que el tratado básico en que podía el demandante sustentar su pretensión era el que “contiene la cláusula de la nación más favorecida”.¹¹ Enseguida la Corte declaró:

“Es este tratado el que establece el nexo jurídico entre el Reino Unido y un tratado con un tercer país y que confiere a ese Estado los derechos de que goza el tercero. Un tratado con un tercero, independiente y aislado del tratado básico, no produce efecto jurídico alguno entre el Reino Unido e Irán: es *res inter alios acta*.”¹²

45. Este análisis tiene consecuencias prácticas para la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida. Si el enfoque correcto, como lo estima el Tribunal, es considerar que la materia a que se aplica la cláusula es aquella efectivamente establecida por el tratado básico, se desprende que si

⁷ Corte Internacional de Justicia, *Reports*, 1952, pág. 93. Véase también Sir Gerald Fitzmaurice: *The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-1954: Points of Substantive Law. Part II*, pág. 84.

⁸ Corte Internacional de Justicia, *Reports*, 1953, pág. 176.

⁹ Corte Internacional de Justicia, *Reports*, 1953, pág. 10. Véase también en general, *International Law Reports*, 1953, pág. 547.

¹⁰ Decisión de la Comisión de Arbitraje establecida para la demanda de Ambatielos entre Grecia y el Reino Unido, de fecha 6 de marzo de 1956, Naciones Unidas: *Reports of International Arbitral Awards*, Vol. XII, 1963, pág. 91.

¹¹ Corte Internacional de Justicia, *Reports*, 1952, pág. 109.

¹² *Ibid.*, pág. 109. Para el análisis de ésta y otras decisiones referentes a la cláusula de la nación más favorecida, la opinión de los autores y el trabajo de la Comisión de Derecho Internacional a este respecto, véase *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, 1970, pág. 199; Vol. II, 1973, pág. 97; Vol. II, Primera Parte, 1978, pág. 1; Vol. II, Segunda Parte, 1978, pág. 7.

estos aspectos se tratan más favorablemente en un tratado con un tercer país, entonces, en virtud de dicha cláusula, dicho tratamiento se extiende al beneficiario en el tratado básico. Si el tratado con el tercer país se refiere a una materia de que no trata el instrumento básico, dicha materia es *res inter alios acta* respecto del beneficiario de la cláusula.¹³

46. El segundo problema principal se refiere a si puede considerarse que las disposiciones sobre solución de controversias contenidas en un tratado con un tercero están razonablemente relacionadas con el tratamiento justo y equitativo al que se aplica la cláusula de la nación más favorecida en los tratados básicos sobre comercio, navegación o inversiones y, por consiguiente, si tales disposiciones pueden considerarse como materias comprendidas en dicha cláusula. Este es el aspecto que se relaciona directamente con la regla *ejusdem generis*.

47. Este problema fue considerado en forma indirecta, pero no concluyente, en el *Caso concerniente a los derechos de nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos*. En este caso, la Corte Internacional de Justicia tenía ante sí la pregunta de si podía entenderse que la cláusula contenida en un tratado de comercio comprendía la jurisdicción consular, según esta se expresaba en un tratado con terceros. La Corte, sin embargo, no tuvo necesidad de responder a la interrogante planteada porque su principal conclusión fue que los tratados de los cuales los Estados Unidos pretendía derivar tales derechos de jurisdicción habían expirado entre Marruecos y los terceros Estados involucrados.¹⁴

48. El tema adquirió relieve en el *caso Ambatielos*. Grecia sostuvo ante la Corte Internacional de Justicia que su súbdito—Ambiatelos—no había sido tratado en los tribunales ingleses en consonancia con los estándares aplicados a los súbditos británicos y a los extranjeros que gozaban del tratamiento de la nación más favorecida según los tratados vigentes. La reclamación y la solicitud de que la controversia fuera sometida al arbitraje se fundamentó en dicho tratamiento de la nación más favorecida. La Corte no

¹³ Fue sobre esta base que la Corte Internacional de Justicia se pronunció en contra de la extensión de los principios del derecho internacional previstos en los tratados entre Irán y terceros al Reino Unido, puesto que estos principios no se relacionaban con el tratado básico que contenía la cláusula, Sentencia cit., nota 11 supra.

¹⁴ Corte Internacional de Justicia, *Reports*, 1952, pág. 191.

trató la cláusula de la nación más favorecida, tarea que sería emprendida por la Comisión de Arbitraje.

49. La Comisión de Arbitraje, a la que finalmente fue sometida la controversia, confirmó la relevancia de la regla *ejusdem generis*, afirmando que “la cláusula de la nación más favorecida sólo puede comprender materias pertenecientes a la misma categoría de asuntos que aquel al que se refiere la propia cláusula”.¹⁵ No obstante, el alcance de la regla fue definido en términos amplios:

“Es cierto que ‘la administración de justicia’, considerada en forma aislada, es una materia diferente del ‘comercio y navegación’, pero ello no es necesariamente así cuando se le aprecia en el contexto de la protección de los derechos de los comerciantes. La protección de los derechos de los comerciantes naturalmente se incluye entre las materias que son objeto de tratados de comercio y navegación.

Por consiguiente, no puede sostenerse que la administración de justicia, en la medida en que se refiera a la protección de estos derechos, debe necesariamente ser excluida del campo de aplicación de la cláusula de la nación más favorecida cuando esta última incluye ‘todas las materias relacionadas con el comercio y la navegación’. El problema sólo puede resolverse de conformidad con la intención que hayan tenido las Partes Contratantes según se deduzca de una interpretación razonable del Tratado.”¹⁶

50. La Comisión aceptó la extensión de la cláusula a materias relativas a la administración de justicia y consideró que ello era compatible con la regla *ejusdem generis*. Concluyó que la protección de los derechos de las personas dedicadas al comercio y la navegación mediante disposiciones sobre solución de controversias queda comprendida en el tratamiento general de los comerciantes cubiertos por la cláusula. Pero al considerar el fondo de la controversia, la Comisión concluyó que los tratados con terceros en los que se fundamentó el planteamiento de Grecia no establecían “privilegios, favores o inmunidades” más amplios que los que emanaban del tratado básico y que “por consiguiente, la cláusula de la

¹⁵ Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, 1963, pág. 107.

¹⁶ *Ibid.*

nación más favorecida contenida en el Artículo X no tiene incidencia en la controversia actual...”.¹⁷

51. A la luz de estos antecedentes es que este Tribunal debe ahora considerar la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida en los tratados bilaterales de inversión. En el caso *Asian Agricultural Products Limited v. Republic of Sri Lanka*,¹⁸ un Tribunal del CIADI tuvo ocasión de examinar el funcionamiento del tratamiento de la nación más favorecida acordado entre Sri Lanka y el Reino Unido a la luz del argumento de que un tratado entre Sri Lanka y Suiza contenía disposiciones más favorables, en las que el inversor procuraba fundamentar sus pretensiones. Las disposiciones analizadas, sin embargo, no se referían a la solución de controversias sino sólo a las normas de responsabilidad previstas por esos tratados. Al igual que en la decisión dictada por la Comisión de Arbitraje en el caso *Ambatielos*, el Tribunal del CIADI sostuvo que “...no se ha probado que el Tratado Sri Lanka/Suiza contenga reglas más favorables que las previstas en el Tratado Sri Lanka/Reino Unido y, por tal razón, el Artículo 3 de este último Tratado no puede invocarse justificadamente en el caso actual”.¹⁹

52. Varios tratados bilaterales de inversión han dispuesto expresamente que el tratamiento de la nación más favorecida se extiende a las disposiciones sobre solución de controversias. Este es particularmente el caso de los tratados de inversión suscritos por el Reino Unido. Así, el Artículo 3(3) del Acuerdo entre el Reino Unido y Albania estipula que: “Para evitar cualquier duda, se confirma que el tratamiento dispuesto en los párrafos (1) y (2) se aplicará a las disposiciones de los Artículos 1 a 11 de este Acuerdo”.²⁰ Entre las disposiciones enumeradas se encuentran aquellas sobre solución de controversias y las relativas al consentimiento de someter las controversias a conciliación o arbitraje en el marco del CIADI. En este caso, no cabe duda alguna de que las partes quisieron que la cláusula de la nación más favorecida comprendiera la solución de controversias, cumpliendo así con el criterio propuesto por la Comisión de Arbitraje en el caso *Ambatielos*.

¹⁷ Ibid., pág. 109, 110.

¹⁸ *Asian Agricultural Products Limited v. Republic of Sri Lanka*, Caso CIADI NoARB/87/3, Decisión del 27 de junio de 1990, *ICSID Reports*, Vol. 4, pág. 246.

¹⁹ Ibid., pág. 272.

²⁰ Acuerdo entre el Reino Unido y Albania, de 30 de marzo de 1994. Otros doce acuerdos suscritos por el Reino Unido que ha examinado el Tribunal contienen el mismo modelo de cláusula. La traducción es del Tribunal.

Más aún, las partes incluyeron esta cláusula modelo en el Acuerdo con el propósito expreso de “evitar cualquier duda”.

53. En otros tratados, la cláusula sobre la nación más favorecida se refiere a “todos los derechos contenidos en el presente Acuerdo”²¹ o, como lo hace el ABI Argentina-España, a “todas las materias regidas por el presente Acuerdo”. Estos acuerdos no disponen expresamente que la solución de controversias está, como tal, cubierta por la cláusula. De ahí que, como debió hacerlo la Comisión de Arbitraje en el caso *Ambatielos*, es necesario determinar si la omisión responde a la intención de las partes, o si la extensión de la cláusula puede deducirse razonablemente de la práctica de las partes en su tratamiento de los inversionistas extranjeros y de sus propios inversionistas.

54. No obstante el hecho de que el tratado básico que contiene la cláusula no se refiere expresamente a la solución de controversias como una materia cubierta por la cláusula de la nación más favorecida, el Tribunal considera que hay razones suficientes para concluir que actualmente los arreglos relativos a la solución de controversias están inseparablemente vinculados con la protección de inversionistas extranjeros, como también se vinculan con el resguardo de los derechos de los comerciantes en los tratados de comercio. La jurisdicción consular en el pasado, como otras formas de jurisdicción extraterritorial, eran consideradas esenciales para la protección de los derechos de los comerciantes y, por consiguiente, no se les consideraba como meros mecanismos de procedimiento sino como arreglos concebidos para asegurar una mejor protección de los derechos de tales personas en el extranjero.²² De ahí que tales arreglos, aún sin que formen parte estrictamente del tratamiento sustantivo de la política comercial y de

²¹ Acuerdo entre Chile y la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa, 15 de julio de 1992, Artículo 3(3).

²² Véase, por ejemplo, *Magno Santovicenzo v. James F. Egan*, United States Supreme Court, Decisión del 23 de noviembre de 1931, *U.S. Reports*, Vol. 284, pág. 30, decisión en la que se sostuvo que “...las disposiciones del Artículo V del Tratado eran de importancia especial porque establecían la jurisdicción extraterritorial de los Estados Unidos en relación con la solución de controversias. Si se excluyera de la importante protección de estas disposiciones a los ciudadanos de los Estados Unidos que pudieran estar domiciliados en Persia, se afectaría el principal propósito del Tratado.” (La traducción es del Tribunal) Para consultar ésta y otras decisiones nacionales relativas a la cláusula de la nación más favorecida, véase Comisión de Derecho Internacional, *Decisions of national courts relating to the most-favoured-nation clause*, Compendio elaborado por el Secretariado, Doc. A/CN.4/269, *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, 1973, pág. 117.

inversiones que promueven los tratados de comercio y navegación, eran esenciales para la adecuada protección de los derechos que procuraban garantizar.

55. El arbitraje internacional y otros mecanismos de solución de controversias han reemplazado esas prácticas más antiguas y frecuentemente abusivas del pasado. Sin embargo, estos modernos mecanismos son también esenciales para proteger los derechos previstos por los tratados pertinentes y también están estrechamente vinculados a los aspectos sustantivos del tratamiento acordado. Los comerciantes e inversionistas, al igual que sus Estados de nacionalidad, han considerado tradicionalmente que sus derechos e intereses se protegen mejor recurriendo al arbitraje internacional que sometiendo las controversias a los tribunales nacionales, mientras que los gobiernos receptores han considerado tradicionalmente que ha de preferirse la protección de los tribunales nacionales. La historia de la preparación del Convenio del CIADI ofrece una amplia evidencia de los puntos de vista contradictorios de quienes favorecían el arbitraje y quienes apoyaban políticas afines a diferentes versiones de la Cláusula Calvo.²³

56. De lo expuesto puede concluirse que si un tratado con un tercero contiene disposiciones para la solución de controversias que sean más favorables para la protección de los derechos e intereses del inversor que 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*. Naturalmente que el tratado con el tercero tiene que referirse a la misma materia del tratado básico, sea ésta la protección de inversiones extranjeras o la promoción del comercio, puesto que las disposiciones sobre solución de controversias se aplicarán en el contexto de estas materias; de otro modo se incurriría en contravención de dicho principio. Esta aplicación de la cláusula de la nación más favorecida tiene, sin embargo, algunos límites derivados de consideraciones de política pública que se expondrán más adelante.

57. Las negociaciones conducentes al ABI Argentina-España demuestran que hubo conflictos similares entre el país exportador de capitales y el país receptor, esto es, España y Argentina respectivamente, excepto que en el caso actual los papeles se invirtieron más tarde, de manera que Argentina

²³ Véase en general CIADI: *Documentos Relativos al Origen y a la Formulación del Convenio*, 1968.

pasó a ser el exportador de capitales y España el receptor. El Demandante ha explicado de manera convincente que, al momento de negociar el Acuerdo, Argentina todavía procuraba exigir alguna forma de agotamiento previo de recursos internos, mientras que España apoyaba la política de un derecho de sometimiento directo al arbitraje, posición que se reflejó en numerosos acuerdos que España negoció con otros países en aquella época. El papel que finalmente previó el tratado para los tribunales nacionales, que involucraba la presentación de la controversia a estos tribunales durante un periodo de tiempo, sin llegar a ser equivalente al requisito tradicional de agotar los recursos internos como se explicó anteriormente, junto con el arbitraje del CIADI, fue una transacción obvia a la que llegaron las partes. Argentina abandonó más tarde su política anterior y, al igual que España y Chile, aceptó las disposiciones de los tratados que contemplaban el sometimiento directo de las controversias al arbitraje después de un período de negociaciones.

58. El Tribunal también ha examinado en detalle la práctica que ha seguido España en cuanto a los tratados bilaterales de inversión con otros países. Estos tratados indican que la práctica preferida de España es permitir el arbitraje, después de tratar de alcanzar una solución amigable durante seis meses, que es lo que dispone el ABI Chile-España. En la mayoría de los casos puede optarse por el arbitraje en el contexto del CIADI, pero también hay otras opciones disponibles. Esto es lo que sucede, por ejemplo, con los tratados suscritos por España con Argelia,²⁴ Chile,²⁵ Colombia,²⁶ Cuba,²⁷ Checoslovaquia,²⁸ República Dominicana,²⁹ Egipto,³⁰ El Salvador,³¹ Honduras,³² Hungría,³³ Indonesia (intento de solución directa durante doce meses),³⁴ Kazajstan,³⁵ República

²⁴ Acuerdo del 23 de diciembre de 1994.

²⁵ Acuerdo del 2 de octubre de 1991.

²⁶ Acuerdo del 9 de julio de 1995.

²⁷ Acuerdo del 27 de mayo de 1994.

²⁸ Acuerdo del 12 de diciembre de 1990.

²⁹ Acuerdo del 16 de marzo de 1995.

³⁰ Acuerdo del 3 de noviembre de 1992.

³¹ Acuerdo del 14 de febrero de 1995.

³² Acuerdo del 18 de marzo de 1994.

³³ Acuerdo del 9 de noviembre de 1989.

³⁴ Acuerdo del 30 de mayo de 1995.

³⁵ Acuerdo del 23 de marzo de 1994.

de Corea,³⁶ Lituania,³⁷ Malasia,³⁸ Nicaragua,³⁹ Pakistán,⁴⁰ Perú,⁴¹ Filipinas,⁴² Polonia,⁴³ y Túnez.⁴⁴

59. La práctica de España en materia de tratados demuestra que en algunos pocos casos, luego del período de seis o nueve meses en el que se intenta la solución directa, puede recurrirse al arbitraje entre las Partes Contratantes, pero sin que el inversionista tenga la opción de escoger. Este es el caso, por ejemplo, de los tratados con Bolivia,⁴⁵ Marruecos,⁴⁶ y la URSS.⁴⁷ Sólo en uno de los tratados—el suscrito con el Uruguay—⁴⁸ se sigue el modelo del ABI Argentina-España, probablemente debido a la similitud de las políticas adoptadas por las dos naciones del Río de la Plata.

60. El Tribunal observa asimismo que de todos los tratados españoles que ha podido examinar, el único que se refiere a “todas las materias regidas por el presente Acuerdo” en lo que respecta a la cláusula de la nación más favorecida es el suscrito con Argentina. Todos los demás tratados, incluidos los suscritos con Uruguay y Chile, omiten esta referencia y solamente disponen que “este tratamiento” estará sujeto a la cláusula, que es naturalmente una formulación más restrictiva.

61. La práctica española en materia de tratados es también relevante respecto de otro aspecto de la cláusula. La mayoría de los tratados suscritos por España contienen una cláusula modelo que estipula que “...cada Parte Contratante garantizara en su territorio un tratamiento justo y equitativo a las inversiones realizadas por inversores de la otra Parte . . . Este tratamiento no será menos favorable que el otorgado por cada parte Contra-

³⁶ Acuerdo del 17 de enero de 1994.

³⁷ Acuerdo del 6 de julio de 1994.

³⁸ Acuerdo del 4 de abril de 1995.

³⁹ Acuerdo del 16 de marzo de 1994.

⁴⁰ Acuerdo del 15 de septiembre de 1994.

⁴¹ Acuerdo del 17 de noviembre de 1994.

⁴² Acuerdo del 19 de octubre de 1993.

⁴³ Acuerdo del 30 de julio de 1992.

⁴⁴ Acuerdo del 28 de mayo de 1991.

⁴⁵ Acuerdo del 2 de abril de 1990.

⁴⁶ Acuerdo del 15 de enero de 1992.

⁴⁷ Acuerdo del 28 de noviembre de 1991.

⁴⁸ Acuerdo del 7 de abril de 1992.

tante a las inversiones realizadas en su territorio por sus propios inversores. . .”⁴⁹ Si bien esta cláusula se aplica al tratamiento nacional que se otorga a inversores extranjeros, puede también entenderse en el sentido de comprender el tratamiento exigido por un Gobierno para sus inversores en el extranjero, como queda demostrado en los tratados suscritos para garantizar su protección. De ahí que, si un Gobierno procura lograr un mecanismo de solución de controversias para sus inversores en el extranjero, que sea más favorable que el concedido en virtud del tratado básico para los inversores extranjeros en su propio territorio, puede interpretarse que la cláusula exige un tratamiento similar para estos últimos.

62. No obstante que la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida a los arreglos de solución de controversias en el contexto de los tratados sobre inversiones puede llevar al resultado de alcanzar la armonización y la ampliación del alcance de tales mecanismos, hay ciertos límites importantes que han de tenerse en cuenta. Como cuestión de principio, el beneficiario de la cláusula no debe tener la posibilidad de dejar sin efecto las consideraciones de política pública que puedan haber previsto las partes contratantes como condiciones fundamentales para su aceptación del convenio de que se trate, especialmente si el beneficiario es un inversionista privado, como sucede con frecuencia. El alcance de la cláusula puede por consiguiente ser más limitado que lo que parece a primera vista.

63. En este sentido, es posible prever numerosas situaciones que no guardan relación con el caso actual. En primer lugar, si una parte contratante ha condicionado su consentimiento para el arbitraje al agotamiento de los recursos internos, condición que está permitida por el Convenio del CIADI, no podría prescindirse de esta exigencia invocando la cláusula de la nación más favorecida en relación a un acuerdo con terceros que no contenga este elemento, debido a que la condición estipulada refleja una regla fundamental de derecho internacional.⁵⁰ Segundo, si las partes han acordado un mecanismo de solución de controversias que incluya la llamada “bifurcación del camino”, esto es, la opción de someterse a los tribunales nacionales o bien al arbitraje internacional, pero en que una vez

⁴⁹ Véase, por ejemplo, el Acuerdo Argelia-España del 23 de diciembre de 1994, Artículo 4.

⁵⁰ *The Maurommatis Palestine Concessions* (Grecia c. R. U.), Corte Permanente de Justicia Internacional, 1924, Serie A, N° 2, 12; *Interhandel Case* (Suiza c. Estados Unidos de América), Corte Internacional de Justicia, *Reports 1959*, 27.

tomada la decisión ésta es definitiva e irrevocable,⁵¹ esta estipulación no puede ignorarse mediante la invocación de la cláusula. Esta conclusión es imperativa cuando se considera que de otro modo se alteraría el carácter definitivo de los arreglos pactados que muchos países estiman importantes como cuestión de política pública. En tercer lugar, si el acuerdo escoge un mecanismo determinado para el arbitraje, como por ejemplo el CIADI, esta opción no se puede cambiar invocando la cláusula, buscando someter la controversia a un sistema distinto de arbitraje. Finalmente, si las partes han acordado someterse a un sistema de arbitraje altamente institucionalizado que incorpore reglas de procedimiento precisas, como sucede, por ejemplo, con el Tratado de Libre Comercio de América del Norte y mecanismos similares, es claro que ninguno de ellos podría ser alterado mediante la aplicación de la cláusula pues estas disposiciones específicas denotan la voluntad precisa de las partes contratantes. Sin duda que las partes o los tribunales identificarán otros elementos de política pública que limiten el funcionamiento de la cláusula. En todo caso, debe quedar clara la distinción entre la legítima extensión de derechos y beneficios mediante la aplicación de la cláusula, por una parte, y la alternativa nociva de tratar de aplicar diversos tratados para alterar los objetivos de política en que se fundamentan algunas disposiciones específicas, por la otra.

64. A la luz de las consideraciones expuestas, el Tribunal es de la opinión que el Demandante ha demostrado convincentemente que la cláusula de la nación más favorecida incluida en el ABI Argentina-España comprende las disposiciones sobre solución de controversias de este tratado. Por consiguiente, sobre la base de los arreglos más favorables contenidos en el ABI Chile-España y la política jurídica adoptada por España respecto del tratamiento de sus propios inversores en el extranjero, el Tribunal concluye que el Demandante tiene derecho a someter la controversia actual al arbitraje sin presentarla previamente a los tribunales españoles. El Tribunal considera que la exigencia de recurrir previamente a los tribunales nacionales contenida en el ABI Argentina-España no responde a un aspecto fundamental de la política pública considerada en el contexto del tratado, de las negociaciones relacionadas con él, de los otros mecanismos jurídicos o de la práctica subsiguiente de las partes. Sobre esta base, el Tribunal confirma la jurisdicción del Centro y su propia competencia en este caso, no siéndole

⁵¹ Véase, por ejemplo, el ABI Chile-España del 2 de octubre de 1991, Artículo 10(2).

posible acoger la objeción que en este aspecto ha sido presentada por el Reino de España.

El derecho del Demandante de recurrir al Tribunal

65. El Demandado también ha objetado la jurisdicción del Centro y la competencia del Tribunal por una razón distinta, cual es que él carece del derecho de recurrir al arbitraje por no ser inversor en el sentido del Artículo 25 (1) del Convenio del CIADI. El Demandado señala que, según este Artículo, el Centro tiene jurisdicción sólo respecto de las controversias que surjan directamente de una inversión “entre un Estado Contratante y el nacional de otro Estado Contratante.” Si bien el Demandante es nacional de Argentina, su demanda contra el Reino de España se fundamenta, según el punto de vista del Demandado, en perjuicios supuestamente sufridos por EAMSA, que es una entidad jurídica española creada por el Demandante y mayoritariamente de su propiedad. Como sociedad española, EAMSA tiene una personalidad jurídica separada y distinta de la de sus accionistas. El Demandado sostiene que mientras exista la sociedad *qua* sociedad, un accionista que se encuentre en la posición del Demandante no tiene derecho a prescindir del velo societario o corporativo y demandar en su capacidad personal por perjuicios sufridos por la sociedad. Según este punto de vista, el Demandante tendría razones muy limitadas para fundamentar una demanda por perjuicios eventuales que pudieran afectarle personalmente, pero que en todo caso ninguno de esos actos podría atribuirse al Reino de España.

66. El Demandante destaca que no está presentando este caso en nombre de EAMSA, sino en su capacidad personal como inversor extranjero (argentino) en la empresa española (EAMSA), para proteger sus inversiones en dicha sociedad. En apoyo de sus argumentos, el Demandante señala, entre otros aspectos, que los Artículos I(2) y II(2) del ABI definen “las inversiones” en forma amplia, en el sentido de que cubren todos los tipos de propiedad y derechos de propiedad, incluidas las inversiones hechas o adquiridas en el país receptor.

67. El Tribunal observa que el Artículo 25 del Convenio debe leerse junto con dos disposiciones del ABI que tienen especial relevancia para analizar las pretensiones de las partes. La primera de ellas es la del Artículo I(2) del ABI, que señala, en parte, lo siguiente:

“El término ‘inversiones’ designa todo tipo de haberes, tales como bienes y derechos de toda naturaleza, adquiridos o efectuados de acuerdo con la legislación del país receptor de la inversión y en particular, aunque no exclusivamente, los siguientes: acciones y otras formas de participación en sociedades.”

La otra disposición es la del Artículo II(2), que estipula que:

“El presente Acuerdo se aplicará también a las inversiones de capital efectuadas antes de la entrada en vigor del mismo por los inversores de una Parte conforme a las disposiciones legales de la otra Parte en el territorio de esta última. Sin embargo, el presente Acuerdo no se aplicará a las controversias o reclamaciones que se hubieran originado antes de su entrada en vigor.”

68. Estas disposiciones indican que las inversiones de capital están cubiertas por el ABI. Además, disponen que las personas que tengan la nacionalidad de una de las Partes Contratantes, que efectúen inversiones en sociedades o entidades jurídicas similares creadas en el territorio de la otra Parte Contratante, tienen en general derecho a invocar la protección de este tratado. Estas disposiciones complementan los requisitos del Artículo 25 del Convenio y son compatibles con ellos. Las argumentaciones del Demandante en cuanto a su capacidad para presentar este caso son plenamente compatibles con estas disposiciones.

69. Esta conclusión no significa que en realidad el Demandante haya probado que tiene una reclamación válida por perjuicios sufridos en su capacidad personal. Tendrá que hacerlo en el procedimiento sobre el fondo de la controversia para poder ganar su causa. En esta etapa del proceso, sin embargo, es suficiente que demuestre que, de resultar ciertas, sus argumentaciones le otorgarían la capacidad necesaria para someter el caso a título personal.

70. En la opinión del Tribunal, el Demandante ha satisfecho esta prueba inicial. Es un inversor argentino en una sociedad española, que ostensiblemente somete el caso para proteger su inversión en esa empresa y por las pérdidas en que ha incurrido como resultado de los actos causantes del daño que le atribuye al Demandado. Si el Demandante puede probar tales

hechos, tendría la capacidad de invocar la protección del ABI en su carácter personal (Convenio, Art. 25; ABI, Arts. I(2) y II(2)). Por consiguiente puede considerarse que el Demandante ha demostrado *prima facie* que tiene la capacidad de someter este caso al Tribunal.

Condición de SODIGA en el Reino de España

71. El Tribunal pasa ahora a considerar el argumento del Demandado de que la presente controversia no es entre el Reino de España y el Demandante, como éste sostiene, sino entre el Demandante y la sociedad privada denominada “Sociedad para el Desarrollo Industrial de Galicia” (SODIGA), con la cual el Demandante celebró varios contratos.

72. El problema puede resumirse de la siguiente manera. El Demandante sostiene que los actos y omisiones que afectan a sus inversiones son imputables a una entidad que es propiedad del Reino de España y que funciona a su servicio. SODIGA, argumenta el Demandante, no sólo es propiedad de varios entes estatales, sino también se encuentra bajo el control del Estado y es administrada como una herramienta del Estado para los fines del desarrollo económico de la región de Galicia. Por consiguiente, dada su condición de entidad estatal, sus actos u omisiones causantes de daño pueden imputarse al Estado.

73. Sin embargo, el Demandado sostiene que SODIGA es una sociedad comercial privada constituida según las leyes comerciales de España y que, por ende, sus actividades son las de una entidad privada. El hecho de que una parte de las acciones de SODIGA pertenezcan a entidades estatales, argumenta el Demandado, no altera el carácter comercial privado de la sociedad ni transforma a SODIGA en un organismo estatal. Sus actos u omisiones, por consiguiente, no pueden ser imputables al Estado.

74. En el marco del Convenio del CIADI, la jurisdicción del Centro se extiende sólo a las controversias jurídicas que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante y un nacional de otro Estado Contratante.⁵² Del mismo modo como el Centro no tiene jurisdicción para arbitrar controversias entre dos Estados, tampoco la tiene para arbitrar controversias entre dos entidades privadas. Su principal característica juris-

⁵² Convenio del CIADI, Artículo 25(1).

dicional es la solución de controversias entre un inversionista privado y un Estado.⁵³ No obstante, ni el término “nacional de otro Estado Contratante” ni el término “Estado Contratante” están definidos en el Convenio. Algunos elementos reseñados en el Convenio respecto de la capacidad de una subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante, o de las modalidades del consentimiento que se le aplican,⁵⁴ tampoco son relevantes en este caso.⁵⁵ El Convenio no contiene criterio alguno referente a la imputación al Estado de los actos u omisiones de tales entes, subdivisiones u organismos estatales. El ABI Argentina-España tampoco contribuye a esclarecer esta situación. Si bien menciona las acciones de las autoridades estatales (“*autoridades de una Parte*”), no define la frase.⁵⁶

75. En consideración a lo anterior, el Tribunal debe dar respuesta a las dos interrogantes siguientes: primero, si SODIGA es o no un organismo estatal para los fines de determinar la jurisdicción del Centro y la competencia del Tribunal y, segundo, si las acciones y omisiones de las que reclama el Demandante son imputables al Estado. Si bien la primera pregunta puede decidirse en la etapa jurisdiccional de este proceso, la segunda se refiere al fondo de la controversia y sólo podrá resolverse en esa etapa.

76. Debido a que ni el Convenio ni el ABI Argentina-España establecen los principios o criterios para resolver los problemas indicados que son relevantes para este caso, el Tribunal puede recurrir a las reglas aplicables del derecho internacional para decidir si una entidad determinada es una entidad estatal. Estas normas han evolucionado y se han aplicado en el contexto del derecho sobre la responsabilidad de los Estados. A este respecto, la prueba que se ha desarrollado atiende a varios factores, tales como la propiedad, el control, la naturaleza, y los propósitos y objetivos de

⁵³ A Broches: “The Convention on the Settlement of Investment Disputes: Some Observations on Jurisdiction”, *Columbia Journal of International Law*, Vol. 5, 1966, 263, pág. 265.

⁵⁴ Convenio del CIADI, Artículo 25(1) y 25(3). Véase Christoph Schreuer: “Commentary on the ICSID Convention. Article 25”, *Foreign Investment Law Journal—ICSID Review*, Vol. 11, 1996, 318, pág. 380-391; Schreuer, loc. cit., nota 4 supra, pág. 140-150.

⁵⁵ SODIGA no es parte en este caso ni se ha hecho designación alguna al respecto, ni España ha dado su consentimiento a tales efectos.

⁵⁶ ABI Argentina-España, Artículo V.

la entidad cuyas actividades se analizan, así como el carácter de las acciones realizadas.⁵⁷

77. El problema de si SODIGA es o no una entidad estatal debe examinarse primero desde un punto de vista formal o estructural. En tal sentido, la conclusión de que la entidad es propiedad del Estado, directa o indirectamente, da lugar a la presunción refutable de que es una entidad estatal. Se obtendrá el mismo resultado si la entidad es, directa o indirectamente, controlada por el Estado. Una presunción similar surge cuando el propósito o los objetivos de una entidad sean llevar a cabo funciones de naturaleza gubernamental, o que estén normalmente reservadas al Estado, o que por su naturaleza no sean realizadas habitualmente por empresas privadas o personas naturales.

78. La relevancia de estos estándares es más clara cuando la entidad está administrada y controlada directamente por el Estado, como sucede con una dependencia o repartición de un Ministerio, pero lo será menos cuando el Estado decide actuar a través de un mecanismo del sector privado, como lo es una sociedad anónima u otro tipo de estructura societaria. En todo caso, un Estado no podrá necesariamente eludir la responsabilidad que le quepa por actos u omisiones que causan daño ocultándose tras el velo de una sociedad anónima privada.⁵⁸ El párrafo 2 del Artículo 7 del Proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados, elaborado por la Comisión de Derecho Internacional corrobora esta posición:

2. El comportamiento de un órgano de una entidad que no es parte de la estructura formal del Estado o de una entidad pública territorial, pero que está facultado por el derecho interno de ese Estado para ejercer prerrogativas de poder público, se considerará acción del Estado bajo el derecho internacional, cuando ese órgano haya actuado en tal capacidad en el caso de que se trate.⁵⁹

79. Debido a las muchas formas que pueden adoptar las empresas estatales y de esa manera configurar la acción del Estado, la prueba estructural

⁵⁷ Ian Brownlie: *System of the Law of Nations. State Responsibility. Part I*, 1983, 132 et seq.

⁵⁸ Véase en general Brownlie, op. cit, nota 57 supra, pág. 135-137.

⁵⁹ Comisión de Derecho Internacional, "Proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados", 1996, *International Legal Materials*, Vol. 37, 1998, 444. (Traducción del Tribunal).

por sí misma no siempre podrá determinar de manera concluyente si una entidad es un organismo del Estado o si sus actos son imputables a éste. Por ello se ha elaborado una prueba adicional, de carácter funcional, que atiende a las funciones o el papel que desempeña la entidad.⁶⁰ Aún cuando, como se señaló anteriormente, ni el Convenio del CIADI ni el ABI Argentina-España definen lo que se entiende por Estado Contratante, la historia de la preparación del Convenio trata de una situación análoga: si acaso las sociedades de economía mixta o aquellas de propiedad del Estado deben considerarse dentro de la definición de “nacional de otro Estado contratante”. Si bien es necesario reconocer, evidentemente, que las definiciones de distintos términos no son usualmente intercambiables y que, en este caso, un “Estado Contratante” es distinto de un “nacional de otro Estado Contratante”, hay suficientes similitudes que permitirían utilizar la jurisprudencia elaborada respecto de una definición en el contexto de la otra. De esta manera, la determinación del carácter de una empresa de propiedad del Estado en el contexto de si se trata de un “nacional de otro Estado Contratante”, también puede ser relevante para determinar si es posible incluir una empresa estatal de este tipo en la definición de “Parte Contratante”. En este sentido, cabe observar, como lo explicó una destacada autoridad en la interpretación del Convenio, que al parecer “una empresa de economía mixta o una sociedad de propiedad del Estado no debe excluirse como ‘nacional de otro Estado Contratante’ a menos que esté actuando como agente del gobierno o esté desempeñando una función que sea esencialmente gubernamental”.⁶¹

80. Esta prueba funcional fue aplicada respecto de la definición del nacional de un Estado Contratante, en la reciente decisión de un Tribunal del CIADI sobre objeciones a la jurisdicción en el caso de *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A. S. v. the Slovak Republic*.⁶² En esta ocasión, se decidió que el hecho de que el Estado fuera propietario de las acciones de la sociedad no bastaba para decidir la cuestión esencial de si el Demandante tenía la capacidad para actuar en el contexto del Convenio cómo nacional

⁶⁰ Brownlie, op. cit., nota 57 supra, pág. 136.

⁶¹ Aron Broches: “The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and nationals of other States”, *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International*, 1972, pág. 355.

⁶² *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A. S. v. the Slovak Republic*, Caso N° ARB/97/4 del CIADI, Decisión sobre objeciones a la jurisdicción, 24 de mayo de 1999, *ICSID Review—Foreign Investment Law Journal*, Vol. 14, 1999, pág. 250.

de un Estado Contratante en tanto las actividades propiamente tales tuvieran “una naturaleza esencialmente comercial y no gubernamental”.⁶³ Por la misma razón, una sociedad privada que persiga fines de lucro mientras cumple funciones esencialmente gubernamentales que le haya delegado el Estado podría, según la prueba funcional, ser considerada como un organismo estatal y por ende comprometer la responsabilidad internacional del Estado por actos que causen daño.

81. Es difícil determinar *a priori* si estas diversas pruebas y estándares tienen necesariamente que ser acumulativas. Es probable que haya circunstancias en las que no tengan que serlo. Por cierto, cuando todas o la mayoría de las pruebas lleven a la conclusión de que se trata de una acción del Estado, el resultado, aun cuando todavía no sea más que una presunción, estará más próximo a ser concluyente.

82. El Tribunal considera igualmente que una determinación nacional, sea ésta legal, judicial o administrativa, en cuanto a la estructura jurídica de una entidad que desempeñe funciones que puedan catalogarse como gubernamentales, aunque debe merecer especial consideración, no es necesariamente obligatoria para un tribunal arbitral internacional. Si acaso una entidad debe considerarse como organismo del Estado y si acaso ello puede en definitiva comprometer la responsabilidad de éste, es una cuestión de hecho y de derecho que ha de determinarse según los principios aplicables del derecho internacional.⁶⁴

83. A la luz de estas consideraciones, el Tribunal observa, primero, que SODIGA fue creada por un decreto dictado por el Ministerio de Industria, que autorizó al Instituto Nacional de Industria, un organismo del Estado, para constituir SODIGA. La caracterización del Ministerio y del Instituto como entidades estatales no se controvierten en este caso. Más aún, a pesar de que el Estado decidió crear SODIGA en forma de sociedad comercial privada, lo hizo disponiendo que el Instituto Nacional de Industria fuera propietario de no menos del 51% del capital. De hecho, al 31 de diciembre de 1990, el porcentaje del capital de SODIGA que pertenecía al Estado había aumentado a más del 88%, incluidas las acciones que tenía de la Xunta de Galicia, entidad igualmente estatal encargada de ejercer el poder

⁶³ Ibid., párr. 20.

⁶⁴ Brownlie, *op. cit.*, nota 57 *supra*, en pág. 136. Véase también Comisión de Derecho Internacional, Proyecto de artículos *cit.*, nota 59 *supra*, Artículo 4.

ejecutivo en la Comunidad Autónoma de Galicia,⁶⁵ varias cajas de ahorro, otros organismos regionales de desarrollo y del Banco Exterior de España.

84. Sin embargo, la intención que haya tenido el Estado para crear una entidad empresarial más, especialmente una que tenga por finalidad actuar en el sector privado, aunque sea de propiedad estatal, no es suficiente para crear la presunción de que la entidad sea un órgano del Estado. En los términos de la prueba funcional señalada anteriormente se requieren elementos adicionales para llegar a una conclusión.

85. En este caso, sin embargo, se desprende claramente de los antecedentes que llevaron a la creación de SODIGA que la intención del Gobierno de España fue crear una entidad que desempeñara funciones gubernamentales. En efecto, la proposición de crear SODIGA se originó en el Ministerio de Industria; su creación fue examinada y aprobada por el Ministerio de Hacienda, y luego debatida y aprobada en una sesión del Consejo de Ministros, que es uno de los órganos de decisión política más altos del Gobierno de España.⁶⁶ La participación de estas reparticiones estatales en la creación de SODIGA avalan la apreciación de que ésta fue creada para llevar a cabo funciones gubernamentales en el ámbito del desarrollo regional.

86. Esta intención queda en evidencia, por ejemplo, en el preámbulo del decreto, que declara que uno de los propósitos de la creación de SODIGA es la promoción del desarrollo industrial regional de la Región Autónoma de Galicia. (“...[S]e considera urgente la constitución de una Sociedad que, con la finalidad específica de impulsar el desarrollo industrial de Galicia,...”). Además, puede apreciarse que la intención del Gobierno de España fue utilizar a SODIGA como un instrumento de acción estatal. Entre sus funciones estaba la de emprender estudios para la instalación de nuevas industrias en Galicia, buscando y solicitando el establecimiento de esas nuevas industrias, invertir en nuevas empresas, tramitar solicitudes de crédito ante fuentes oficiales de financiamiento, otorgar garantías para tales créditos y prestar asistencia técnica. Por otra parte, ya fuera a través del Instituto Nacional de Industria o directamente, SODIGA estaba encargada

⁶⁵ La Xunta está definida como el cuerpo colegiado del Gobierno de Galicia. Véase: <http://galicia97.vieiros.com>

⁶⁶ Decreto 2182/1972, *Boletín Oficial del Estado*, N° 197, 17 de agosto de 1972, pág. 1536.

de conceder subsidios y ofrecer otros incentivos para el desarrollo de industrias. Muchos de estos objetivos y funciones son, por su propia naturaleza, tareas típicamente gubernamentales y, por ende, no puede considerarse que normalmente tengan una naturaleza comercial.

87. Si bien es posible que el Estado español pudiera haber contratado con una sociedad privada, no gubernamental, el desempeño de tales actividades de desarrollo, no sucedió así en este caso. Pero, como se explicó anteriormente, aún si hubiera sido éste el caso, de acuerdo a la prueba funcional ello no habría necesariamente desvinculado al Estado español de la entidad, pues sus funciones habrían sido delegadas por el Estado y éstas seguirían siendo gubernamentales a la luz del derecho internacional.

88. Numerosos países, además de España, han creado organismos de desarrollo regional. Estos organismos han sido organizados en muchas partes del mundo y funcionan como reparticiones gubernamentales, ya sea en forma de entidades estatales directas, de organismos territoriales o regionales o, como en el caso de SODIGA, de sociedades. Es pertinente observar, a este respecto, que el Banco Mundial ha establecido una oficina, el Servicio de Asesoría sobre Inversión Extranjera (FIAS por su sigla en inglés), una de cuyas funciones es prestar asistencia técnica y servicios de asesoramiento a los gobiernos para asistirles en la creación y funcionamiento de organizaciones de desarrollo industrial y de otro tipo.

89. En vista de que SODIGA satisface tanto la prueba estructural de creación estatal y propiedad estatal del capital, como la prueba funcional de cumplir actividades de naturaleza pública, el Tribunal concluye que el Demandante ha demostrado *prima facie* que SODIGA es una repartición estatal que actúa en nombre del Reino de España. Si acaso SODIGA es responsable de los actos y omisiones específicas objeto de la reclamación, si acaso éstas han causado daño, si acaso todos estos actos u omisiones siempre hayan tenido un carácter gubernamental y no comercial y por ende, si acaso son imputables al Estado español, son todas cuestiones que se deben decidir en el procedimiento relativo al fondo del caso.

Fecha de la controversia

90. La última objeción que presenta el Demandado a la jurisdicción del Centro y de la competencia del Tribunal se fundamenta en el argumento de que la supuesta controversia se origina, según su punto de vista, antes

de la entrada en vigor del ABI entre Argentina y España. Este argumento se vincula, a su vez, con el tema de la existencia de una controversia y de si ésta puede calificarse como una controversia jurídica, pero estos otros aspectos pertenecen también al fondo de la demanda.

91. El Artículo II(2) del ABI Argentina-España dispone en parte que: “...Sin embargo, el presente Acuerdo no se aplicará a las controversias o reclamaciones que se hubieran originado antes de su entrada en vigor”.

92. El ABI Argentina-España entró en vigor el 28 de septiembre de 1992, y debido al argumento del Demandante sobre la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida respecto del ABI Chile-España, el Reino de España argumenta también que este último tratado entró en vigor recién el 29 de marzo de 1994. España sostiene, por consiguiente, que para que el Centro tenga jurisdicción la controversia debiera haberse originado después de esta última fecha o, en todo caso, después de la fecha de entrada en vigor del ABI Argentina-España. Considerando que el Demandante reclama de hechos y acontecimientos que sucedieron en 1989 y durante los años 1990, 1991 y la primera parte de 1992, España sostiene que el ABI no es aplicable a esta controversia.

93. El Demandante rechaza este punto de vista sobre la base de que una “controversia” se origina cuando se presenta formalmente como tal, lo que sólo sucedió después de que el ABI Argentina-España y el ABI Chile-España habían entrado en vigor. Argumenta, además, que antes de que pueda considerarse que ha surgido la controversia, las partes pueden haber tenido desacuerdos y diferencias de opinión, pero tales hechos no llegan a configurar una controversia, de la manera como se entiende este concepto en el derecho internacional y nacional.

94. Estos puntos de vista divergentes de las partes en cuanto al significado de una controversia y de cuándo ésta llega a identificarse o reconocerse como tal, son frecuentes en el CIADI y en otros procedimientos arbitrales o judiciales.⁶⁷ La Corte Internacional de Justicia ha definido una controversia en varias ocasiones, declarando que es “un desacuerdo sobre un punto de derecho o de hecho, un conflicto de puntos de vista jurídicos

⁶⁷ *AGIP c. Congo*, Laudo del 30 de noviembre de 1979, *ICSID Reports*, Vol. 1, 306.

o de intereses entre las partes”.⁶⁸ Se ha observado acertadamente a este respecto que la “controversia debe referirse a problemas claramente identificados entre las partes y no debe ser meramente académica... La controversia debe ir más allá de reclamos generales y ha de ser susceptible de ser expuesta en términos de una reclamación concreta”.⁶⁹

95. En el caso actual es claro, como lo ha indicado el Reino de España, que los acontecimientos respecto de los cuales se produjeron desacuerdos entre las partes comenzaron ya en 1989. Problemas relativos a estimaciones presupuestarias, exigencias de evaluación de impacto ambiental, desinversiones y otras, se discutieron efectivamente durante el período 1989-1992. Pero esto no significa que ya en esa época existía una controversia jurídica según la definición de la Corte Internacional de Justicia.

96. El Tribunal observa a este respecto que suele haber una secuencia natural de acontecimientos que conducen a una controversia. Comienza con la expresión de un desacuerdo y la afirmación de puntos de vista divergentes. Con el tiempo, estos acontecimientos adquieren un significado jurídico preciso mediante la formulación de reclamaciones jurídicas, su discusión y su rechazo eventual o falta de respuesta de la otra parte. El conflicto de puntos de vista jurídicos y de intereses sólo estará presente en esta última etapa, aunque los hechos subyacentes tengan una fecha anterior. También se ha comentado acertadamente que la existencia de la controversia presupone un mínimo de comunicación entre las partes, en la que una de ellas plantea el problema a la otra, y ésta se opone a la posición del reclamante en forma directa o indirecta.⁷⁰ Esta secuencia debe tomarse en cuenta al determinar la fecha crítica para poder concluir si, en el marco del ABI, una controversia queda comprendida en el consentimiento necesario para materializar la jurisdicción del CIADI.

97. Asimismo, cabe observar que el Reino de España ha argumentado correctamente que hay una diferencia entre una controversia y una reclamación en los términos del Artículo II(2) del ABI Argentina-España. Si

⁶⁸ Corte Internacional de Justicia: *Caso concerniente a Timor Oriental*, ICJ Reports 1995, pág. 90, pár. 22, con referencia a decisiones anteriores tanto de la Corte Permanente de Justicia Internacional como de la Corte Internacional de Justicia.

⁶⁹ Christoph Schreuer, loc. cit., (1996), nota 54 supra, pág. 337.

⁷⁰ Ibid., pág. 337, con particular referencia a AALP v. Sri Lanka, Decisión del 27 de junio de 1990, *ICSID Reports*, Vol. 4, 251.

bien puede haber surgido una controversia, ésta no necesariamente tiene que coincidir con la presentación de una reclamación formal. La fecha crítica separará, no la controversia de la reclamación, sino la controversia de acontecimientos anteriores que no involucran un conflicto de puntos de vista jurídicos y de intereses. Se desprende de ello que si la controversia surge después de la fecha crítica, ésta reunirá los requisitos para transformarse en una reclamación, mientras que si ha surgido antes de esa fecha quedará excluida de acuerdo a los términos del ABI.

98. El Tribunal opina que, en este caso, la controversia, en su sentido técnico y jurídico, comenzó a configurarse en 1994, especialmente en el contexto de las propuestas de desinversión discutidas entre las partes. En ese momento, quedó claramente establecido el conflicto de puntos de vista jurídicos y de intereses, conduciendo poco tiempo después a la presentación de varias reclamaciones que en definitiva llegaron a plantearse ante este Tribunal. Ello significa que la controversia se materializó después de la entrada en vigor de los ABI entre Argentina y España y entre Chile y España, aunque la fecha crítica en el caso actual es la de la entrada en vigor del primero, ya que éste es el tratado básico relevante. Es sobre esta base, que el Tribunal llega a la conclusión de que el Centro tiene jurisdicción y que el Tribunal es competente para considerar la controversia entre las partes de conformidad con las disposiciones del Artículo II(2) del ABI Argentina-España.

C. Decisión

99. Por las razones expuestas, el Tribunal decide por unanimidad que la presente controversia se encuentra dentro de la jurisdicción del Centro y de la competencia del Tribunal. En consecuencia, el Tribunal ha dictado la Resolución necesaria para la continuación del procedimiento de conformidad con la Regla de Arbitraje 41(4).

Francisco Orrego Vicuña
Presidente del Tribunal

Thomas Buergenthal
Arbitro

Maurice Wolf
Arbitro