

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

AMBIENTE UFFICIO S.P.A. Y OTROS
(Caso anteriormente denominado **GIORDANO ALPI Y OTROS**¹)
(DEMANDANTES)

y

REPÚBLICA ARGENTINA
(DEMANDADA)

(Caso CIADI N° ARB/08/9)

DECISIÓN SOBRE JURISDICCIÓN Y ADMISIBILIDAD

TRIBUNAL ARBITRAL

Juez Bruno Simma, Presidente
Profesor Karl-Heinz Böckstiegel, Árbitro
Dr. Santiago Torres Bernárdez, Árbitro

Secretaria del Tribunal:
Sra. Anneliese Fleckenstein

Asistente del Presidente del Tribunal
Dr. Andreas Th. Müller

En representación de los Demandantes:
Avv. Piero G. Parodi,
Avv. Luca G. Radicati di Brozolo y
Prof. Abogado Rodolfo Carlos Barra
Via S. Maurilio 14
20123 Milán
Italia

En representación de la Demandada:
Dra. Angelina María Esther Abbona
Procuradora del Tesoro de la Nación Argentina
Posadas 1641 – Piso 1
CP 1112 Buenos Aires
Argentina

Fecha: 8 de febrero de 2013

¹ Para el cambio de nombre, véase párr. 354 *infra*.

ÍNDICE

	Página
ÍNDICE	i
Abreviaciones de las Presentaciones de las Partes	viii
Otras Abreviaciones utilizadas en la Decisión.....	ix
INTRODUCCIÓN	1
ANTECEDENTES PROCESALES	6
HECHOS DEL CASO	13
PETITORIOS.....	15
I. CONSENTIMIENTO DE LA DEMANDADA	18
A. Posiciones de las Partes	18
1. Argumentos de la Demandada	18
a) El Convenio CIADI no autoriza las acciones colectivas y Argentina tampoco prestó su consentimiento para tal procedimiento en el TBI Argentina-Italia	18
b) El alegato de los Demandantes respecto de la naturaleza de la acción incoada no es convincente	23
c) Violación de principios fundamentales del debido proceso	24
2. Argumentos de los Demandantes.....	26
a) La naturaleza de la acción incoada por los Demandantes.....	27
b) Posibilidad de incoar arbitrajes de múltiples partes ante un tribunal del CIADI sin el consentimiento especial de las Partes.....	28
c) Ausencia de riesgo para el debido proceso al admitir los arbitrajes de múltiples partes	31
B. Conclusiones del Tribunal	33
1. La naturaleza del reclamo presentado ante el Tribunal	33
a) La presente acción no constituye una “acción de clase” y no debería hacerse referencia a ella como un “procedimiento masivo”	34
(1) La cuestión de la “acción de clase”	34
(2) La cuestión del “reclamo masivo”	36
b) El carácter de la presente acción como procedimiento de “múltiples partes”	37
c) El presente reclamo no es el resultado de una acumulación de procedimientos	38

2. El consentimiento a los procedimientos de múltiples partes dentro del marco del Convenio CIADI y el TBI Argentina-Italia	40
a) Existencia del consentimiento de las Partes a los procesos de múltiples partes	41
b) Alcance del consentimiento de las Partes a procedimientos de múltiples partes	50
(1) La cuestión de un número máximo de Demandantes	51
(2) La cuestión de la necesidad de un vínculo entre los reclamos en disputa	52
3. Inquietudes acerca del debido proceso y la capacidad de manejo	58
II. CONSENTIMIENTO DE LOS DEMANDANTES	62
A. Posiciones de las Partes	62
1. Argumentos de la Demandada	62
a) Ausencia de la firma de los propios Demandantes	62
b) Ausencia de consentimiento al arbitraje CIADI en el Poder	63
c) Supuestos defectos legales del Poder y del Mandato de NASAM	63
(1) Supuestos defectos legales del Poder	64
(2) Supuestos defectos legales del Mandato de NASAM que perjudican el Poder	65
(3) La naturaleza del arreglo de financiamiento de NASAM	66
2. Argumentos de los Demandantes	67
a) Falta de firma de los propios Demandantes	67
b) Falta de consentimiento para el arbitraje del CIADI en el Poder	68
c) Supuestos defectos jurídicos del Poder	69
(1) Supuestos defectos jurídicos del Poder	69
(2) Supuestos defectos jurídicos del Mandato NASAM que afectan al Poder	71
(3) La naturaleza del arreglo de financiación de NASAM	72
B. Conclusiones del Tribunal	73
1. El requisito previo del consentimiento por escrito de los Demandantes	73
a) La estructura del problema jurídico	74
(1) Consentimiento escrito para incoar la controversia de conformidad con el art. 25	74
(2) Presentación de la solicitud por escrito de conformidad con el art. 36	75

(3) Interacción de las dos disposiciones en el caso de expresión del consentimiento mediante la incoación de procedimientos arbitrales.....	76
b) Aplicación al presente caso.....	76
2. La cuestión de la falta de las firmas de los Demandantes en la Solicitud	78
3. La cuestión de los defectos en el Poder otorgado el Abogado Parodi	82
a) La supuesta invalidez del Poder.....	83
b) Supuestos defectos en el alcance del Poder	89
4. Las cuestiones de la falta de la firma del Abogado Parodi en la Solicitud y la autorización al Abogado Radicati di Brozolo para firmar en su representación	92
5. El papel de NASAM en el presente procedimiento	99
III. NACIONALIDAD Y LEGITIMACIÓN DE LOS DEMANDANTES	101
A. Posiciones de las Partes	101
1. Argumentos de la Demandada	101
a) El requisito de nacionalidad en virtud del art. 25 del Convenio CIADI y el art. 1(2) del TBI Argentina-Italia	101
b) Número e identidad de los Demandantes.....	102
c) Falta de legitimación debido a los procedimientos legales de los Demandantes contra los bancos vendedores.....	102
d) Falta de legitimación debido a que los Demandantes están llevando adelante sus demandas en nombre de un tercero de manera no autorizada en abuso del proceso	103
2. Argumentos de los Demandantes.....	103
a) El requisito de nacionalidad en virtud del art. 25 del Convenio CIADI y el art. 1(2) del TBI Argentina-Italia	103
b) Número e identidad de los Demandantes.....	105
c) Ausencia de falta de legitimación debido a los procedimientos legales contra los bancos vendedores.....	105
d) Ausencia de falta de legitimación debido a que los Demandantes están llevando adelante sus demandas en nombre de un tercero	106
B. Conclusiones del Tribunal	106
1. Las disposiciones pertinentes para la determinación de jurisdicción <i>ratione personae</i>	106
2. Los requisitos de jurisdicción <i>ratione personae</i> en el presente caso	108
a) Los requisitos en virtud del art. 25 del Convenio CIADI	109

b)	Los requisitos en virtud del art. 1 del TBI Argentina-Italia y su Protocolo Adicional	110
3.	Distribución de la carga de la prueba con respecto a los requisitos de nacionalidad y domicilio.....	111
4.	Aplicación al presente caso.....	112
a)	El deber de los Demandantes de sustanciar el requisito de nacionalidad	112
b)	Los reclamos de la Demandada con respecto a la doble nacionalidad y la ausencia del requisito de domicilio	115
c)	Conclusión	116
5.	Los reclamos de la Demandada con respecto a la supuesta falta de legitimación de los Demandantes	117
6.	Terminación del Procedimiento, Lista consolidada de Demandantes, Implicancias respecto de la decisión en materia de costas y Nueva denominación del procedimiento.....	120
a)	Terminación del procedimiento con respecto a varios Demandantes.....	120
b)	Lista consolidada de Demandantes	125
c)	Implicaciones de la terminación respecto de la decisión en materia de costas.....	127
d)	Nuevo nombre del caso	128
IV.	EXISTENCIA DE UNA DIFERENCIA DE NATURALEZA JURÍDICA QUE SURGE DIRECTAMENTE DE UNA INVERSIÓN.....	130
A.	Posiciones de las Partes	130
1.	Argumentos de la Demandada	130
a)	La relación del art. 25 del Convenio CIADI y el art. 1 del TBI Argentina-Italia	130
b)	Los derechos sobre títulos en cuestión no califican como inversión en virtud del art. 25 del Convenio CIADI	131
(1)	La inversión en el presente caso	131
(2)	El concepto de “inversión” en el art. 25 del Convenio CIADI.....	132
(3)	Relevancia y aplicación de la denominada prueba de “ <i>Salini</i> ”	133
c)	Los derechos sobre títulos en cuestión no califican como inversión en virtud del art. 1 del TBI Argentina-Italia	136
(1)	El alcance de la lista del art. 1(1)(a)-(f) del TBI.....	136
(2)	Los requisitos de que la inversión se haga “en el territorio” de la Demandada y de que sea una inversión “extranjera”	137
(3)	El requisito de que la inversión se realice “de conformidad con la legislación” de la Demandada.....	138

2. Argumentos de los Demandantes.....	140
a) La relación entre el art. 25 del Convenio CIADI y el art. 1 del TBI Argentina-Italia	140
b) Los bonos en cuestión califican como una inversión en virtud del art. 25 del Convenio CIADI.....	141
(1) La inversión en el presente caso	141
(2) El concepto de “inversión” en el art. 25 del Convenio CIADI.....	143
(3) Relevancia y aplicación del denominado Test <i>Salini</i>	144
c) Los bonos en cuestión califican como inversión en virtud del art. 1 del TBI Argentina-Italia.....	146
(1) El alcance de la lista incluida en el art. 1(1)(a)-(f) del TBI	146
(2) Los requisitos de que la inversión se realice “en el territorio” de la Demandada y sea una inversión “extranjera”	147
(3) El requisito de que la inversión se realice “de conformidad con el ordenamiento jurídico” de la Demandada.....	149
B. Conclusiones del Tribunal	151
1. Las disposiciones pertinentes a efectos de la determinación de la jurisdicción <i>ratione materiae</i>	151
2. La operación económica pertinente en cuestión en el presente procedimiento y la supuesta falta de legitimación de los Demandantes en este contexto.....	155
3. La naturaleza y relevancia jurídica de la prueba de “doble enfoque”.....	159
4. El sentido de “inversión” en virtud del art. 25(1) del Convenio CIADI.....	161
a) El contexto de la adopción del art. 25(1) del Convenio CIADI.....	163
b) Interpretación del concepto de “inversión” a la luz del art. 31 de la CVDT y su aplicación a los instrumentos financieros en el presente caso	167
(1) Sentido corriente	168
(2) Contexto.....	169
(3) Objeto y fin	169
(4) Práctica ulterior de los Estados	173
(5) Jurisprudencia y doctrinas pertinentes	173
(6) Conclusión	175
5. La importancia de la denominada prueba de <i>Salini</i> en la interpretación del concepto de “inversión” en el art. 25(1) del Convenio CIADI.....	178
a) La naturaleza no jurisdiccional de la denominada prueba de <i>Salini</i>	178

b) La aplicación de la prueba de Salini a los bonos/derechos sobre títulos en el presente caso	181
6. El sentido de “inversión” en virtud del art. 1(1) del TBI Argentina-Italia	183
7. Inversión realizada “en el territorio” de Argentina.....	186
8. Inversión realizada “de conformidad con el ordenamiento jurídico” de Argentina.....	191
9. Conclusión	194
V. EXISTENCIA <i>PRIMA FACIE</i> DE RECLAMACIONES EN VIRTUD DE UN TRATADO	195
A. Posiciones de las Partes	195
1. Argumentos de la Demandada	195
2. Argumentos de los Demandantes.....	197
B. Conclusiones del Tribunal	198
1. Fundamento del criterio <i>prima facie</i>	199
2. Supuestas violaciones del TBI Argentina-Italia	201
3. Conclusión	205
VI. EL CUMPLIMIENTO CON EL ARTÍCULO 8 DEL TBI ARGENTINA-ITALIA. LOS PRERREQUISITOS DE CONSULTAS AMISTOSAS Y RECURSO A LOS TRIBUNALES ARGENTINOS	206
A. Posiciones de las Partes	206
1. Argumentos de la Demandada	206
2. Argumentos de los Demandantes.....	209
B. Conclusiones del Tribunal	212
1. Naturaleza de las obligaciones consagradas en el art. 8(1)-(3) del TBI Argentina-Italia.....	213
2. El prerrequisito de las consultas amistosas	216
3. El prerrequisito de recurrir a los tribunales locales	221
a) Carácter vinculante del requisito	221
b) Consecuencias jurídicas de ignorar el requisito de recurrir a los tribunales de la Demandada	223
c) La excepción de ineffectividad	225
1) Existencia de la excepción de ineffectividad	225
2) Umbral de la excepción de ineffectividad	230
3) Aplicación de la excepción de ineffectividad al presente caso.....	232
4) Las conclusiones del Tribunal y la Decisión en el caso <i>Abaclat</i>	238

d) Ausencia de necesidad de fundarse en la cláusula de nación más favorecida del art. 3(1) del TBI.....	240
OPINIÓN DISIDENTE DEL ÁRBITRO TORRES BERNÁRDEZ.....	241
DECISIONES ADOPTADAS POR EL TRIBUNAL	241

ABREVIACIONES DE LAS PRESENTACIONES DE LAS PARTES

Memorial de Contestación sobre Jurisdicción y Admisibilidad de los Demandantes	C I
Dúplica de los Demandantes sobre Jurisdicción	C II
Escrito de los Demandantes Posterior a la Audiencia	C III
Comentarios de los Demandantes a la Decisión sobre Jurisdicción y a la Opinión Disidente del Profesor Abi-Saab en el caso <i>Abaclat</i>	C IV
Solicitud de Arbitraje	Solicitud
Memorial de Excepciones a la Jurisdicción y Admisibilidad de la Demandada	R I
Memorial de Réplica sobre Excepciones a la Jurisdicción y Admisibilidad de la Demandada	R II
Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia	R III
Comentarios de la Demandada a la Decisión sobre Jurisdicción y a la Opinión Disidente del Profesor Abi-Saab en el caso <i>Abaclat</i>	R IV
Comentarios de la Demandada a los Comentarios de los Demandantes a la Decisión sobre Jurisdicción y a la Opinión Disidente del Profesor Abi-Saab en el caso <i>Abaclat</i>	R V
Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción	Tr

OTRAS ABREVIACIONES UTILIZADAS EN LA DECISIÓN

Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados	Convenio CIADI
Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje	Reglas de Iniciación
Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje	Reglas de Arbitraje
Acuerdo entre la República Argentina y la República Italiana sobre Promoción y Protección de las Inversiones de fecha 22 de mayo de 1990 ²	TBI Argentina-Italia o TBI
Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de fecha 23 de mayo de 1969	CVDT
North Atlantic Société d'Administration	NASAM
<i>Incarico</i> (Acuerdo de Contratación) en nombre y representación de NASAM ³	Mandato de NASAM
<i>Procura speciale</i> (Poder Especial) en nombre y representación del Avv. Piero Giuseppe Parodi ⁴	Poder
Suplemento del Prospecto para Inversores Estadounidenses de fecha 27 de diciembre de 2004 ⁵	Oferta de Canje 2005
Invitación de fecha 27 de abril de 2010 a ofrecer Determinados Títulos Elegibles a cambio de Nuevos Títulos ⁶	Oferta de Canje 2010
Ley 26.017 de fecha 9 de febrero de 2005 ⁷	Ley N° 26.017

² En cuanto a la versión en español y la traducción al inglés por parte de la Demandada, véase Anexo RA 147.

³ En cuanto al original en italiano y a la traducción al inglés suministrada por la Demandada, véase Anexo RA 108.

⁴ Original en italiano, adjunto como Anexo 3 (Anexo RA 111) de la Nota de fecha 8 de mayo de 2006 de parte de NASAM relativa a “Procedura arbitrale CIRD-ICSID – UNCITRAL contro il governo argentino” (Anexo RA 107); traducción en inglés, adjunta como Anexo 3bis (Anexo RA 112) de la nota mencionada *supra*. El Anexo C-2 adjunto a la Solicitud contiene copias del Poder firmado por los Demandantes individuales.

⁵ Anexo C-3b y Anexo RA 61.

⁶ Anexos CA 74 y RA 305.

⁷ Boletín Oficial de la República Argentina, Núm. 30.590, 11 de febrero de 2005; en cuanto al original en español y a la traducción en inglés, véase Anexo RA 72; para la traducción al inglés suministrada por los Demandantes, véase Solicitud § 29.

INTRODUCCIÓN

Objeto y marco jurídico de la presente controversia

1. El presente caso aborda los reclamos presentados por el Sr. Giordano Alpi y otros (en adelante, “Demandantes”) a fin de que se declare que la República Argentina (en adelante, “Demandada”) no ha cumplido con sus obligaciones internacionales de conformidad con el *Acuerdo entre la República Argentina y la República Italiana sobre Promoción y Protección de las Inversiones* de 22 de mayo de 1990⁸ (en adelante, “TBI Argentina-Italia” o “TBI”) y de que se les otorgue una indemnización por daños y perjuicios en virtud de estos incumplimientos con respecto a los bonos emitidos por la Demandada y en vista de los cuales incumplió.
2. El procedimiento se encuentra sujeto al marco jurídico del CIADI, que, como cabe destacar, incluye el *Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados* de fecha 18 de marzo de 1965 (en adelante, “Convenio CIADI”) al igual que las *Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje* (en adelante, “Reglas de Iniciación”), las *Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje* (en adelante, “Reglas de Arbitraje”) y el *Reglamento Administrativo y Financiero*, todos ellos en sus versiones modificadas en vigor a partir del día 10 de abril de 2006.

Fase preliminar sobre jurisdicción y admisibilidad

3. Durante la Primera Sesión del Tribunal celebrada el día 24 de febrero de 2009, los Demandantes y la Demandada (en adelante, “las Partes”) “acordaron que, en primer lugar, el procedimiento debería tener una fase preliminar en materia de jurisdicción y admisibilidad” [Traducción del Tribunal] (véase Acta de la Primera Sesión, punto 14). Asimismo, las Partes acordaron un calendario a efectos de la presentación de sus escritos en la fase preliminar al igual que la celebración de una Audiencia sobre Jurisdicción que tuvo lugar en París, entre los días 25 y 27 de enero de 2011.

⁸ Tal como lo establece el propio Acuerdo, el TBI Argentina-Italia fue emitido en dos originales, en idiomas español e italiano, y ambas versiones son auténticas.

4. En las diversas rondas de intercambio de presentaciones escritas y durante la Audiencia sobre Jurisdicción, ambas Partes han tenido por igual amplia oportunidad de presentar su postura con respecto a las cuestiones de jurisdicción y admisibilidad ante el Tribunal. Luego de haber considerado las pruebas y los argumentos presentados por las Partes y sobre la base de las deliberaciones que tuvieron lugar entre los Miembros del Tribunal, el Tribunal considera que se encuentra en condiciones de emitir la presente Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad que concluye la primera fase del procedimiento en el marco de la presente controversia.

Limitación de la primera fase del procedimiento a cuestiones de carácter general

5. Asimismo, en la Primera Sesión del Tribunal mencionada anteriormente, las Partes acordaron lo siguiente (véase Acta de la Primera Sesión, punto 14):

La fase preliminar abordaría las excepciones preliminares de carácter general exclusivamente, pero no respecto de las cuestiones jurisdiccionales que pudieran surgir con relación a los demandantes individuales, que se abordarían en una etapa posterior toda vez que fuera necesario y adecuado. En el supuesto de desacuerdo en cuanto a si una excepción determinada es de “carácter general exclusivamente”, la cuestión será resuelta por el Tribunal [Traducción del Tribunal].

6. En virtud del mandato que las Partes le han confiado, el Tribunal no pretende determinar si posee o no competencia respecto de cada uno de los Demandantes. En su lugar, el Tribunal establecerá los requisitos generales que deben cumplirse como condición previa a su competencia y la admisibilidad de los reclamos de los Demandantes en el caso que nos ocupa. En este sentido, la presente Decisión no deberá abordar las cuestiones jurisdiccionales pertinentes que les incumben específicamente a los Demandantes individuales, sino que éstas se examinarán conjuntamente con el fondo del caso.

Relación de la presente Decisión con el caso Abaclat

7. Antes de explicar la estructura de la presente Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, el Tribunal desea señalar que, en la actualidad, existen otros dos procedimientos CIADI en curso relativos a cuestiones íntimamente relacionadas con la presente disputa. En efecto, en estos dos casos, por analogía con el caso que nos ocupa, nacionales italianos reclaman compensación por parte de la República Argentina en

virtud de supuestas violaciones de las obligaciones de esta última conforme al TBI Argentina-Italia con relación al incumplimiento de Argentina respecto de su deuda soberana en el año 2001.

8. El más antiguo de estos dos casos es *Abaclat y otros (caso anteriormente denominado Giovanna a Beccara y otros) c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/07/5, que fue registrado por el CIADI el día 7 de febrero de 2007 (en adelante, “caso *Abaclat*”). Al igual que en el presente caso, Argentina impugnaba la competencia del Tribunal y la admisibilidad de los reclamos de los Demandantes. En su *Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad* de fecha 4 de agosto de 2011 (en adelante, “*Decisión Abaclat*”), por decisión mayoritaria, el Tribunal resolvió que gozaba de competencia para entender en el caso en cuestión y que los reclamos de los Demandantes eran admisibles. El árbitro disidente, Profesor Georges Abi-Saab, emitió su Opinión Disidente respecto de la Decisión del Tribunal el día 28 de octubre de 2011 (en adelante, “*Opinión Disidente del Profesor Abi-Saab en el caso Abaclat*”).
9. El otro caso es *Giovanni Alemanni y otros c República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/07/8, que fue registrado el día 27 de marzo de 2007. Si bien Argentina ha planteado excepciones preliminares en materia de jurisdicción y admisibilidad también en el contexto de esta disputa, el tribunal pertinente aún no ha adoptado una decisión en este aspecto.
10. A la luz de los importantes paralelismos entre el caso que nos ocupa y el caso *Abaclat*, en particular, del hecho de que la Demandada utilizó en gran medida los mismos argumentos que planteó en el presente caso o argumentos similares a ellos, y dado que ambos Tribunales han arribado a la misma conclusión, a saber, confirmar que el Tribunal goza de competencia y que los reclamos entablados por los Demandantes son admisibles, sería artificial que este Tribunal ignorara la Decisión adoptada por su par.
11. Como resulta bastante evidente, es muy común que los tribunales arbitrales, en general, y los tribunales CIADI, en particular, se inspiren en las decisiones de otros tribunales que han enfrentado cuestiones o situaciones similares. Sin embargo, no puede haber duda alguna de que existe una relación especial y particularmente estrecha entre el presente

caso y el caso *Abaclat* –más claramente, como ya se ha señalado, debido a la importante superposición de las cuestiones de hecho y de derecho que ambos Tribunales han enfrentado en sus casos respectivos.

12. Por lo tanto, el presente Tribunal no dudará en aprovechar el razonamiento del Tribunal del caso *Abaclat* siempre que sea aplicable y adecuado. Lejos de adherir a alguna doctrina de *stare decisis* o considerarse legalmente obligado por las conclusiones del Tribunal del caso *Abaclat*, esto implica un proceso de compromiso crítico no sólo con la decisión mayoritaria, sino también con los argumentos en contrario incluidos en la Opinión Disidente del Profesor Abi-Saab. A lo largo del razonamiento subsecuente, se pondrá de manifiesto que el presente Tribunal coincide con muchas de las consideraciones y opiniones expresadas en la Decisión *Abaclat*, aunque no con todas, y el Tribunal hará referencia a estos paralelismos en el contexto pertinente.
13. No obstante, el Tribunal desea destacar que está muy al tanto de que debe resolver el caso presentado ante él por las Partes sobre la base de sus propias necesidades y cuestiones de fondo. Por consiguiente, el razonamiento de la Decisión *Abaclat* puede ser relevante para el presente Tribunal sólo en el supuesto de que las Partes en el caso que nos ocupa hubieran presentado argumentos similares a los introducidos en el caso *Abaclat* o compatibles con ellos, y en tal medida.

Estructura de la presente Decisión

14. Con respecto a la estructura de la presente Decisión, el razonamiento procederá de la siguiente manera: en primer lugar, el Tribunal ofrecerá una descripción general de los antecedentes procesales del caso (párrs. 16 y ss.), los hechos relevantes para esta fase del procedimiento (párrs. 56 y ss.) al igual que las medidas de reparación pretendidas por las Partes (párrs. 63 y ss.).
15. A continuación, el Tribunal abordará las excepciones preliminares a la jurisdicción y admisibilidad planteadas por la Demandada (véase *R I* §§ 87 y ss. y las presentaciones posteriores). Sin embargo, el Tribunal no seguirá exactamente el orden de las cuestiones establecido por la Demandada, sino que procederá de la siguiente manera: primero, el Tribunal abordará la cuestión del consentimiento de la Demandada (Capítulo I.; párrs. 68

y ss.), luego seguirá con el consentimiento de los Demandantes (Capítulo II.; párrs. 173 y ss.) y posteriormente con el problema de la nacionalidad y legitimación de los Demandantes (Capítulo III.; párrs. 279 y ss.). Después, abordará la cuestión que consiste en determinar si existe una disputa legal que surge de una inversión en el presente caso (Capítulo IV.; párrs. 355 y ss.) y luego pasará a las cuestiones adicionales relativas a la existencia *prima facie* de un reclamo en virtud de un tratado (Capítulo V.; párrs. 521 y ss.) y si los Demandantes han cumplido con el art. 8 del TBI Argentina-Italia y los requisitos previos de consultas amistosas y recurso a los tribunales argentinos allí contenidos (Capítulo VI.; párrs. 552 y ss.). En cada uno de los Capítulos, el Tribunal, en primer lugar, describirá brevemente los argumentos planteados por la Demandada y los Demandantes y luego presentará sus propias conclusiones acerca de las cuestiones en disputa.

ANTECEDENTES PROCESALES

16. El día 26 de junio de 2008, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante, “CIADI” o el “Centro”) recibió una Solicitud de Arbitraje con fecha del 23 de junio de 2008 (en adelante, “Solicitud”) de los Demandantes contra la Demandada. El día 1 de julio de 2008, el Centro acusó recibo de la Solicitud. El día 3 de julio de 2008, el Centro envió una copia de la Solicitud y de la documentación que la acompañaba a la Demandada y a su Embajada en Washington, D.C.
17. El día 28 de julio de 2008, de conformidad con el Artículo 36(3) del Convenio CIADI y conforme a las Reglas 6(1)(a) y 7(a) de las Reglas de Iniciación, el Secretario General Interino del CIADI registró la Solicitud y, en la misma fecha, notificó a las Partes del registro y las invitó a constituir un tribunal de arbitraje en cuanto fuera posible.
18. Mediante una carta de fecha 22 de septiembre de 2008, los Demandantes informaron al CIADI que las Partes habían llegado a un acuerdo acerca del método de designación del Tribunal. En ella, se establecía que cada una de las Partes debía nombrar un árbitro y los Demandantes nombraron al Profesor Karl-Heinz Böckstiegel, nacional de Alemania. Los dos árbitros de parte presentarían ante las Partes una lista de cinco candidatos para la posición de Presidente del Tribunal. Luego, las Partes intentarían llegar a un acuerdo acerca de la designación del Presidente del Tribunal a partir de la lista de candidatos. En el caso de que los árbitros de parte no pudieran llegar a un acuerdo respecto de la lista de candidatos para la designación del Presidente, cualquiera de las Partes podría solicitar que el Presidente fuera nombrado por el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI de conformidad con el método establecido en la Regla 4 de las Reglas de Arbitraje. El Profesor Böckstiegel aceptó su nombramiento el día 25 de octubre de 2008.
19. El día 22 de septiembre de 2008, la Demandada nombró como árbitro al Dr. Santiago Torres Bernárdez, nacional de España. El Dr. Torres Bernárdez aceptó su nombramiento el día 29 de octubre de 2008.

20. Mediante una carta de fecha 23 de septiembre de 2008 pero recibida el 24 de septiembre de 2008, la Demandada le confirmó al CIADI que estaba de acuerdo con los Demandantes en cuanto al método de designación del Presidente del Tribunal.
21. El día 5 de noviembre de 2008, el CIADI envió a ambas Partes la lista de candidatos propuestos por los co-árbitros para la posición de Presidente del Tribunal.
22. Mediante cartas de fecha 17 y 18 de noviembre de 2008, las Partes informaron al Centro que habían llegado a un acuerdo sobre el nombramiento del Juez Bruno Simma, nacional de Austria y Alemania, como Presidente del Tribunal.
23. El día 5 de diciembre de 2008, el Centro informó a las Partes que se tenía como constituido el Tribunal Arbitral y que estaba integrado por: i) el Profesor Karl-Heinz Böckstiegel (nombrado por los Demandantes), ii) el Dr. Santiago Torres Bernárdez (nombrado por la Demandada), y iii) el Juez Bruno Simma (designado por acuerdo de las partes), Presidente del Tribunal. Asimismo, se informó al Tribunal que el Sr. Gonzalo Flores, Consejero Jurídico Superior, se desempeñaría como Secretario del Tribunal. El día 4 de octubre de 2011, el Sr. Flores fue reemplazado en su cargo de Secretario del Tribunal por la Sra. Anneliese Fleckenstein, Consejera Jurídica.
24. El día 24 de febrero de 2009, se celebró la Primera Sesión vía conferencia telefónica. Durante la sesión, las Partes acordaron un calendario procesal a efectos del desarrollo futuro del procedimiento. Los acuerdos a los que se arribaron fueron registrados en el Acta de la Primera Sesión.
25. El día 16 de marzo de 2009, la Demandada presentó su solicitud de producción de documentos, conforme al cronograma acordado por las Partes. El día 30 de marzo de 2009, los Demandantes presentaron sus excepciones a la solicitud de producción de documentos de la Demandada. El día 13 de abril de 2009, la Demandada presentó un *Calendario Redfern*. El día 17 de abril de 2009, los Demandantes respondieron a la carta de la Demandada de fecha 13 de abril de 2009 y al *Calendario Redfern* adjunto. El día 15 de mayo de 2009, la Demandada presentó observaciones respecto de la carta de los

Demandantes de fecha 17 de abril de 2009. El día 18 de mayo de 2009, los Demandantes respondieron a la carta de la Demandada de fecha 15 de mayo de 2009.

26. El día 11 de junio de 2009, la Demandada presentó su Memorial de Excepciones a la Jurisdicción y Admisibilidad (“R I”).
27. El día 29 de junio de 2009, el Tribunal emitió la Resolución Procesal N° 1 sobre la solicitud de producción de documentos de la Demandada.
28. El día 16 de julio de 2009, los Demandantes presentaron su solicitud de producción de documentos. El día 23 de julio de 2009, la Demandada solicitó que el Tribunal rechazara la solicitud de los Demandantes en la que se oponían a su demora y oponían otras excepciones a la solicitud. El día 3 de agosto de 2009, los Demandantes respondieron a las excepciones planteadas por la Demandada el día 23 de julio de 2009, y presentaron su *Calendario Redfern*. En la misma fecha, la Demandada presentó sus observaciones a la carta de los Demandantes.
29. El día 18 de septiembre de 2009, el Tribunal emitió una decisión relativa a la solicitud de producción de documentos de los Demandantes y las excepciones de la Demandada.
30. Mediante una carta de fecha 15 de octubre de 2009, los Demandantes informaron al Tribunal que ellos y la Demandada habían acordado modificar el calendario.
31. El día 26 de noviembre de 2009, los Demandantes presentaron su Memorial de Contestación sobre Jurisdicción y Admisibilidad (“C I”).
32. El día 15 de diciembre de 2009, la Demandada presentó su segunda solicitud de producción de documentos. El día 22 de diciembre de 2009, los Demandantes opusieron sus excepciones a la segunda solicitud de producción de documentos de la Demandada. El día 11 de enero de 2010, la Demandada presentó un *Calendario Redfern* respecto de su segunda solicitud de producción de documentos.
33. Mediante una carta de fecha 17 de febrero de 2010, el Tribunal reiteró las decisiones que había adoptado en la Resolución Procesal N° 1.

34. El día 12 de marzo de 2010, la Demandada presentó su Memorial de Réplica sobre Excepciones a la Jurisdicción y Admisibilidad (“R II”).
35. El día 22 de marzo de 2010, los Demandantes presentaron su segunda solicitud de producción de documentos. El día 29 de marzo de 2010, la Demandada opuso sus excepciones a la segunda solicitud de producción de documentos de los Demandantes.
36. Mediante una carta de fecha 28 de abril de 2010, los Demandantes solicitaron que el Tribunal suspendiera el presente procedimiento a la luz de la Nueva Oferta de Canje anunciada públicamente por el Gobierno Argentino.
37. Mediante carta de fecha 30 de abril de 2010, la Demandada informó al Tribunal que no oponía excepción alguna a la solicitud de suspensión de los Demandantes.
38. Mediante carta de fecha 4 de mayo de 2010, la Demandada informó al Tribunal que, luego de haberse reunido con respecto a la cuestión de la suspensión, las Partes habían acordado suspender el procedimiento a partir de dicha fecha sin necesidad de que los Demandantes presentaran su Dúplica en la fecha programada.
39. Mediante carta de fecha 5 de mayo de 2010, los Demandantes confirmaron el acuerdo expresado por la Demandada el día 4 de mayo de 2010.
40. Mediante carta de fecha 31 de mayo de 2010, la Demandada se opuso a la comunicación de *North Atlantic Société d’Administration* (“NASAM”) a los Demandantes con respecto a la Nueva Oferta de Canje.
41. Mediante carta de fecha 10 de junio de 2010, los Demandantes respondieron a la carta de la Demandada relativa a NASAM y solicitaron una prórroga de la suspensión del procedimiento al igual que de la presentación de su Dúplica.
42. Mediante carta de fecha 16 de junio de 2010, el Tribunal emitió una decisión acerca de las respectivas cartas de las Partes relativas a NASAM de fechas 31 de mayo de 2010 y 10 de junio de 2010 y concedió la prórroga de la suspensión del procedimiento.

43. Asimismo, las Partes intercambiaron cartas respecto de la cuestión relativa a NASAM al igual que de la solicitud de prórroga de los Demandantes para la presentación de su Dúplica. El día 16 de julio de 2010, el Tribunal informó a las Partes que la suspensión había finalizado y estableció una fecha para la presentación de la Dúplica de los Demandantes.
44. El día 8 de octubre de 2010, los Demandantes presentaron su Dúplica sobre Jurisdicción (“C II”).
45. Mediante carta de fecha 26 de noviembre de 2010, el Tribunal invitó a las Partes a señalar si aceptarían la designación de un Asistente del Presidente del Tribunal. La Demandada y los Demandantes, respectivamente, aceptaron mediante cartas de fechas 26 y 30 de noviembre de 2010.
46. El día 30 de diciembre de 2010, las Partes aceptaron la designación del Dr. Michael Waibel como Asistente del Presidente del Tribunal.
47. Entre los días 25 y 27 de enero de 2011, el Tribunal celebró una Audiencia sobre Jurisdicción en París, en la que las siguientes personas estuvieron presentes: en representación del Tribunal, el Juez Bruno Simma, Presidente; el Profesor Karl-Heinz Böckstiegel, Árbitro; el Dr. Santiago Torres Bernárdez, Árbitro; el Dr. Michael Waibel, Asistente del Presidente del Tribunal; y el Sr. Gonzalo Flores, Secretario del Tribunal; en representación de los Demandantes, el Profesor Luca G. Radicati di Brozolo, la Sra. Victoria Viñes, el Sr. Michele Sabatini, el Sr. Clemente Parodi y el Sr. Giovanni Minuto; y en representación de la Demandada, la Dra. Angelina Abbona, Procuradora del Tesoro de la Nación; el Dr. Gabriel Bottini, Director Nacional de Asuntos y Controversias Internacionales de la Procuración del Tesoro de la Nación; la Sra. Silvina González Napolitano, el Sr. Alejandro Turyn, la Sra. Mariana Lozza, la Sra. Verónica Lavista, el Sr. Diego Gosis, el Dr. Domenico Di Pietro, el Sr. Julián Negro y el Sr. Patricio Arnedo Barreiro de la Procuración del Tesoro de la Nación.

48. El día 28 de marzo de 2011, la Demandada presentó su Escrito Posterior a la Audiencia (“R III”) mientras que los Demandantes presentaron el suyo el día siguiente, es decir, el 29 de marzo de 2011 (“C III”).
49. Mediante carta de fecha 11 de julio de 2011, el Presidente del Tribunal informó a las Partes que el Dr. Waibel había renunciado a su cargo de Asistente e invitó a las Partes a realizar comentarios respecto de su reemplazo por el Dr. Andreas Th. Müller.
50. Mediante carta de fecha 21 de julio de 2011, se confirmó la designación del Dr. Müller.
51. Mediante carta de fecha 4 de noviembre de 2011, tal como lo solicitaron las Partes, el Tribunal las invitó a presentar comentarios simultáneos acerca de la Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad y la Opinión Disidente del Profesor Abi-Saab en el caso *Abaclat*.
52. El día 25 de noviembre de 2011, las Partes presentaron sus comentarios a la Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad y la Opinión Disidente del Profesor Abi-Saab en el caso *Abaclat* (“C IV”; “R IV”). El día 13 de diciembre de 2011, las Partes presentaron comentarios adicionales acerca de sus respectivas presentaciones de fecha 25 de noviembre de 2011 (“C V”; “R V”).
53. A solicitud del Tribunal, el día 9 de julio de 2012, los Demandantes presentaron su Declaración sobre las Costas incurridas desde la presentación de la Solicitud hasta la fecha de presentación de la declaración. La Demandada presentó su Declaración de Costas el día siguiente, es decir, el 10 de julio de 2012.
54. A solicitud del Tribunal, mediante carta de fecha 17 de septiembre de 2012, la Demandada afirmó que no se oponía a la terminación del procedimiento con relación a los Demandantes que participaron en la Oferta de Canje 2010, incluidos los enumerados en el Anexo CA 73. Posteriormente, el Tribunal solicitó que los Demandantes le suministraran información confiable acerca de cuáles de los Demandantes entre las 55 personas enumeradas en el Anexo CA 73 cumplen con los requisitos mencionados anteriormente.

55. En su respuesta de fecha 18 de octubre de 2012, los Demandantes presentaron una lista actualizada de los Demandantes que aceptaron la Oferta de Canje 2010. En particular, según los Demandantes, de las 55 personas enumeradas en el Anexo CA 73, 29 aceptaron la Oferta de Canje.

HECHOS DEL CASO

56. En sus presentaciones escritas y orales, las Partes han suministrado al Tribunal una cantidad importante de información fáctica (*RfA* §§ 13-37; *C I* §§ 21-79; *C II* §§ 5-7; *C III* §§ 35-41; *R I* §§ 7-86; *R II* § 22-81; *Tr págs. 11/19-15/12, 164/19-169/9*).
57. El Tribunal no advierte necesidad alguna de pronunciarse respecto de estas presentaciones en detalle a esta altura del procedimiento y a efectos de resolver, como el Tribunal debe hacerlo, respecto de las excepciones preliminares de la Demandada en materia de jurisdicción y admisibilidad en el marco de la presente controversia.
58. En primer lugar, parte importante de la información provista por las Partes sólo se tornará pertinente en la etapa de fondo del procedimiento y será abordada por el Tribunal en ese momento.
59. En segundo lugar, en la medida en que determinados reclamos de hecho efectuados por las Partes sean directamente relevantes para la presente Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, el Tribunal los abordará en los Capítulos respectivos de la presente Decisión y evaluará el valor probatorio de las presentaciones de las Partes en el contexto pertinente.
60. En tercer lugar, el Tribunal reconoce que la Decisión *Abaclat*, en sus párrs. 11-64, 70-71 y 75-80, contiene un resumen de los antecedentes fácticos generales del caso *Abaclat* (véase párr. 10 de la Decisión *Abaclat*), que, como cabe destacar, incluye una explicación de conceptos generales relativos a los mercados financieros y los bonos, en la medida en que sean relevantes para el caso, una descripción general de la reestructuración de la deuda soberana y de la crisis financiera y la cesación de pagos de Argentina en el año 2001 al igual que de las actividades de Argentina en términos de reestructuración de su economía y su deuda soberana (en particular, la Oferta de Canje de 2005 y la sanción de la Ley N° 26.017 el día 9 de febrero de 2005⁹).

⁹ Ley N° 26.017 de fecha 9 de febrero de 2005, Boletín Oficial de la República Argentina, Núm. 30.590, 11 de febrero de 2005 (en adelante, “Ley N° 26.017”).

61. A los ojos del Tribunal, esta breve descripción de los antecedentes fácticos incluida en la Decisión *Abaclat* también puede ser útilmente aplicable con respecto al caso que nos ocupa. El Tribunal ya ha afirmado¹⁰ que hará referencia al caso *Abaclat*, siempre que corresponda, y considera que ésta es una valiosa oportunidad de hacerlo en aras de la celeridad, es decir, a fin de no duplicar los esfuerzos que ya ha hecho su par.
62. El Tribunal desea señalar al mismo tiempo que, si bien alude a los párrafos de la Decisión *Abaclat* mencionados anteriormente, no adopta una postura definitiva respecto de ninguno de los hechos allí descriptos. En la medida en que sea necesario establecer hechos específicos a fin de resolver las cuestiones legales relevantes para esta primera etapa del procedimiento, a saber, la fase de jurisdicción y admisibilidad, esto se hará, como ya se ha declarado¹¹, en los Capítulos respectivos de la presente Decisión.

¹⁰ Véase párr. 12 *supra*.

¹¹ Véase párr. 59 *supra*.

PETITORIOS

63. En los párrs. 90 y 91 de la Solicitud, los Demandantes afirman que

90. [...] solicitan un Laudo Arbitral:

- que declare que la Demandada ha incumplido sus obligaciones internacionales en virtud del TBI y del derecho internacional al no garantizar un trato justo y equitativo y protección y seguridad plenas a sus inversiones y al expropiar estas inversiones sin una indemnización rápida, suficiente e inmediata;

- que ordene a la Demandada reembolsar a cada Demandante el valor nominal total de los Bonos en su tenencia, más los intereses devengados hasta el vencimiento, más los intereses compuestos desde la fecha de vencimiento hasta la fecha de la Solicitud de Arbitraje, más todos los demás daños y perjuicios que se demostrará constituyen una consecuencia directa de las violaciones de la Demandada del derecho internacional;

- que ordene a la Demandada el pago de intereses compuestos sobre el monto total indicado *supra* desde la fecha de la presente Solicitud de Arbitraje hasta la fecha de pago efectivo. [...]

91. [...] [L]os Demandantes solicitan [además] que se ordene a la Demandada a reembolsarlos por todos las costas incurridos y a incurrirse con relación al presente arbitraje, incluidos los honorarios, con más los intereses compuestos a la tasa comercial corriente aplicable desde el pago de cada bono hasta la fecha de reembolso efectivo.

[Traducción del Tribunal]

64. A la luz de las objeciones preliminares de la Demandada, los Demandantes solicitaron en su Memorial de Contestación sobre Excepciones a la Jurisdicción y Admisibilidad “que el Tribunal Arbitral desestime todas las objeciones de la Demandada y se declare competente” (*C I § 426*).

65. En su Dúplica sobre Jurisdicción, los Demandantes solicitaron “que el Tribunal Arbitral desestime todas las objeciones de la Demandada y declare que el mismo tiene jurisdicción y que la presente acción es admisible” (*C II § 218*). También, los Demandantes solicitaron “que se ordene a la Demandada reembolsar a los Demandantes todos los costos y gastos de este arbitraje” (*C II § 219*; véase, de manera similar, *Tr pág. 538/12-18*).

66. Finalmente, en su Escrito Posterior a la Audiencia, los Demandantes “reitera[ron] su petición y solicita[ron] que el Tribunal declare que tiene jurisdicción sobre este caso rechazando todas las objeciones de la Demandada a la jurisdicción y admisibilidad. Solicita[ron] además que se ordene a la Demandada reembolsar a los Demandantes los honorarios y gastos de este arbitraje”. (C III § 183)

67. La Demandada, por su parte, solicitó en sus presentaciones que este Tribunal dicte un laudo (R I § 299; R II § 498; R III § 185; véase, asimismo, Tr págs. 459/14-460/22):

- a) Determinando que carece de competencia y que el CIADI carece de jurisdicción para tramitar acciones colectivas de esta naturaleza;
- b) En la alternativa, que determine que carece de competencia y el CIADI [R III: “y el CIADI”] carece de jurisdicción porque tanto la Argentina como los Demandantes no han provisto un consentimiento válido para este procedimiento [R III: “tanto la Argentina como los Demandantes no han provisto un consentimiento válido para estos procedimientos”], y, asimismo, que el abuso de derechos de los Demandantes en iniciar este procedimiento [R III: “en iniciar este procedimiento”] – en nombre de un tercero – invalida cualquier posible consentimiento que los Demandantes pudieran haber ofrecido [R III: “invalida cualquier posible consentimiento que los Demandantes pudieran haber ofrecido”];
- c) En la alternativa, determine que no hay violación *prima facie* del TBI Argentina-Italia;
- d) En subsidio, determine que carece de jurisdicción *ratione materiae*;
- e) En la alternativa, determine que carece de jurisdicción *ratione personae* o que los Demandantes carecen de legitimación [R III: “carecen de legitimación para incoar este procedimiento”];
- f) En subsidio, determine que los Demandantes no cumplieron los requerimientos previos necesarios para incoar [R II: “los requerimientos previos necesarios para iniciar”; R III: “los requerimientos previos necesarios para iniciar”] un reclamo bajo el TBI entre Argentina e Italia;

[en Tr pág. 478/15, se agregó la solicitud de “tener presente para resolver en el momento oportuno la incidencia procesal interpuesta de falta de personería” que la Demandada aclaró que quería decir que el Tribunal debería “tener en cuenta para resolver en el momento procesal adecuado las solicitudes procesales presentadas por

Argentina respecto de la falta de representación legal de las Demandantes en este caso”; véase *Tr* *pág.* 461/13];¹²

- g) Ordene a los Demandantes pagar a la Argentina todos los costos, gastos y honorarios [*R II*: “honorarios (con más sus intereses)”; *R III*: “honorarios (con más sus intereses)”]; y
- h) Otorgue cualquier otro remedio solicitado contra los Demandantes que el Tribunal considere apropiado [*R III*: “cualquier otro remedio solicitado por la Argentina en contra de los Demandantes y que el Tribunal considere apropiado”].

¹² La Demandada confirmó a pedido de un Miembro del Tribunal que el Petitorio, según fuera presentado al final de la Audiencia sobre Jurisdicción, era idéntico a aquel presentado en sus presentaciones escritas anteriores, complementado por la cuestión procesal planteada al comienzo del tercer día de la Audiencia (*Tr* *pág.* 461/13).

I. CONSENTIMIENTO DE LA DEMANDADA

A. Posiciones de las Partes

1. Argumentos de la Demandada

68. La Demandada afirma que la presente causa involucra un intento por parte de un gran número de Demandantes no vinculados entre sí que pretenden que sus reclamos contra el Estado sean resueltos conjuntamente en un arbitraje. Esta manera de proceder no tiene precedente en tanto los Estados parte del Convenio CIADI no accedieron a la competencia sobre acciones colectivas. Tanto el Convenio CIADI como el TBI Argentina-Italia están limitados a controversias de inversores individuales y ni siquiera hacen alusión a la posibilidad de presentar acciones colectivas, mucho menos a los procedimientos necesarios y apropiados para dichos procesos (*R I § 87*).

69. En la presentación de la Demandada, para dar cumplimiento a la carga de establecer la jurisdicción, los Demandantes deben demostrar tanto que el Convenio CIADI permite el arbitraje de reclamos colectivos o masivos, como que Argentina prestó su consentimiento para tal arbitraje en el Artículo 8 del TBI Argentina-Italia (*R I § 90*). En tanto los Demandantes reconocen que “el Convenio y las Reglas del CIADI y el TBI no prevén expresamente acciones incoadas por una pluralidad de demandantes” (*C I § 169*), la Demandada argumenta que el Tribunal debería rechazar el presente caso por carecer de competencia (*R II § 82*).

a) El Convenio CIADI no autoriza las acciones colectivas y Argentina tampoco prestó su consentimiento para tal procedimiento en el TBI Argentina-Italia

70. La Demandada argumenta que no existe disposición alguna en el Convenio ni en las Reglas del CIADI que otorgue a los Demandantes el derecho de presentar reclamos colectivos o masivos ante un tribunal del CIADI (*R I § 90*). En particular, el texto del Convenio CIADI, particularmente su art. 25(1), utiliza constantemente sustantivos en singular cuando define la jurisdicción del CIADI sobre los reclamos de los inversores (*R II § 105; R III § 10*). Más aún, los incisos 1 y 5 del art. 8 del TBI Argentina-Italia utilizan la expresión “un inversor” o “del inversor” en singular, limitando por lo tanto el

consentimiento de la Demandada al arbitraje de reclamos presentados por un único inversor (*R II §§ 111, 112; R III § 11*). Con respecto al contraargumento de los Demandantes que el inciso 3 del artículo 8 del TBI habla de “inversores”, la Demandada afirma que los incisos anteriormente mencionados son más relevantes que el inciso 3, en tanto el inciso 1 es el *chapeau* que constituye la base de la disposición en su conjunto y porque el inciso 5 contiene el consentimiento de la Demandada para someter la controversia a arbitraje (*Tr pág. 376/7*).

71. No puede interpretarse que la ausencia de una disposición expresa que establezca procesos colectivos autoriza implícitamente dichas acciones (*R I § 91; Tr pág. 71/2*), en cambio, lo contrario es cierto (*R II §§ 101, 106*). La interpretación propuesta por los Demandantes pone patas para arriba uno de los aspectos definitorios del derecho internacional, es decir que la jurisdicción internacional es voluntaria, a diferencia de la doméstica que es obligatoria, y por ende la primera debe ser aceptada expresamente (*R II § 102*). Por lo tanto, la Demandada discrepa rotundamente con la conclusión en la Decisión del caso *Abaclat* que para admitir un procedimiento de partes múltiples en el CIADI no es necesario requerir además del consentimiento al arbitraje del CIADI en general un consentimiento expreso suplementario (*R IV págs. 6-8*).
72. Además, los instrumentos internacionales y locales que permiten procesos de reclamos colectivos o masivos contienen disposiciones legales precisas que establecen si un determinado caso puede ser tratado en forma colectiva y establecen procedimientos específicos para manejar dichos casos (*R I §§ 88, 91*). En contraste, la ausencia absoluta de normas procesales para los procedimientos colectivos dentro del marco del Convenio CIADI proporciona una prueba más de que dicho procedimiento no recae dentro del alcance jurisdiccional del Convenio (*R II §§ 110, 114; R III § 9*).
73. En particular, en las jurisdicciones locales donde los reclamos colectivos o masivos están permitidos (como el mecanismo de acciones de clase en el sistema jurídico de los Estados Unidos y las reglas complementarias de arbitraje de la Asociación Americana de Arbitraje, pero también en el Reino Unido y en Italia), éstos generalmente están autorizados por disposiciones legales específicas que representan una política adoptada

por la jurisdicción para proporcionar ese medio de resolución de conflictos en circunstancias apropiadas. Estas disposiciones describen detalladamente los procedimientos establecidos por un órgano legislativo para garantizar una representación justa y el debido proceso a todos los participantes antes de permitir proceder sobre una base colectiva. En ningún caso es posible que un grupo de demandantes determine unilateralmente que sus propios reclamos particulares son necesariamente apropiados o aptos para ser tratados en forma conjunta (*R I §§ 92-97; R II §§ 114, 124-126*).

74. De modo similar, la Demandada sostiene que los centros para reclamos colectivos que han sido creados mediante documentos internacionales (por ejemplo, el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos y la Comisión de Compensación de las Naciones Unidas) prevén procedimientos especialmente diseñados para tratar este tipo de reclamos que reconocen su naturaleza única. En cada uno de los ejemplos de estos centros para reclamos colectivos, su creación ha implicado la preparación cuidadosa y detallada de normas y procedimientos que permitieran garantizar el tratamiento adecuado de los reclamos colectivos o múltiples (*R I §§ 98-100; R II § 116*).
75. El Convenio CIADI y el TBI Argentina-Italia no contemplan estos procedimientos, y este silencio constituye en sí una prueba contundente de la ausencia de intención de las partes de estos instrumentos de permitir dichos reclamos; de hecho, los procedimientos masivos o de clase eran altamente controvertidos, o absolutamente prohibidos, en el momento en que se adoptaron esos instrumentos (*R I §§ 91, 101-102; R II § 101, 108, 124; R III § 18; Tr págs. 71/2*). La Demandada critica al Tribunal de *Abaclat* por interpretar su base jurisdiccional más allá del “horizonte de previsibilidad”, es decir, extender la jurisdicción a lo que las partes no pudieran haber previsto al momento de otorgar el consentimiento (*R IV págs. 6, 8*). De esto la Demandada concluye que el aceptar la jurisdicción sobre la presente acción colectiva implicaría ignorar de modo manifiesto las limitaciones jurisdiccionales impuestas por el Convenio CIADI y el consentimiento de Argentina de someterse a arbitraje contenido en el art. 8 del TBI Argentina-Italia y que por lo tanto ningún tribunal del CIADI posee facultades para hacerlo (*R I § 103; R II § 100*).

76. Sin embargo, la Demandada está de acuerdo con que un proceso limitado de múltiples partes entre inversores relacionados entre sí puede ser posible si las partes consienten a él en el caso de cada proceso individual (*R II § 140*). No obstante, en ningún caso un tribunal arbitral creó o permitió un procedimiento *ad hoc* para demandas en masa sin alguna autorización previa en los documentos constitutivos relevantes o en las reglas institucionales de arbitraje (*R II §§ 118, 129; R III § 24*). Los procedimientos de múltiples partes citados por los Demandantes como mucho respaldan la proposición de que en algunas ocasiones, con el consentimiento de la parte demandada, los tribunales del CIADI han entendido en un único proceso en el que había un pequeño número de demandantes (generalmente dos o tres) que estaban íntimamente vinculados de algún modo concreto (*R II § 103*).
77. El presente reclamo es fundamentalmente diferente a los casos mencionados *supra*, en tanto en el caso que nos ocupa los Demandantes tienen intereses divergentes y sus reclamos por ende no son aptos para el tratamiento colectivo. En la opinión de la Demandada, esta controversia une a personas que no están relacionadas contractualmente (*R I § 104*). Involucra derechos sobre títulos respecto de 55 series distintas de bonos [estado al mes de marzo de 2010] con derechos aplicables, fechas de emisión, tipo de moneda y montos distintos, que fueron adquiridos en distintos lugares, a precios muy distintos y en distintas fechas, aún incluyendo a algunos Demandantes que los adquirieron con posterioridad al incumplimiento de pago por parte de Argentina. De manera similar, al menos algunos Demandantes han iniciado acciones contra los bancos que les vendieron los derechos sobre los títulos y han adoptado la posición de que los contratos de venta de sus derechos sobre títulos deberían rescindirse (*R I § 94; R II §§ 104, 135*). El hecho de que el vínculo entre los Demandantes sea la invocación del mismo TBI o un reclamo ordinario de compensación por daños no resulta suficiente para consolidar los reclamos de muchos Demandantes. De lo contrario, todos los reclamos ante el CIADI contra un mismo país invocando un mismo TBI podrían acumularse. Tampoco es suficiente sostener que la totalidad de las personas involucradas han sido supuestamente afectadas por la misma medida (*R III §§ 19, 21; Tr pág. 404/19*).

78. Además, la Demandada argumenta que en los casos CIADI que involucran a múltiples partes existía no sólo una fuerte conexión entre los demandantes, sino que el Estado demandado en la controversia no se oponía a dicha acumulación de acciones. En los casos contra Argentina sometidos a los tribunales CIADI, la Demandada decidió consentir a los procesos de múltiples partes sólo cuando había una fuerte conexión entre los demandantes (*R I § 105*). La Demandada pone énfasis en el hecho que no existe ningún caso en la historia del Convenio CIADI que haya sido iniciado por múltiples partes no relacionadas sin el consentimiento del Estado demandado. La falta de dicha jurisprudencia refleja la ausencia de toda disposición en el Convenio CIADI que permitiría remotamente dicho reclamo (*R I § 107*).
79. Siguiendo la afirmación de la Demandada, ningún caso CIADI involucró a más de 14 Demandantes, y por lo tanto tampoco se plantearon las cuestiones de manejo del caso y debido proceso presentes en el procedimiento que nos ocupa (*R I § 104; R II § 129*). En lo que concierne a la afirmación de los Demandantes de que la discusión respecto de los reclamos colectivos en la Opinión Disidente del Profesor Abi-Saab en el caso *Abaclat* es en gran medida abstracta porque en ese caso hay 60.000 demandantes mientras que en el presente caso hay sólo 64 (*C IV § 50*), la Demandada insiste en que las conclusiones a las que se llegaron en la Opinión Disidente son aplicables tanto a una acción colectiva que involucra a 60.000 Demandantes como a una que involucra a 120 o 64 (*R V pág. 5*).
80. Por último, en lo que se refiere a los argumentos de los Demandantes de que la jurisdicción debería existir porque es supuestamente el enfoque más eficiente, ventajoso y con reducción de costos para proceder y eliminaría el riesgo de decisiones incongruentes, desde el punto de vista de la Demandada, estos argumentos deberían fracasar como una cuestión de derecho. El CIADI es estrictamente una institución fundada en el consentimiento y la falta de consentimiento es una prohibición absoluta a la jurisdicción que no puede ser doblegada sobre consideraciones fundadas en la política (*R II § 142; Tr pág. 67/11*). Lo que los Demandantes no dicen es que, si existen obstáculos financieros y administrativos con el arbitraje del CIADI, tienen a su disposición mecanismos internos tal y como lo establece cada serie de bonos (*Tr pág. 59/5*).

b) El alegato de los Demandantes respecto de la naturaleza de la acción incoada no es convincente

81. La Demandada no está de acuerdo con el argumento de los Demandantes (*C I* §§ 156, 158) que la presente acción no constituye una acción de clase sino una en la que Demandantes individuales actúan personalmente para hacer efectivos sus propios derechos y no lo hacen en representación de terceros (*R II* § 83). La Demandada caracteriza la acción como una “acción de clase atípica” porque si fuera una acción de clase, no sería admitida ni siquiera en los Estados más liberales que aceptan las acciones de clase (*Tr pág.* 71/20).
82. En primer lugar, en la opinión de la Demandada, es obvio que los Demandantes no están actuando personalmente para hacer efectivos sus propios derechos sino que quien en los hechos está actuando en su nombre es la *North Atlantic Société d’Administration* (en adelante, “NASAM”). Esta representación de terceros no es una característica ordinaria o permisible de un litisconsorcio facultativo en sistemas jurídicos internos como el argentino o ante tribunales internacionales (*R II* § 84; *Tr pág.* 67/13).
83. En segundo lugar, el *Incarico (Contrato de Representación) a nombre de NASAM* (en adelante, “el Mandato NASAM”)¹³ se refiere dos veces a “*azione di gruppo*”. Sea que se traduzca esto como acción de “grupo”, “colectiva” o de “clase”, lo cierto es que no se trata de una acción individual. Este resultado es corroborado por el hecho de que la presentación de la acción estuvo condicionada a la capacidad de NASAM de conseguir un determinado número de adherentes para el grupo de Demandantes. Por lo tanto, el Mandato NASAM resulta ser un documento clave para confirmar la verdadera naturaleza de la presente acción, en oposición a los intentos de los Demandantes de clasificarla de otro modo (*R II* §§ 85, 86; *R III* § 3; *Tr págs.* 79/11, 75/15).
84. En tercer lugar, en tanto los Demandantes afirman que este procedimiento no constituye una acción de clase porque cada Demandante ha expresado su consentimiento

¹³ Véase nota 3 *supra*.

individualizado, la Demandada argumenta que los supuestos actos de consentimiento de los Demandantes carecen de validez (*R II § 89*), como se explica *infra*¹⁴.

85. En cuarto lugar, la acción colectiva de los Demandantes es en realidad una acción representativa o de clase en la cual NASAM inadmisiblemente se desempeña como el único representante de los Demandantes. Esto queda claro en razón del hecho de que NASAM “reclutó” a los Demandantes y encomendó al abogado Parodi emprender y llevar a cabo el arbitraje y que los Demandantes se han convertido en simples observadores pasivos en un proceso al que no pueden influenciar o modificar en tanto se les exige que dejen la gestión del proceso arbitral en manos de NASAM (*R II § 90; Tr pág. 76/10*).

c) Violación de principios fundamentales del debido proceso

86. La Demandada argumenta también que, en la ausencia de algo similar a los procedimientos de reclamos masivos o colectivos en el régimen de arbitraje del CIADI, el presente procedimiento viola principios fundamentales del debido proceso (*R I § 108; R II § 142*).
87. En primer lugar, decidir más de cien reclamos [estado al mes de marzo de 2010] sería inmanejable e injusto para la Demandada. Según se mencionara *supra*¹⁵, los derechos a títulos valores en cuestión se relacionan con 55 emisiones de bonos diferentes [estado al mes de marzo de 2010] en virtud de distintos instrumentos y sujetos a las distintas leyes que los regulan, y fueron adquiridos por los Demandantes en diferentes momentos y bajo distintas circunstancias. El Tribunal debería entonces revisar de manera individual todos estos casos a fin de determinar múltiples asuntos fácticos y jurídicos (por ejemplo, la nacionalidad y residencia de los Demandantes, la fecha de adquisición de los derechos a títulos valores, los precios de compra, las circunstancias y términos y condiciones de cada una de las 55 emisiones de bonos [estado al mes de marzo de 2010], incluyendo la existencia de las distintas cláusulas de derecho aplicable y del foro y cómo evolucionó el

¹⁴ Para la posición de la Demandada sobre la cuestión de Consentimiento de los Demandantes véanse párrs. 173 y ss. *infra*.

¹⁵ Véase párr. 77 *supra*.

valor de cada bono antes y después de las medidas refutadas). En particular, no existe ninguna manera sensata en que Argentina pudiera, dentro de un período de tiempo razonable, abordar todos estos temas respecto de las presentaciones por escrito de cada Demandante, menos aún en las repreguntas y presentaciones orales en el curso de una audiencia. La posibilidad de que Argentina analice y aborde el reclamo de cada Demandante de manera individual, es, sin embargo, una característica fundamental de sus derechos a la defensa en este caso (*R I § 109; R II §§ 147, 148; R III § 35*). Además, la Demandada argumenta que los hechos y circunstancias individualizadas con relación a cada tenedor de derechos sobre títulos de deuda no sólo son relevantes en la etapa de fondo, sino que también son relevantes para el umbral de determinación de si un Tribunal tiene o no jurisdicción (*R II §§ 149-152*).

88. En segundo lugar, los propietarios de derechos a títulos valores son personas que han asumido sus transacciones de manera unilateral. Por ende, no existe ningún vínculo entre los Demandantes y por lo tanto no presentan las características que comúnmente se requieren para permitir el tratamiento conjunto conforme a los regímenes de acciones colectivas. Incluso conforme a las disposiciones permisivas de acciones de clase del sistema jurídico de los Estados Unidos, el Tribunal de Distrito para el Distrito Sur de Nueva York rechazó una acción colectiva iniciada por tenedores de un conjunto disparatado de bonos emitidos por Argentina en tanto los reclamos involucrados eran “demasiado grandes, demasiado diversos, y definidos de manera demasiado vaga como para ser la base de una acción de clase manejable”. Por estas mismas razones, la acción colectiva propuesta en el presente caso sería imposible de manejar (*R I § 110*).
89. En tercer lugar, la Demandada critica que lo que está ausente en la acción colectiva propuesta por los Demandantes es un representante legal que pueda representar de manera adecuada y justa los intereses de los Demandantes individuales. Al evaluar una acción colectiva como esta, donde los intereses de los Demandantes individuales están representados por un único representante, al Tribunal le cabe la responsabilidad de – conforme a cualquier sistema que permita dicho tipo de acciones- el evaluar cuidadosamente al representante propuesto a fin de asegurar que el representante tenga el

incentivo y la capacidad de perseguir con vigor los intereses de cada uno y de la totalidad de los Demandantes (*R I § 112; R II § 155*).

90. En cuarto lugar, la Demandada señala que sus presentaciones meramente rozan la superficie de los problemas de justicia y manejo. Dada la ausencia de normas acerca de reclamos colectivos en el marco del Convenio CIADI y por ende, dada la falta de estándares jurídicos aplicables, es imposible discutir, menos aún decidir, si se han cumplido dichos estándares. Este reclamo colectivo simplemente ignora la falta de tales estándares y a lo sumo le solicita al Tribunal desarrollar un proceso *sui generis* que el Convenio y las Reglas del CIADI nunca contemplaron (*R I § 113*).
91. La Demandada afirma, asimismo, que la Regla 19 de las Reglas de Arbitraje, al establecer el principio de que el Tribunal controla y dirige el avance del proceso a través de órdenes procesales, no habilita al Tribunal a la creación de normas procesales para llevar adelante un reclamo colectivo o masivo. De igual manera, el art. 44 del Convenio CIADI permite el reemplazo de un pequeño elemento que falte pero no una serie o capítulos enteros de normas que cubran segmentos completos de procedimientos. En la opinión de la Demandada, las adaptaciones procesales contempladas por el Tribunal en el caso *Abaclat* van más allá de lo que se le permite a un tribunal dentro del marco del Convenio CIADI (*R IV págs. 10, 11*).

2. Argumentos de los Demandantes

92. Con respecto al argumento de la Demandada de que los Demandantes en el presente caso han incoado una “acción colectiva”, estos últimos afirman que el argumento de la Demandada se basa en una presunción triple: que los reclamos de los Demandantes son “reclamos masivos”, que no satisfacen los requerimientos para ser tratados como un arbitraje de múltiples partes por un tribunal del CIADI y que no pueden ser sustanciados por el tribunal sin violar principios fundamentales del debido proceso (*C I § 151*). Los Demandantes pretenden refutar cada uno de estos argumentos en sus presentaciones y señalan que el presente arbitraje dista mucho de ser “extraordinario” o “sin precedentes”, como sugiriera la Demandada (*C I § 153*).

a) La naturaleza de la acción incoada por los Demandantes

93. Los Demandantes critican a la Demandada por pretender presentar los reclamos que nos ocupan como un “reclamo masivo”, “reclamo colectivo”, “acciones colectivas” o incluso “acción de clase” (*C I § 155; C II § 51*). Como la misma Demandada admite, la característica principal de los procedimientos masivos o acciones de clase la constituye su naturaleza representativa. Sin embargo, esto no es cierto en esta controversia en la que Demandantes individuales actúan directa y personalmente para hacer efectivos sus propios derechos y no lo hacen en representación de tercero alguno (*C I §§ 157, 158; C III § 74; Tr pág. 221/21*). La acción incoada es entonces una acción iniciada por un número limitado de Demandantes bien identificados quienes son tenedores de títulos substancialmente idénticos y quienes reclaman en base a la misma ilegalidad (*C I §§ 160, 165; C II § 51; Tr pág. 18/21*). La invocación de la Opinión Disidente del Profesor Abi-Saab en el caso *Abaclat* no le puede servir de ayuda a la Demandada en esta controversia debido a la enorme diferencia entre los 60.000 demandantes en el caso *Abaclat* y los 64 Demandantes en el caso que nos ocupa (*C IV §§ 50, 51*).
94. Además, de acuerdo a los Demandantes, la Demandada también se equivoca al asimilar la presente acción a la maquinaria de resolución de conflictos globales (por ejemplo el Tribunal de Reclamos Irán-Estados Unidos o la Comisión de Compensación de las Naciones Unidas). Esos mecanismos tuvieron como objeto asegurar las consecuencias globales del comportamiento de un Estado como guerra, invasión, etc. y con relación a víctimas cuyo número e identidades no podían ser determinadas a priori. Los reclamos en este caso ostentan una naturaleza distinta, en tanto esta controversia trata sobre un conjunto de hechos y Demandantes muy específico (*C I §§ 163, 164; C III § 74*).
95. En la medida en que la Demandada argumenta que NASAM “reclutó” a los Demandantes para participar en una acción de clase, estos últimos se refieren a su caracterización del rol de NASAM en este procedimiento, según se describe en el próximo Capítulo de esta Decisión¹⁶. NASAM simplemente les suministró a los Demandantes un mecanismo para financiar su acción y actuó en nombre de los Demandantes al elegir la representación,

¹⁶ Véanse párrs. 202, 203 *infra*.

otorgándoles de esa manera una oportunidad concreta de defender sus derechos (*C I §§ 161, 162; C II §§ 54, 56*).

96. Además, los Demandantes refutan el argumento de la Demandada que el Mandato NASAM habla por sí mismo de una “acción de clase”. El término sólo aparece en la traducción del Mandato al idioma inglés presentada por la Demandada. En tanto el Mandato NASAM se refiere a “*azioni di gruppo*” (acciones de grupo), el término es evidentemente utilizado en un sentido no técnico. Por otra parte, la redacción del Mandato no establece de por sí la naturaleza del proceso y no puede afectar la verdadera naturaleza de la acción incoada ante el Tribunal (*C I § 162; C II § 53*).

b) Posibilidad de incoar arbitrajes de múltiples partes ante un tribunal del CIADI sin el consentimiento especial de las Partes

97. Aunque la Demandada afirma que las normas que rigen los arbitrajes CIADI no contemplan la posibilidad de los arbitrajes de partes múltiples y que por lo tanto estos no están permitidos, los Demandantes insisten que no hay nada en el Convenio ni en las Reglas del CIADI ni en el TBI Argentina-Italia ni tampoco en el conjunto fáctico de circunstancias del presente caso que implique un impedimento para que este Tribunal emita una decisión por los reclamos incoados (*C I § 168*). El silencio de los instrumentos jurídicos mencionados *supra* no es concluyente y no puede ser interpretado como una prohibición de los procedimientos con múltiples demandantes (*C III § 77*).
98. De acuerdo a los Demandantes, también es irrelevante si las partes contratantes contemplaron o no acciones que involucren a múltiples demandantes cuando celebraron el TBI Argentina-Italia, en tanto que las normas sobre interpretación de tratados conforme al art. 31 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* de fecha 23 de mayo de 1969 (en adelante, “CVDT”) exigen que los acuerdos sean interpretados no a la luz de la intención de las partes al momento de celebración del tratado, sino de acuerdo con el sentido ordinario de los términos del tratado en su contexto y a la luz del objeto y fin del tratado (*C II § 67*). Además, el hecho que la mayoría de las leyes procesales nacionales (incluidas las italianas y las argentinas) permita que más de un demandante inicie acciones conjuntas sugiere que el concepto no es tan ajeno como para

que la Demandada no pudiera haber concebido su aplicación (*C III §§ 84, 85; Tr pág. 227/20*). Además, los Demandantes argumentan que la admisibilidad de las acciones incoadas por múltiples demandantes ante tribunales internacionales constituye prácticamente un principio general (*C III § 83*).

99. En particular, los Demandantes insisten que el uso del singular en el art. 25(1) del Convenio CIADI no pretende excluir el inicio de procedimientos por parte de múltiples demandantes (*C I § 176; C III § 80*). De modo similar, el uso del término singular (“inversor”) en el art. 8(1) del TBI Argentina-Italia no constituye un argumento concluyente para la posición de la Demandada. En primer lugar, se interpreta que los términos utilizados en singular, incluyen el plural y a la inversa. La mayoría de las cláusulas sobre resolución de controversias de los TBIs utilizan el término “inversor” en singular, y esto no ha sido nunca una cuestión en un arbitraje CIADI. En segundo lugar, tanto el título del art. 8 como el inciso 3 del art. 8 del TBI Argentina-Italia utilizan el plural “inversores” (*C II § 69; Tr pág. 229/9*).
100. Además, la práctica del CIADI muestra muchos ejemplos de procedimientos con múltiples demandantes en los que estos últimos se encuentran vinculados por el mismo contexto fáctico, la misma reparación pretendida y el mismo fundamento jurídico (*C I § 170; C III § 80*). Según la cuenta efectuada por los Demandantes, ha habido más de 120 casos de inversión con múltiples partes, incluyendo el CIADI y TLCAN (*C IV § 60*). Además, los Demandantes señalan que la afirmación de la Demandada de que ningún caso del CIADI involucró a más de catorce demandantes no es correcta (*C I § 194*) y que la Opinión Disidente del Profesor Abi-Saab en el caso *Abaclat* fue víctima del mismo error (*C IV § 60*).
101. En la medida en que la Demandada argumenta que el presente caso es diferente de otros arbitrajes de pluralidad de partes en tanto es incoado por partes “no relacionadas contractualmente”, los Demandantes afirman que no existe ningún catálogo predeterminado de tipos de casos que pueden constituir el objeto de un arbitraje interpuesto por una pluralidad de demandantes (*C I §§ 171, 172*). En su opinión, el único requisito para el inicio de procedimientos ante el CIADI, incluidos aquellos con

multiplicidad de demandantes, es que todos ellos deben haber otorgado su consentimiento por escrito (*C I § 173*).

102. Si se admitiera que debería existir un vínculo razonable y significativo entre los reclamos de demandantes individuales y que no podría ser posible emitir una decisión sobre reclamos totalmente desvinculados en un mismo arbitraje, en los argumentos de los Demandantes, estos criterios se cumplirían ciertamente en la presente controversia (*C I § 177*). Todos los reclamos pertinentes surgen y se encuentran relacionados con un esquema fáctico y jurídico substancialmente idéntico. Las diferencias entre las posiciones de los Demandantes (es decir, el hecho de que son tenedores de bonos emitidos bajo circunstancias, derecho aplicable, moneda y tasa de interés diferentes) son totalmente irrelevantes al objeto de los reclamos. La identidad de la ilegalidad materia del reclamo, del fundamento jurídico y del remedio pretendido es más que suficiente para establecer un vínculo entre los reclamos, que justifica que sean sustanciados en el mismo procedimiento como lo ilustra el caso *Funnekotter y otros c. Zimbabwe*¹⁷. Por lo tanto, la falta de un vínculo contractual directo entre los Demandantes no puede constituir un obstáculo para que se emita una decisión respecto de sus reclamos en el mismo procedimiento (*C I §§ 178, 179; C III §§ 75, 76; Tr págs. 227/2, 491/2*).
103. A diferencia de la errónea suposición de la Demandada, no se requiere que esta otorgue un consentimiento específico para que una pluralidad de reclamos se sometan en el marco de un único arbitraje (*C I § 174; C III § 81*). En la medida en que la Demandada argumenta que en los casos incoados contra Argentina que fueron citados por los Demandantes Argentina había prestado consentimiento para que se incoaran reclamos múltiples en el mismo arbitraje, los Demandantes aducen que en los casos pertinentes el consentimiento derivaba simplemente del ofrecimiento contenido en el TBI. El tribunal respectivo del CIADI ni siquiera analizó la admisibilidad de una acción de múltiples partes. En cualquier caso, el hecho que Argentina no objetara la admisibilidad de dichas acciones no invalida la cuestión (*C I § 184; C IV § 59*). Sin embargo, la Demandada tiene razón al señalar que se necesita el consentimiento para la consolidación de los casos, es

¹⁷ *Bernardus Henricus Funnekotter y otros c. Zimbabwe*, Caso CIADI N° ARB/05/6, Laudo, 22 de abril de 2009.

decir, la unión de dos o más procedimientos, pero esta es una constelación muy distinta a aquella en esta controversia (*C I § 186; C II § 71*).

104. Con referencia al caso *Abaclat*, los Demandantes argumentan que la decisión de la mayoría fue correcta al concluir que el consentimiento respecto de los reclamos múltiples se encuentra claramente implícito por la aceptación de la jurisdicción con relación a los bonos. Debido a que los bonos, por definición, son instrumentos masivos, sería contrario al sentido común contar con la protección del CIADI respecto de ellos sólo si cada bonista actúa de manera individual (*C IV § 53*).
105. En la medida en que la Demandada señala la supuesta falta de consentimiento de los Demandantes a incoar sus procedimientos en un arbitraje único, se afirma que cada Demandante sabía que su reclamo sería sustanciado conjuntamente con el de otros bonistas. La referencia de la Demandada al derecho italiano es inapropiada, como se explica en el Capítulo siguiente de la presente Decisión¹⁸, debido a que el derecho italiano no rige estos procedimientos (*C II § 75; C III § 85; Tr págs. 227/12 492/9*). Conforme a los Demandantes, referirse al derecho italiano o argentino que permiten el inicio de acciones en forma conjunta por parte de más de un demandante respecto de procedimientos que versan sobre circunstancias fácticas o jurídicas similares indica meramente que la posibilidad de incoar acciones múltiples constituye un principio generalmente aceptado, en particular por las dos partes del TBI correspondiente (*C III §§ 83-85; Tr pág. 492/11*).

c) Ausencia de riesgo para el debido proceso al admitir los arbitrajes de múltiples partes

106. Los Demandantes critican, asimismo, a la Demandada por afirmar que los arbitrajes de múltiples partes no pueden ser manejados de manera adecuada y efectiva debido a la ausencia de normas y procedimientos específicos para tratarlos y que por lo tanto se haría peligrar el debido proceso al adjudicarse jurisdicción con respecto a dichos arbitrajes. En la opinión de los Demandantes, este razonamiento erróneo se origina esencialmente en el intento fallido de la Demandada de asimilar un caso como el presente a una acción de

¹⁸ Véase párr. 194 *infra*.

clase (*C I § 189*). Lo mismo es cierto para la analogía inapropiada respecto de las soluciones de diferencias internacionales (*C I § 191*). A diferencia de esos mecanismos, en el presente caso cada uno de los Demandantes se encuentra identificado de manera clara y adecuada ante el Tribunal, y los números involucrados son una fracción muy pequeña comparada con aquellos en los casos de acciones de clase que generalmente ascienden a miles o decenas de miles de personas (*C I § 190*).

107. Con respecto a las afirmaciones de la Demandada en lo que se refiere a la manejabilidad del caso, los Demandantes argumentan que la Demandada deliberadamente exagera la complejidad del caso. El número de Demandantes no constituye una preocupación particular, en especial ahora que el número de Demandantes se ha reducido significativamente (*C III § 88; Tr pág. 230/16*). El catálogo de cuestiones que la Demandada coloca sobre la mesa no es particularmente impresionante. Las diferencias entre los bonos en tenencia de los Demandantes son irrelevantes para la presente controversia. Por lo tanto, la cantidad total de cuestiones, documentos, informes periciales, testigos y otros elementos que el Tribunal tendrá que considerar no será mayor al volumen de elementos que numerosos tribunales arbitrales internacionales deben tratar cotidianamente (*C I §§ 192, 193; C II § 77; C IV § 56*).
108. En la opinión de los Demandantes, la Demandada no puede justificar de qué manera su derecho al debido proceso podría estar en riesgo en el presente caso. Referirse a la dificultad de escuchar a todos los Demandantes como testigos es inútil en ese sentido porque es difícil ver por qué razón la Demandada podría querer, de buena fe, recibir la declaración de todos y cada uno de los Demandantes. La gran mayoría de las cuestiones pertinentes puede ser fácilmente evacuada mediante documentos (*C I § 196*).
109. Además, los Demandantes sostienen que el presente Tribunal debe determinar su jurisdicción en base a los requisitos establecidos en el art. 25(1) del Convenio CIADI y en el TBI Argentina-Italia. La disponibilidad de normas de procedimiento adecuadas no se encuentra incluida entre las condiciones que permiten a un tribunal del CIADI rechazar una acción en razón de la jurisdicción o admisibilidad. Una vez que se establecen la jurisdicción y la admisibilidad, el Tribunal y las Partes serán quienes

deberán acordar el procedimiento más adecuado para resolver las cuestiones que nos ocupan (*C I § 199*). Es manifiestamente falso declarar que las adaptaciones del procedimiento para sustanciar situaciones sin precedente sólo pueden realizarse a través de modificaciones a las Reglas del CIADI (*C II § 76*), ya que el art. 44 del Convenio CIADI faculta al Tribunal a adoptar las debidas decisiones relativas al manejo del procedimiento (*C III § 88; Tr pág. 230/16*).

110. Por último, en un nivel más práctico, los Demandantes afirman que su decisión de incoar un único procedimiento en vez de arbitrajes independientes para cada uno de ellos, es incuestionablemente el curso de acción más eficiente y ventajoso ya que evita innumerables procedimientos paralelos, reduce enormemente los costos y elimina el riesgo de decisiones incongruentes. Esto es también en el propio interés de la Demandada ya que si los Demandantes hubieran presentado solicitudes de arbitraje independientes en cada caso, su defensa habría sido mucho más complicada y costosa. En este escenario, Argentina seguramente habría procedido a solicitar la consolidación de los reclamos (*C I §§ 200, 201; C III § 89; Tr pág. 231/17*).

B. Conclusiones del Tribunal

1. La naturaleza del reclamo presentado ante el Tribunal

111. La Demandada argumenta que ni el Convenio CIADI ni el TBI Argentina-Italia prevé un fundamento jurídico para la presentación de este tipo de reclamos incoados ante el Tribunal por los Demandantes y que la Demandada, en cualquier caso, nunca prestó su consentimiento para que estos reclamos se incoaran ante un tribunal del CIADI.
112. La tarea del Tribunal de adoptar una decisión respecto de esta objeción jurisdiccional se complica por el hecho que las Partes han utilizado términos diferentes, y se han fundado en varios conceptos, en pos de caracterizar el reclamo incoado por los Demandantes en este procedimiento: acciones colectivas, reclamos masivos, acción de clase, procedimientos de múltiples partes o conjuntos, etc. Asimismo el Tribunal del caso *Abaclat* ha concluido que “no existe una terminología uniforme en lo que respecta a los diversos tipos de procedimientos que involucran un gran número de partes, y que varias

jurisdicciones, tribunales y autores hacen referencia a términos y significados diferentes¹⁹” [Traducción del Tribunal].

113. El Tribunal debe, por motivos de claridad del razonamiento ulterior, identificar en primer término qué tipo de reclamo se le ha presentado en la presente controversia. En efecto, cuando se presentó la Solicitud el día 23 de junio de 2008, el reclamo en cuestión fue incoado ante el Tribunal por 119 Demandantes. A raíz de la Oferta de Intercambio del año 2010²⁰, este número se redujo a 90 Demandantes²¹. En ese sentido y sin utilizar estos términos en ningún sentido técnico o por analogía con cualquier tipo de procedimientos en el derecho local o internacional que lleven el mismo nombre, el Tribunal debe tratar con *múltiples* demandantes o con un procedimiento de *múltiples partes*.

a) La presente acción no constituye una “acción de clase” y no debería hacerse referencia a ella como un “procedimiento masivo”

114. Al mismo tiempo, el Tribunal no considera que se pueda hacer referencia de manera adecuada a la acción ante sí como: 1) una “acción de clase” o 2) “reclamo(s) masivo(s)” / “procedimiento(s) masivo(s)”.

(1) La cuestión de la “acción de clase”

115. En lo que se refiere al primer término, las acciones de clase constituyen un instrumento procesal previsto en los distintos derechos locales como en el derecho de los Estados Unidos. No existe indicación alguna, y ambas Partes coinciden en este aspecto, de que existiría un mecanismo procesal comparable con el sistema de acción de clase de los Estados Unidos dentro del marco del Convenio CIADI. Además, las Partes están de acuerdo en que la característica principal de una acción de clase radica en su naturaleza representativa (*C I § 157; R I § 112*). Como ha señalado de manera útil la Decisión *Abaclat* en ese sentido,

¹⁹ Decisión *Abaclat*, párr. 480.

²⁰ Véase en mayor detalle la nota 156 *infra*.

²¹ Véanse párrs. 334 y ss. *infra*.

[a]lgunas jurisdicciones, para abordar los perjuicios colectivos crean mecanismos que permiten iniciar reclamaciones para obtener un resarcimiento por vía de representación. Aunque las formas de resarcimiento por vía de representación varían ampliamente, tienen en común el hecho de que un gran número de reclamaciones se entablan como una única acción. Para agrupar estas reclamaciones se utilizan diversos mecanismos, que se pueden clasificar de acuerdo con la manera en que enfocan tres cuestiones diferentes: i) la naturaleza de la reclamación, respecto de la cual el resarcimiento por vía de representación puede adoptar la forma de una disposición puramente procesal que está disponible independientemente del tipo de derecho sustantivo en cuestión o puede estar circunscripto a ciertos campos del derecho (por ejemplo, la legislación sobre defensa del consumidor, la ley antimonopolio, etc.); ii) la naturaleza del representante, que puede ser una persona física privada designada en representación de un extenso grupo de terceros no designados o una entidad intermediaria aprobada en representación de todas las personas físicas que sufrieron el perjuicio; iii) la naturaleza del resarcimiento, que puede adoptar la forma de daños y perjuicios individuales o de resarcimiento por vía de representación (por ejemplo, desagravio con carácter declaratorio o por mandato judicial)²² [Traducción del Tribunal].

116. Por el contrario, en el presente caso cada uno de los Demandantes firmó un Poder individual²³. El objeto del procedimiento son los reclamos de los Demandantes y solamente ellos. En virtud del art. 53(1) del Convenio CIADI, las decisiones a ser adoptadas por este Tribunal son obligatorias para los Demandantes, y sólo para ellos. Los Demandantes son particulares identificados claramente y actúan por propio derecho y no en representación de un tercero, particularmente no de NASAM²⁴. Por lo tanto, el procedimiento actual carece de algún carácter representativo. En consecuencia, ya que no existe ningún mecanismo de acción de clase en ningún sentido técnico de la palabra en virtud del Convenio CIADI ni tampoco fue la intención de los Demandantes incoar ante el Tribunal tal acción de clase, inequívocamente el Tribunal no se encuentra ante la presencia de una acción de clase ni nada cercano a ello.

117. Esta fue también la conclusión del Tribunal en el caso *Abaclat*:

La manera en que se inició el presente arbitraje permite inferir que este procedimiento es un proceso agregado en el que cada Demandante tiene

²² Decisión *Abaclat*, párr. 483.

²³ Véase párr. 230 *infra*.

²⁴ Véanse en mayor detalle párrs. 273 y ss. *infra*.

conocimiento del arbitraje del CIADI y prestó su consentimiento a él. Así pues, el presente procedimiento no se puede comparar con las acciones de clase de los Estados Unidos, en cuyo marco un representante inicia un procedimiento en nombre de una clase integrada por un número indeterminado de demandantes no identificados. En el presente arbitraje se conocen el número de demandantes y también su identidad²⁵ [Traducción del Tribunal].

118. La Demandada tiene razón al señalar que los Demandantes, al emplear dos veces el término “azioni di gruppo” en el Mandato NASAM²⁶, han contribuido a crear cierta confusión respecto de esta cuestión. No obstante, el Mandato NASAM es un contrato celebrado entre NASAM y los Demandantes y por lo tanto no tiene ninguna relación directa con la presente controversia²⁷. Además, incluso en el supuesto de que el Mandato NASAM debiera ser considerado relevante en términos jurídicos en el sentido de una necesidad de interpretar la Solicitud a la luz del Mandato, sin que la Solicitud haga referencia a él de manera alguna, esto no podría ser dispositivo de la naturaleza objetiva del reclamo incoado ante el presente Tribunal. Debería observarse que la Demandada encuadra su objeción en términos de falta de su consentimiento a la resolución de este tipo de reclamos. Sin embargo, esto constituye un cuestionamiento a la jurisdicción del CIADI y la competencia del presente Tribunal para entender en el caso que nos ocupa que debe ser respondido en base al carácter objetivo del reclamo objeto de la controversia entre las Partes y no al modo en que estas lo denominan en sus presentaciones, y mucho menos en un documento que no guarda ninguna relación directa con este procedimiento ni tiene relevancia alguna para éste.

(2) La cuestión del “reclamo masivo”

119. En segundo lugar, en lo que se refiere a la caracterización del reclamo en la presente controversia como “reclamo(s) masivo(s)” o “procedimiento(s) masivo(s)”, el Tribunal considera que este no es un término técnico. No puede definirse de manera precisa en qué

²⁵ Decisión *Abaclat*, párr. 486.

²⁶ Véanse *R II* §§ 85, 86 y *Tr* pág. 73/12, con referencia al párr. N del preámbulo y el párr. 13 del Mandato NASAM (Anexo RA 108); véase, asimismo, la traducción al idioma español (Anexo RA 306) del párr. N del preámbulo del Mandato NASAM (haciendo referencia a los suscriptores “[q]ue me/nos detallaron que las acciones que pretenden interponer son acciones grupales”) así como el párr. 13 del Mandato NASAM (“[...] de los participantes de la acción grupal que emprenderán [...]).

²⁷ Véase párr. 226 *infra*.

punto una multitud de demandantes se convierten en una “masa” de demandantes. En principio, el Tribunal no tendría objeciones para referirse al número inicial de 119 Demandantes del presente caso, en términos de lenguaje cotidiano, como una “masa”, comparado con dos o cinco demandantes en otras controversias. Sin embargo, advertiría sobre el hecho de sacar conclusiones específicas en razón del uso de este término.

120. En particular, el Tribunal desearía señalar que el concepto de “reclamo masivo” fue comúnmente utilizado en el contexto del procedimiento de *Abaclat* con sus 180.000 demandantes iniciales y sus aún 60.000 demandantes²⁸. Aunque el Tribunal no adopta ninguna posición respecto de la cuestión de la terminología adecuada a utilizar en ese caso, pondría énfasis en que la dimensión de Demandantes en el caso que este Tribunal debe decidir no puede compararse de ninguna manera con la del caso *Abaclat*, constituyendo meramente una milésima parte de este último. En especial en tanto la utilización del término “reclamo masivo” o “procedimiento masivo” podría llevar la connotación de que el mero número de demandantes en sí mismo requiere modificaciones o adaptaciones de los ordenamientos procesales en aras de garantizar la manejabilidad y justicia del caso, el Tribunal insiste enérgicamente en que como tal no ve surgir ninguna de estas implicancias del número inicial de 119 Demandantes y el actual de 90. Es contra este antecedente de ambigüedad lingüística y eventuales confusiones y malos entendidos que surgen de él que el Tribunal desaconsejaría el uso del concepto de “reclamos masivos” y “procedimientos masivos” con relación a la presente controversia y por consiguiente en el futuro se abstendrá de utilizar estos términos.

b) El carácter de la presente acción como procedimiento de “múltiples partes”

121. Las Partes se han referido también al presente procedimiento como “acción colectiva” o “reclamo conjunto”. Como estos nuevamente no constituyen términos técnicos con un sentido fijo, al menos no en el marco del Convenio CIADI, el Tribunal carece de opiniones fundadas en principios en contra de su utilización. Sólo agregaría dos salvedades en este sentido: En primer lugar, debería entenderse en todo momento que el

²⁸ Véase Decisión *Abaclat*, párrs. 1, 90, 640.

utilizar estos términos no debería llevar a introducir, por la “puerta de atrás”, como si lo fueran, elementos característicos de las “acciones de clase” o “reclamos masivos” a la noción de procedimientos colectivos o conjuntos. Esto arriesgaría frustrar o al menos menoscabar los esfuerzos por alcanzar la claridad terminológica en los que se involucrara el Tribunal en el apartado anterior. En segundo lugar, y con una intención similar, estos términos no deberían ser adoptados como base para importar aspectos al marco del CIADI que están asociados a los conceptos derivados de los litigios en los tribunales de justicia y el régimen arbitral de los derechos locales (en particular el derecho argentino o italiano) u otras áreas del derecho internacional, que pueden llevar el mismo nombre pero que bien pueden tener un sentido técnico distinto del marco jurídico establecido por el Convenio CIADI, o incluso incompatible con éste.

122. Con estas salvedades en mente, el Tribunal pasará ahora a la esencia de la diferencia entre las Partes en esta sección, es decir la cuestión de si un reclamo que involucra a multiplicidad de Demandantes como el incoado ante este Tribunal puede encontrar su fundamento jurídico en el Convenio CIADI y el TBI Argentina-Italia y si puede considerarse que se encuentra cubierto por el consentimiento de la Demandada a la jurisdicción del CIADI y si, por ende, se encuentra dentro de la competencia de este Tribunal. Por razones de claridad y en pos de evitar cualquier confusión en esta área que es altamente proclive al “enmarañamiento terminológico”, en su razonamiento ulterior el Tribunal adherirá a la clasificación del presente procedimiento como una “acción de múltiples partes” o “procedimiento de múltiples partes”.

c) El presente reclamo no es el resultado de una acumulación de procedimientos

123. Luego de arribar a la conclusión de que la presente controversia constituye un procedimiento de múltiples partes, tiene lugar otra aclaración conceptual: un procedimiento de múltiples partes puede ser el resultado de la presentación inicial de un determinado número de arbitrajes individuales independientes que posteriormente se consolidan y se unen unos con otros. No puede haber ninguna duda de que esta unificación o consolidación de procedimientos *ex post* está sujeta al consentimiento

específico de las Partes²⁹. En este sentido uno podría referirse al caso *Wintershall*, que se relacionó con el agregado *ex post* (a saber, sustitución³⁰) de una demandante (es decir, Wintershall Holding AG) al procedimiento, lo que en efecto requería el consentimiento de la Demandada³¹.

124. Sin embargo, el presente caso no constituye una consolidación de procedimientos, sino la presentación inicial de un reclamo por parte de una pluralidad de Demandantes en un único procedimiento CIADI. Esto parece ser reconocido por la propia Demandada cuando afirma con relación al caso *Abaclat* –que es análogo en este sentido a la presente controversia– que en ese caso “los reclamos no fueron iniciados en forma separada y luego acumulados, sino que se presentaron ya agrupados, y tampoco podrán ser tratados como reclamos individuales” (*R IV* pág. 4).
125. En consecuencia, el análisis subsiguiente no aborda la cuestión de qué tipo de consentimiento se requiere para una ulterior unificación o consolidación de procedimientos, sino si, dentro del marco del Convenio CIADI, la presentación original de un reclamo de múltiples partes exige un acto de consentimiento por parte de la Demandada más allá del requisito jurisdiccional general de consentimiento por escrito de conformidad con el art. 25(1) del Convenio.

²⁹ Véase *G. Kaufmann-Kohler et al.*, Consolidation of Proceedings in Investment Arbitration: How Can Multiple Proceedings Arising from the Same or Related Situations be Handled Efficiently? Informe Final sobre el Coloquio de Ginebra celebrado el 22 de abril de 2006, 21 ICSID Review-Foreign Investment Law Journal 59 (2006) (Anexo AL RA 7). Para estar seguro, el Informe Final observó expresamente que “el Convenio CIADI y las Reglas de Arbitraje del CIADI guardan silencio con respecto a la consolidación. Ante la falta de una disposición expresa, es insostenible argumentar que la institución o el tribunal arbitral están facultados para consolidar arbitrajes independientes” (*ibídem*, pág. 91). Sin embargo, también debería tenerse en cuenta que el Informe Final se basó en una interpretación de la consolidación como “la unificación de dos o más procedimientos que tramitan por ante distintos tribunales” y que “no abarca los arbitrajes de múltiples partes y contratos múltiples” (*ibídem*, págs. 80, 81) [Traducción del Tribunal].

³⁰ Véase *Wintershall AG c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/04/14, Laudo, 8 de diciembre de 2008, párr. 31: “Al mismo tiempo, la Demandante, mediante carta del 18 de mayo de 2007, dio a conocer al Centro una “escisión” consistente en una reestructuración societaria de todos los activos y pasivos de la Demandante, incluida la cesión de todos los derechos y obligaciones de la Demandante contra la República Argentina [...] a una nueva entidad jurídica, solicitándosele al Tribunal el reconocimiento de esta nueva entidad la cual continuaría promoviendo, como Demandante, la reclamación ante el CIADI presentada por la Demandante original”. Véanse, asimismo, *ibídem*, párrs. 45 y ss.

³¹ *Ibidem*, párrs. 59 y 60.

2. El consentimiento a los procedimientos de múltiples partes dentro del marco del Convenio CIADI y el TBI Argentina-Italia

126. Existe total consenso entre las Partes en cuanto que ni el Convenio ni las Reglas del CIADI ni tampoco el TBI Argentina-Italia incluyen disposición alguna que abordaría específicamente la cuestión, en particular la legalidad *vel non*, de los procedimientos de múltiples partes en un arbitraje CIADI como el que actualmente se encuentra ante el Tribunal. No obstante, las Partes disienten en cuanto a qué conclusiones deberían extraerse de este silencio en los documentos pertinentes.
127. El Tribunal recuerda en este contexto que el Tribunal en el caso *Abaclat* se vio confrontado con diferencias de opiniones similares:

Cabe recordar que la Demandada alega que el arbitraje en forma de procedimiento colectivo no está contemplado por el CIADI, [y] que ese silencio es un “silencio calificado” que se debería interpretar en el sentido de que el arbitraje colectivo no es posible [...] en virtud del marco actual del CIADI [...].

Es indiscutible que el marco del CIADI no contiene referencias al procedimiento colectivo como forma posible de arbitraje. El principal interrogante en este punto es cómo se debe interpretar ese silencio. En particular, el Tribunal debe determinar si ese silencio es un “silencio calificado”, en el sentido de que se trata de una omisión intencional cuya finalidad es no permitir algo que no está estipulado, o si es una “laguna” que no fue intencional y que el Tribunal puede subsanar. [...] ³² [Traducción del Tribunal].

128. Las presentaciones de las Partes en el caso *Abaclat* marcan los dos extremos del espectro de interpretaciones posibles del silencio del Convenio respecto de los procedimientos de múltiples partes, y en la presente controversia las Partes también han organizado sus argumentos en este sentido. En tanto que los Demandantes aducen que el silencio de los instrumentos jurídicos pertinentes no es concluyente y no puede ser interpretado como una prohibición de los procedimientos con múltiples demandantes (*C III § 77*), la Demandada afirma que no puede interpretarse que la ausencia de una disposición expresa que establezca procesos colectivos, autoriza implícitamente estas acciones, sino que la ausencia de un consentimiento claro y expreso a los procesos colectivos lleva a la conclusión contraria (*R I § 91; R II §§ 101, 106*).

³² Decisión *Abaclat*, párrs. 516, 517.

a) Existencia del consentimiento de las Partes a los procesos de múltiples partes

129. A fin de decidir estas cuestiones, y las Partes nuevamente coinciden en este aspecto, el Tribunal debe fundarse en las normas generales de interpretación de los tratados según su codificación en los arts. 31 y 32 de la CVDT. Conforme al art. 31(1) de la Convención de Viena, “[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”.
130. En primer lugar, el Tribunal considera que, al nivel de interpretación de acuerdo al sentido corriente de los términos pertinentes, la redacción del art. 25 del Convenio CIADI es susceptible de dar cabida a ambas interpretaciones. Si bien es cierto que la disposición habla de “un nacional de [un] Estado Contratante” en singular, nada obligaría al Tribunal a concluir que esta redacción no podría abarcar también a una pluralidad de individuos. El argumento de que la utilización del singular para el término “nacional” en el art. 25 del Convenio CIADI prohibiría el arbitraje de múltiples partes fue planteado en el caso *Klöckner y otros c. Camerún* pero no fue adoptado por el Tribunal que decidió sobre ese caso y aparentemente el Gobierno demandado desistió de él³³.
131. Además, el mismo resultado se desprende de un análisis del art. 8 del TBI Argentina-Italia. Esta disposición se refiere de manera indistinta a “un inversor” (incisos 1 y 5) e “inversores” (título e inciso 3). El Tribunal no puede seguir el argumento de la Demandada de que los incisos 1 y 5 del art. 8 son de algún modo más “relevantes” que el inciso 3 o el título de esta disposición (*Tr pág. 376/7*), al menos no a los fines de llegar a la conclusión de que la redacción del art. 8 del TBI *restringiría* el consentimiento de la Demandada a someter a arbitraje los reclamos incoados por un único inversor. En la opinión del Tribunal, esto en cambio pone de relieve la conclusión contraria de que el sentido corriente del término “nacional” en el art. 25(1) del Convenio CIADI, observado conjuntamente con el art. 8 del TBI Italia-Argentina, bien puede incluir la situación de

³³ Véase C. Schreuer, *The ICSID Convention. A Commentary*, 2nd ed., Cambridge 2011, art. 25, párr. 279 (en adelante, “Schreuer, ICSID Convention Commentary”), con referencia a G.R. Delaume, *ICSID Arbitration*, in: J. Lew (ed.), *Contemporary Problems in International Arbitration* (1987), 23, 36, 37.

una pluralidad de inversores que presentan ante el Centro una controversia de naturaleza jurídica.

132. En segundo lugar, el Tribunal observa que, aunque los *travaux préparatoires* sólo pueden proporcionar medios complementarios de interpretación en el sentido del art. 32 de la CVDT, se desarrollaron algunos debates al momento de celebrar el Convenio CIADI en lo que concierne a los procedimientos de múltiples partes³⁴. No obstante, estos debates no fueron concluyentes en lo que concierne a la intención de aceptar o rechazar los arbitrajes de múltiples partes³⁵. Esto podría, no obstante, debilitar la afirmación de la Demandada de que el aceptar los arbitrajes de múltiples partes extendería la base jurisdiccional “más allá del ‘horizonte de previsibilidad’ de los autores del Convenio CIADI”, es decir a lo que las Partes pudieron haber previsto al momento en que se concluyó el tratado o se otorgó el consentimiento³⁶.
133. En tercer lugar, y en relación con el aspecto anterior, los Demandantes tienen razón al señalar que los derechos locales tanto de Argentina como de Italia estaban familiarizados con los procedimientos de múltiples partes al momento en que estos países prestaron su consentimiento al Convenio CIADI y al TBI Argentina-Italia³⁷. Esto queda también confirmado por la declaración del Profesor Kielmanovich, el experto en derecho procesal argentino designado por la Demandada. De acuerdo al experto Kielmanovich, el art. 88 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina de 1981 permite el *litisconsorcio facultativo* “cuando los diferentes reclamos [...] están relacionados unos

³⁴ Por ejemplo, durante la redacción del Convenio, el experto británico mencionó que bien podría haber más de sólo dos partes en una controversia y que suponía que esto estaba implícito en el borrador preliminar (véase *Schreuer*, ICSID Convention Commentary, art. 25, párr. 277, refiriéndose a los Documentos Concernientes al Origen y el Enunciado del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (1968), Vol. II, 400, 413.

³⁵ La Opinión Disidente del Profesor Abi-Saab en el caso *Abaclat*, en el párr. 175, se refiere de manera afirmativa a la aseveración de la opinión mayoritaria de que durante la redacción del Convenio CIADI, se dejó abierta la cuestión de los arbitrajes de múltiples partes. Agrega que “[s]e debatió durante la última revisión de las Reglas, pero otra vez no se abordó expresamente en las Reglas revisadas de 2006” [Traducción del Tribunal].

³⁶ *R IV págs. 6, 8*, respaldando el párr. 165 de la Opinión Disidente del Profesor Abi-Saab en el caso *Abaclat* y refiriéndose de manera crítica al párr. 519 de la Decisión *Abaclat*.

³⁷ Véanse las referencias al art. 88 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación sobre “litisconsorcio facultativo” y el art. 103 del Código Procesal Civil Italiano sobre “litisconsorzio facoltativo”. Ambas Partes parecen estar de acuerdo en este aspecto; véanse *Tr págs. 225/15; 382/6*.

con otros en razón de su causa, objeto o ambos, es decir, cuando los reclamos se basan en la misma relación jurídica o el mismo hecho³⁸”. Esta referencia no pretende establecer la posibilidad de entablar procedimientos de múltiples partes como un principio general del derecho en el sentido del art. 38.1.c del *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*. El Tribunal observaría en ese sentido que ni siquiera las afirmaciones de los Demandantes realizan una declaración tan trascendental cuando manifiestan que constituye “prácticamente” un principio general que múltiples demandantes puedan incoar sus acciones ante cortes y tribunales internacionales (*C III § 83*).

134. De manera similar, la referencia al derecho argentino e italiano no sugiere que la presente diferencia esté regida por alguno de estos dos derechos locales. El Tribunal explicará en forma más detallada *infra* que las cuestiones de jurisdicción no se desprenden del art. 42 sino del art. 25 del Convenio CIADI y por ende se hayan regidas exclusivamente por el derecho internacional³⁹. El Tribunal observa, sin embargo, que la admisión de los procedimientos de múltiples partes en el sentido mencionado *supra* no es una sorpresa para la Demandada, sino que está acostumbrada por su propia legislación y tradición jurídica a que la institución de procedimientos de múltiples partes sea perfectamente posible en determinadas circunstancias. Cabe mencionar en este sentido que cuando la Demandada (*R IV pág. 8*) se refiere a la afirmación de la Decisión *Abaclat* de que “cuando se celebró el Convenio CIADI, los procedimientos colectivos eran casi inexistentes⁴⁰”, la referencia es evidentemente a procedimientos colectivos del tipo acción de clase o reclamo masivo⁴¹. La referencia no es a procedimientos convencionales de pluralidad de partes en el sentido de reclamos incoados por una pluralidad de

³⁸ Opinión del Profesor Jorge Kielmanovich, 26 de febrero de 2010, párr. 12. El texto original del art. 88 del Código de 1981 reza de la siguiente manera: “Litiskoncorcio facultativo. Podrán varias partes demandar o ser demandadas en un mismo proceso cuando las acciones sean conexas por el título, o por el objeto, o por ambos elementos a la vez.” (En la traducción al idioma inglés: “Discretionary Joinder. One lawsuit may involve several plaintiffs or several defendants when the actions in question have the same cause, purpose, or both.”) Cabe observar que el Profesor Kielmanovich aborda esta cuestión bajo el título “La acumulación subjetiva en el derecho argentino” (en la traducción al idioma inglés: “Joinder of Parties under Argentine Law”). El término “acumulación” en este caso tiene un sentido más amplio que aquel en el que fuera utilizado anteriormente; véase párr. 123 *supra*.

³⁹ Véanse párrs. 233 y ss. *infra*.

⁴⁰ Decisión *Abaclat*, párr. 519; véase, asimismo, Opinión Disidente del Profesor Abi-Saab en el caso *Abaclat*, párr. 165.

⁴¹ En lo que se refiere a estos conceptos véanse párrs. 114 y ss. *supra*.

demandantes, que es el caso que nos ocupa y lo que constituía un fenómeno omnipresente cuando se adoptó el Convenio CIADI.

135. En cuarto lugar, en la historia del CIADI, existen numerosos ejemplos de casos que involucran varios o inclusive una pluralidad de demandantes⁴². Los Demandantes afirman que ha habido más de 120 casos de inversión con múltiples partes, incluyendo el CIADI y el TLCAN (*C IV § 60*). Sea que este número es correcto o no, una mirada al listado de casos del CIADI⁴³ revela que 38 de los 398 casos informados incluyen la frase “y otros” en la parte del demandante, es decir, son casos de múltiples partes⁴⁴. Este simple hecho ya pone de manifiesto que el arbitraje de múltiples partes es un rasgo común en el arbitraje del CIADI. Con respecto a los números, estos casos involucran a un número diverso de demandantes que va de 3 a 14⁴⁵ o 137 demandantes⁴⁶, respectivamente. Para estar seguro, el Tribunal de *Abaclat* afirmó que “[s]i bien en el pasado se ha dado el caso de que una pluralidad de demandantes iniciaran procedimientos de arbitraje del CIADI, este parece ser el primer caso en toda la historia del CIADI en el que se promovieran ante él esas ‘reclamaciones masivas’⁴⁷” [Traducción del Tribunal]. Sin embargo, esta observación es cierta para ese caso particular con sus 180.000 demandantes iniciales y sus aún 60.000 demandantes actuales⁴⁸, pero no lo es para el presente caso, el cual, con sus escasas docenas de Demandantes, parece mantenerse dentro de la escala general de casos anteriores del CIADI y otros procedimientos arbitrales.

⁴² Véase *Schreuer Commentary*, Art. 25, párr. 278.

⁴³ Al 21 de agosto de 2012
(<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ListCases>).

⁴⁴ La frase “y otros” señala la existencia de tres o más demandantes, ya que de otro modo el nombre incluye el nombre de los dos demandantes, sin el agregado de “y otros”.

⁴⁵ Tanto la Demandada (*R I § 104; R II § 129*) como la Opinión Disidente del Profesor Abi-Saab en el caso *Abaclat*, párr. 171 curiosamente se refieren a *Bernardus Henricus Funnekotter y otros c. Zimbabwe*, Caso CIADI N°ARB/05/6, Laudo, 22 de abril de 2009, con sus 14 demandantes como el caso con la mayor cantidad de demandantes hasta el presente en la historia del CIADI.

⁴⁶ Véase *Alasdair Ross Anderson y otros c. Costa Rica*, Caso CIADI N° ARB(AF)/07/3, Laudo, 19 de mayo de 2010.

⁴⁷ Decisión *Abaclat*, párr. 295.

⁴⁸ Véase nota 28 *supra*.

136. En quinto lugar, la práctica de tener más de una parte del lado del inversor fue también aceptada por una serie de tribunales CIADI. Como se mencionara anteriormente⁴⁹, en el caso *Klöckner y otros c. Camerún*, el Gobierno demandado inicialmente argumentó que el uso del singular para el término “nacional” en el art. 25 del Convenio CIADI prohibía los arbitrajes de pluralidad de partes. Sin embargo, esta afirmación no fue adoptada por el Tribunal y posteriormente fue aparentemente desestimada por el Gobierno demandado⁵⁰. Por otra parte, en *Goetz y otros c. Burundi*, seis accionistas belgas de una compañía burundesa incoaron procedimientos en forma conjunta, y el Tribunal que entendió el caso no vio ningún problema en el hecho de que hubiera un grupo de demandantes presentando conjuntamente el reclamo⁵¹.
137. En el supuesto de que se argumentara que estos casos sólo involucraron a un número reducido de demandantes, como lo hace la Demandada (*R II § 137*), debe reconocerse que mientras tanto los tribunales arbitrales han tratado con números ampliamente mayores de demandantes, por ejemplo, con 46 demandantes en el caso *Bayview y otros c. México*⁵², con 137 demandantes en el caso *Alasdair Ross Anderson y otros c. Costa Rica*⁵³ y con 109 demandantes en el caso de *Cattlemen*⁵⁴. En lo que se refiere a este último, aunque este caso no fue sometido a arbitraje en virtud del Convenio CIADI, sino que fue un caso del TLCAN conducido en virtud del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, debería señalarse que las disposiciones pertinentes del Tratado de Libre Comercio de América del Norte son muy similares a aquellas correspondientes a la presente controversia⁵⁵.

⁴⁹ Véase párr. 130 *supra*.

⁵⁰ Véase nota 33 *supra*. La Opinión Disidente del Profesor Abi-Saab en el caso *Abaclat*, párr. 175, n. 40 curiosamente se basa en este aspecto en respaldo de la proposición de que “en el arbitraje de múltiples partes, se respetó consistentemente la regla del ‘consentimiento secundario’”. [Traducción del Tribunal]

⁵¹ *Antoine Goetz y otros c. Burundi*, Caso CIADI N° ARB/95/3, Laudo, 10 de febrero de 1999, párr. 89; véase, asimismo, *Schreuer*, ICSID Convention Commentary, Art. 25, párr. 280 en este sentido.

⁵² *Bayview Irrigation District y otros c. México*, Caso CIADI N° ARB(AF)/05/1, Laudo, 19 de junio de 2007.

⁵³ *Caso Alasdair Ross Anderson y otros c. Costa Rica*, Caso CIADI N° ARB(AF)/07/3, Laudo, 19 de mayo de 2010.

⁵⁴ TLCAN/CNUDMI, *Canadian Cattlemen for Fair Trade c. Estados Unidos*, Laudo sobre Jurisdicción, 28 de enero de 2008.

⁵⁵ Véase en particular el art. 1116(1) del *Tratado de Libre Comercio de América del Norte*: “El inversionista de una Parte podrá someter a arbitraje una demanda en el sentido de que otra Parte ha violado una obligación [...]”.

138. Sin embargo, debe reconocérsele a la Demandada que en la totalidad de los casos mencionados *supra* los tribunales ante los que se sustanciaron dichos casos finalmente se declararon incompetentes –aunque nunca con relación al hecho de que varios o incluso muchos demandantes hubieran incoado los procedimientos, ya que este aspecto no fue una cuestión en ninguna de estas diferencias. El silencio tanto de los Gobiernos demandados como de los tribunales que entendieron en todos estos casos en cuanto a la presencia de una multitud de inversores del lado de la demandante puede interpretarse como un reconocimiento indirecto de que este no constituyó un obstáculo para que los casos prosiguieran (*C I § 183*). Sin embargo, también se puede entender como una manifestación del principio de que, cuando un tribunal admite una de las objeciones planteadas y determina que es incompetente, no hay necesidad de que el tribunal amplíe el resto de las (posibles) objeciones. En consecuencia, el hecho de que el resto de las objeciones no sean abordadas no indica que el tribunal tuvo la intención de rechazarlas de manera implícita (*R II § 138*). Contra este precedente, este Tribunal aconsejaría ser cuidadoso respecto del intento de llegar a conclusiones definitivas originadas en las decisiones mencionadas *supra* sea en uno u otro sentido.
139. En el caso *Funnekotter y otros c. Zimbabwe*⁵⁶, sin embargo, había catorce inversores holandeses, y el tribunal confirmó su jurisdicción sin observar ningún problema en cuanto a la multitud de demandantes involucrados en este caso. El argumento de que no hubo objeción alguna por parte del Estado demandado en este aspecto (*R II § 136*) es inútil para la Demandada. De hecho, luego de haber, en un principio, objetado la jurisdicción del Tribunal debido a la falta de pruebas de la nacionalidad holandesa de los demandantes, el Estado demandado posteriormente declaró que no objetaba la jurisdicción del Centro⁵⁷. Sin embargo, habiendo tomado nota del “actual acuerdo entre las partes” sobre la jurisdicción, el Tribunal de todos modos lo consideró importante, “[a] la luz de la importancia de la jurisdicción como cimiento para las decisiones arbitrales y la capacidad especial acordada a los tribunales arbitrales para determinar su competencia

⁵⁶ *Bernardus Henricus Funnekotter y otros c. Zimbabwe*, Caso CIADI N° ARB/05/6, Laudo, 22 de abril de 2009.

⁵⁷ Véase *ibídem*, párr. 93.

[...] a fin de abordar [...] la cuestión de jurisdicción⁵⁸”[traducción del Tribunal]. Fue sólo después y sobre la base de esta evaluación *proprio motu* de la jurisdicción del Tribunal que el Tribunal concluyó que se cumplían todos los requisitos previos para la jurisdicción en virtud del Convenio CIADI⁵⁹. Aunque el Tribunal de *Funnekotter* abordó una serie de cuestiones jurisdiccionales de oficio, de ningún modo el Tribunal planteó la cuestión de que el caso hubiese sido incoado por una multitud de demandantes como un posible obstáculo o cuestionamiento a su jurisdicción. Si el Tribunal en el caso *Funnekotter* hubiese albergado alguna duda respecto de un procedimiento de múltiples partes que exigiera el consentimiento específico del Gobierno demandado, ciertamente habría aceptado la cuestión *sua sponte* y se habría garantizado de manera activa que era competente para entender en el caso en cuestión.

140. Asimismo, los Demandantes señalan correctamente que, en el marco del caso *LG&E y Otros c. República Argentina* con sus tres demandantes, el tribunal arbitral se limitó a reconocer que el “Estado receptor [a saber, la Argentina] [...] ya ha otorgado su consentimiento”⁶⁰ al suscribir el TBI, sin examinar particularmente si Argentina había otorgado específica o posteriormente su consentimiento para un arbitraje con múltiples partes (*C IV § 59*).
141. De este modo, a partir de la revisión de la jurisprudencia pertinente, el Tribunal concluye que, hasta el momento, ni los Gobiernos demandados (con excepción del caso *Klöckner y Otros c. Camerún* mencionado *supra*, y aún allí sólo en forma temporaria) ni los tribunales arbitrales se han mostrado en desacuerdo con el mero hecho de que una pluralidad de demandantes presenten un reclamo de arbitraje en forma conjunta, ni han exigido o sugerido que el consentimiento específico de parte del Gobierno demandado sería necesario a fin de salvaguardar la competencia para resolver el caso en cuestión. En los casos que involucraban una pluralidad de demandantes en los que los tribunales arbitrales afirmaron gozar de competencia, los tribunales no plantearon dudas

⁵⁸ *Ibidem*, párr. 94.

⁵⁹ Véanse *ibidem*, párrs. 94, 95.

⁶⁰ *LG&E Energy Corp. y otros c. Argentina*, Caso CIADI N° ARB/02/1, Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción, 30 de abril de 2004, párr. 73.

jurisdiccionales en cuanto a la existencia de una multitud de demandantes en los procedimientos. La Demandada no logró señalar un único caso, además del que nos ocupa y sus “casos pares”⁶¹, en los que el Gobierno demandado, y mucho menos el tribunal encargado de decidir, habría considerado el mero hecho de que varios demandantes iniciaran un procedimiento de arbitraje de manera conjunta un obstáculo para la competencia, excepto que el Gobierno demandado prestara su consentimiento específico para hacerlo. En este sentido, según el presente Tribunal, resulta evidente que el arbitraje de múltiples partes constituye una práctica generalmente aceptada en el arbitraje CIADI, y en la práctica arbitral que lo excede, y que, por lo tanto, la iniciación de procedimientos de múltiples partes no requiere consentimiento alguno de parte del Gobierno demandado independientemente de los requisitos generales de consentimiento al arbitraje.

142. En sexto lugar, esta opinión también es corroborada por la doctrina pertinente. Ambas Partes han hecho referencia al Comentario del Profesor Schreuer acerca del Convenio CIADI en este contexto, pero han invocado distintas ediciones de aquél en sustento de sus posiciones respectivas. La Demandada (*R II § 133*) citó la primera edición a efectos de afirmar que los reclamos de múltiples partes en el marco de un arbitraje CIADI deberían “surgir de una operación de inversión” y que son “la consecuencia de compañías que entablan un reclamo conjuntamente con sus sociedades controlantes o contraladas” o de “la cesión, en parte, de los derechos del inversor a un inversor adicional”⁶² [Traducción del Tribunal]. Por el contrario, los Demandantes (*C III § 78*) citan la segunda edición del Comentario: “El Convenio habla de ‘un nacional de otro Estado contratante’ en singular. No obstante, sería erróneo concluir que sólo una parte puede ser admitida en un procedimiento del CIADI del lado del inversor”⁶³.

⁶¹ Con respecto a los casos *Abaclat y Alemanni*, véanse párrs. 8 y 9 *supra*.

⁶² *C. Schreuer Commentary*, The ICSID Convention: A Commentary, 1st ed., Cambridge 2001, Art. 25, párr. 172 (en adelante, “*Schreuer*, ICSID Convention Commentary, 1st ed.”).

⁶³ *Schreuer, Schreuer*, ICSID Convention Commentary, 1st ed., art. 25, párr. 277.

143. El Tribunal señala que estas dos mismas oraciones ya estaban incluidas en la primera edición del Comentario⁶⁴. En el mismo sentido, el Comentario establece en ambas ediciones que la jurisprudencia “demuestra que es perfectamente posible tener más de una parte del lado del inversor en el marco de un procedimiento”⁶⁵ [Traducción del Tribunal]. Así, en cuanto a la posibilidad de tener un procedimiento de múltiples partes como tal, no existe ambigüedad alguna en la doctrina citada por las Partes y no puede inferirse ningún requisito de consentimiento específico de parte de la Demandada a partir de aquella. Distinta es la cuestión que consiste en determinar si los procedimientos de múltiples partes en el ámbito de un arbitraje CIADI presuponen una relación o un vínculo determinados entre los futuros co-demandantes. Esta cuestión se abordará a continuación⁶⁶.
144. En séptimo lugar, teniendo en cuenta la naturaleza del reclamo efectuado en el presente procedimiento en particular, el Tribunal coincide con el Tribunal del caso *Abaclat* en que “cuando el TBI cubre inversiones que son susceptibles de involucrar a un elevado número de inversores, y cuando tales inversiones requieren un resarcimiento colectivo a fin de brindar protección eficaz a esa inversión”⁶⁷ [Traducción del Tribunal] –que es lo que sucede con los bonos, como se explicará en mayor detalle *infra*⁶⁸–, y esto sugiere que los autores del TBI, por el simple acto de incluirlos en la lista de inversiones protegidas, estaban previendo un gran número de posibles demandantes. El Tribunal no puede advertir la razón por la cual en constelaciones que comprenden instrumentos en masa, tales como bonos, varios demandantes que se encuentran en una situación análoga no deberían poder presentar sus reclamos conjuntamente ante un único tribunal arbitral. De este modo, los procedimientos de múltiples partes parecen ser un curso de acción especialmente típicos cuando la naturaleza colectiva de los procedimientos deriva de la naturaleza de la inversión realizada.

⁶⁴ Schreuer, Schreuer, ICSID Convention Commentary, 1st ed., art. 25, párr. 170.

⁶⁵ *Ibidem.*, art. 25, párr. 172, Schreuer, ICSID Convention Commentary, 1st ed., art. 25, párr. 279.

⁶⁶ Véanse párrs. 152 y ss. *infra*.

⁶⁷ Decisión *Abaclat*, párr. 518; véase, asimismo, *ibídem*, párr. 490 al igual que C IV § 53.

⁶⁸ Véase art. 1(1) del TBI Argentina-Italia al igual que el Capítulo IV *infra*, en particular, párrs. 488 y ss.

145. Por último, el Tribunal está al tanto de que las Partes han presentado una serie de argumentos respecto de lo que sería el mejor curso de acción para el Tribunal en términos de las consideraciones de eficiencia y las metas de política que subyacen al Convenio CIADI y al TBI Argentina-Italia. Como era de esperar, las opiniones expresadas por las Partes en este aspecto son contrarias y a menudo diametralmente opuestas. En este aspecto, el Tribunal desea resaltar su convicción de que la respuesta a la pregunta pertinente –a saber, si, en el marco del Convenio CIADI, la presentación original de reclamos de múltiples partes requiere un acto de consentimiento específico o adicional de parte de la Demandada independientemente del requisito de consentimiento general de conformidad con el artículo 25(1) del Convenio– debe darse en función del derecho existente y por aplicación de las reglas de interpretación de los tratados, tal como se ejemplifica a continuación.
146. Conforme a la opinión del Tribunal, este esfuerzo interpretativo señala claramente en una dirección. Nada ha surgido del análisis legal precedente en favor de la interpretación del “silencio” del Convenio CIADI como impedimento para la iniciación de procedimientos de múltiples partes. Por el contrario, los arbitrajes de múltiples partes no sólo no se encuentran excluidos por las disposiciones pertinentes del derecho del CIADI, sino que son perfectamente compatibles con ellas. El análisis de la práctica pertinente de los tribunales no ha sugerido ningún otro resultado. En vista de este resultado inequívoco, el Tribunal no encuentra beneficio alguno en embarcarse en un razonamiento de eficiencia o política de ningún tipo, sino que concluye que el Convenio CIADI, el TBI Argentina-Italia y demás normas aplicables en el contexto de la presente disputa no se oponen al hecho de que una pluralidad de demandantes presente un reclamo ante el Centro en forma conjunta. En particular, estas disposiciones no requieren consentimiento específico o adicional alguno de parte de la Demandada independientemente del consentimiento por escrito en virtud del artículo 25(1) del Convenio CIADI.

b) Alcance del consentimiento de las Partes a procedimientos de múltiples partes

147. Luego de haber concluido que los procedimientos de múltiples partes se encuentran en armonía con el marco del CIADI, la pregunta sigue siendo si esto es aplicable a todos los

procedimientos de múltiples partes o si se limita al consentimiento que las Partes contratantes han prestado en este aspecto.

(1) La cuestión de un número máximo de Demandantes

148. Una cuestión planteada por la Demandada en este aspecto es la de un posible número máximo de demandantes en el contexto de un procedimiento de múltiples partes. Los Demandantes han citado al Profesor Schreuer a fin de sustentar la proposición de que dicho límite no existe: “Una vez aceptado el principio del arbitraje de múltiples partes, no debería surgir cuestión alguna en virtud del número de co-demandantes exclusivamente”⁶⁹ [Traducción del Tribunal]. Cualquiera sea el mérito de esta afirmación, que fue realizada con expresa referencia al caso *Abaclat*, el Tribunal ya ha destacado que la presente controversia difiere mucho de la del caso *Abaclat* en términos de la cantidad de Demandantes involucrados⁷⁰.
149. Asimismo, el Tribunal ha hecho referencia a una serie de arbitrajes, dentro y fuera del ámbito del CIADI, que involucraban un número similar o aún mayor de demandantes⁷¹ que en el caso que nos ocupa, y en ninguno de estos ni los tribunales encargados de decidir ni las demandadas respectivas han manifestado su desacuerdo con el hecho de que varios demandantes o varias decenas de ellos hayan iniciado procedimientos arbitrales. En particular, al presente Tribunal no le convence el argumento de la Demandada en virtud del cual el número de 14 demandantes del caso *Funnekotter y Otros c. Zimbabwe* es “muy diferente” (*R II § 136*) del número del presente caso. La Solicitud fue presentada por 119 Demandantes individuales y, en el ínterin, 29 han desistido del procedimiento de modo tal que el número actual de Demandantes asciende a 90⁷².
150. Por lo tanto, el Tribunal no puede advertir el modo en el que la presente controversia en comparación con el caso *Funnekotter* podría considerarse no sólo un *plus* sino también un *aliud*. Como la Decisión *Abaclat* señaló en forma convincente, resulta difícil concebir

⁶⁹ Schreuer, ICSID Convention Commentary, 1st ed., art. 25, párr. 281.

⁷⁰ Véase párr. 120 *supra*.

⁷¹ Véanse párrs. 135 y ss. *supra*.

⁷² Véanse párrs. 333 y ss. *infra*.

cómo y por qué un tribunal CIADI podría “perder” su competencia cuando el número de demandantes supera un umbral determinado⁷³. Si, en virtud del Convenio CIADI, es posible tener procedimientos de múltiples partes con tres, cinco o diez demandantes, es difícil aceptar la proposición según la cual existe una limitación determinada respecto del número de demandantes que no puede superarse sin que se elimine o se pierda la competencia.

151. El único argumento que debe plantearse en el presente contexto que, a los ojos del Tribunal, goza de mérito y, de este modo, merece algo de atención es el de la capacidad de manejar los procedimientos y el respeto por el debido proceso frente a las Partes – si bien, como se verá a continuación, la Demandada no tiene nada que ganar a partir de dicho argumento dadas las circunstancias del caso que nos ocupa. El Tribunal retomará esta cuestión en breve⁷⁴.

(2) La cuestión de la necesidad de un vínculo entre los reclamos en disputa

152. Asimismo, la Demandada alega que, aun si se admitieran los procedimientos de múltiples partes, estos siempre deberían relacionarse con demandantes que estuvieran “íntimamente vinculados de algún modo concreto” (*R II § 103*). Sin embargo, a los ojos de la Demandada, la presente controversia reúne personas no relacionadas contractualmente (*R I § 104*). En este sentido, según la Demandada, no es suficiente para consolidar varios demandantes en un mismo reclamo el hecho de que el punto de contacto sea la invocación de un mismo TBI. De lo contrario, todos los reclamos ante el CIADI contra un mismo país invocando un mismo TBI podrían acumularse (*R III §§ 19, 21; Tr pág. 386/10*). Si bien los Demandantes insisten en que el único requisito para el inicio de procedimientos CIADI, incluso de aquéllos con una multiplicidad de demandantes, es que todos ellos deben haber otorgado su consentimiento por escrito (*C I § 173*), parecen preparados para admitir, en cierta medida, que “debería existir un vínculo razonable y significativo” entre los reclamos de las personas que pretenden incoar una acción de

⁷³ Decisión *Abaclat*, párr. 490(1).

⁷⁴ Véanse párrs. 164 y ss. *infra*.

múltiples partes y que, por lo tanto, “no sería posible emitir una decisión sobre reclamos totalmente desvinculados, en un mismo arbitraje” (*C I § 177*). Asimismo, durante la Audiencia sobre Jurisdicción, los Demandantes declararon que “[e]stá claro que debe haber un vínculo razonable en cuanto a que lo que se reclama[]” (*Tr pág. 491/2*).

153. En efecto, el Tribunal tendría sus dudas acerca de si una pluralidad de personas podían entablar reclamos totalmente desvinculados en el marco de un único e idéntico procedimiento arbitral. Cabe destacar que la mayoría de los sistemas jurídicos locales que prevén los procedimientos de múltiples partes requieren que exista un vínculo determinado entre los reclamos a fin de poder acumularlos en un único reclamo. Sin embargo, el Tribunal se cuidaría de importar criterios de derecho interno en este aspecto y recordaría, una vez más, que la decisión sobre jurisdicción en el marco del CIADI es una cuestión que debe resolverse en virtud del derecho internacional⁷⁵. En ese contexto, los Demandantes resaltan correctamente que cualesquiera sean los prerequisites que el art. 88 del Código Procesal Civil y Comercial de Argentina pudiera establecer a efectos de la iniciación lícita de una acción de múltiples partes en virtud del derecho interno argentino, esto carece de relevancia para la respuesta que debe darse a la cuestión aquí planteada⁷⁶.
154. Cualquiera que sea el estándar mínimo que podría ser aplicable en virtud del art. 25 del Convenio CIADI respecto del vínculo necesario entre los reclamos en el marco de un procedimiento de múltiples partes, y a la cuestión que consiste en determinar si tal requisito existe efectivamente, puede dejarse abierto por el presente Tribunal . En particular, no considera necesario ni útil desarrollar la cuestión en abstracto, ya sea que se requiera que los reclamos sean “homogéneos” o ya sea que sea suficiente que sean “suficientemente similares”, etc., ni intentar diseñar un umbral o estándar general en ese aspecto.

⁷⁵ Véase párr. 134 *supra* al igual que, en más detalle, párrs. 233 y ss. *infra*.

⁷⁶ *C III § 85; Tr págs. 227/12, 491/14*, que hace referencia a la Opinión del Profesor Jorge Kielmanovich, 26 de febrero de 2010 en este aspecto; véase también nota 38 *supra*.

155. En aras de abordar las cuestiones en juego, en primer lugar, el Tribunal afirmaría que no puede advertir que, en virtud del Convenio CIADI, exista un requisito según el cual los demandantes en el marco de un procedimiento de múltiples partes deben estar necesariamente relacionados por un vínculo contractual entre sí, ni que pudiera inferirse de aquél. La Demandada recurre a la primera edición del Comentario del Profesor Schreuer acerca del Convenio CIADI en sustento de su alegato en virtud del cual los arbitrajes de múltiples partes sólo pueden ser iniciados en forma válida por inversores íntimamente relacionados, tales como los accionistas de una misma compañía o compañías conjuntamente con sus sociedades controlantes o controladas (*R I § 105; R II § 133*)⁷⁷. El Tribunal toma nota del argumento de los Demandantes según el cual esta cita ya no aparece en la segunda edición del Comentario (*C I § 172*). No obstante, no arribará a ninguna conclusión en particular a partir de este hecho, ni en el sentido de identificarlo como un cambio de opinión y, así, como un “obvio reconocimiento de que las circunstancias que justifican la interposición de una pluralidad de reclamos dentro de un mismo y único procedimiento pueden variar en gran medida” (*C I § 172*) ni en el sentido de asociarlo con la supuesta contratación del Profesor Schreuer por los demandantes en el caso *Abaclat*, como sugiere la Demandada (*R II § 134; Tr pág. 379/3*).
156. En su lugar, el Tribunal considera que, independientemente de esto, no hay indicios de que el Convenio CIADI y las Reglas de Arbitraje o el TBI Argentina-Italia den lugar a un requisito específico en ese aspecto o de que la práctica arbitral pertinente haya encontrado un obstáculo en la iniciación de procedimientos de múltiples partes por demandantes no relacionados contractualmente con reclamos similares. Si bien en el caso *Bayview y otros c. México*⁷⁸, 46 demandantes desvinculados iniciaron un procedimiento CIADI y sólo tenían en común el hecho de que todos alegaban haberse visto perjudicados por los mismos actos supuestamente ilícitos del Estado demandado, el presente Tribunal prefiere no invocar este caso, puesto que el Tribunal declaró que carecía de competencia.

⁷⁷ Véase *Schreuer*, ICSID Convention Commentary, 1st ed., art. 25, párr. 172: “Cada uno de los [] casos [mencionados] [de arbitrajes de múltiples partes] surgió de una operación de inversión”. Hubo casos en los que la naturaleza de múltiples partes era “la consecuencia de compañías que entablan un reclamo conjuntamente con sus sociedades controlantes o controladas” o de “la cesión, en parte, de los derechos del inversor a un inversor adicional” [Traducción del Tribunal].

⁷⁸ *Bayview Irrigation District y otros c. México*, Caso CIADI N° ARB(AF)/05/1, Laudo, 19 de junio de 2007.

Ya se señaló que las conclusiones a las que deben arribarse a partir de dicha jurisprudencia no tienen más que un valor limitado a efectos de la discusión que tiene lugar en el marco del presente caso⁷⁹.

157. Sin embargo, en el caso *Goetz y otros c. Burundi*, seis personas físicas de nacionalidad belga que eran accionistas de una compañía de Burundi habían entablado un reclamo conjunto y el Tribunal CIADI había ratificado su competencia⁸⁰. Aunque el presente Tribunal coincide con la Demandada (*R II § 137*) en que, en dicho caso, Burundi no sólo no opuso excepciones a la jurisdicción, sino que tampoco contestó el memorial de demanda y, por lo tanto, el arbitraje tramitó en rebeldía de conformidad con lo dispuesto en la Regla de Arbitraje 42(3)⁸¹, el Tribunal considera que no puede coincidir con la Demandada en cuanto a las conclusiones que deben extraerse de esa situación. El Tribunal del caso *Goetz* estaba muy al tanto que debía asegurarse de si gozaba de competencia respecto de la disputa en cuestión, aún más en casos de rebeldía en los que el Estado demandado no se encuentra presente para defender sus derechos. De este modo, el Tribunal del caso *Goetz* hizo expresa referencia⁸² a la Regla de Arbitraje 42(4), también parte de la Regla 42 sobre “Rebeldía”, según la cual “[e]l Tribunal examinará la jurisdicción del Centro y su propia competencia en la diferencia y, si queda convencido en ambos respectos, decidirá si las peticiones que se le han formulado están bien fundadas en los hechos y en derecho” (énfasis agregado)[Traducción del Tribunal]. En este sentido, si el Tribunal hubiera tenido dudas acerca de la ausencia de un vínculo suficiente entre los demandantes como obstáculo para su competencia, habría tenido que manifestarlas. Sin embargo, nada de eso ocurrió, y el Tribunal confirmó que tenía competencia *ratione materiae* y *ratione personae* para resolver el caso⁸³.

⁷⁹ Véase párr. 138 *supra*.

⁸⁰ *Antoine Goetz y otros c. Burundi*, Caso CIADI N° ARB/95/3, Laudo, 10 de febrero de 1999, párr. 89.

⁸¹ *Ibidem*, párr. 44.

⁸² *Ibidem*, párr. 79.

⁸³ *Ibidem*, párr. 85.

158. Este resultado es corroborado por el caso *Funnekotter y otros c. Zimbabwe*⁸⁴ que fue iniciado por catorce nacionales holandeses que tenían inversiones directas o indirectas en diferentes establecimientos agrícolas comerciales en Zimbabwe. En ese aspecto, los Demandantes alegaban que “[e]l único vínculo existente entre los demandantes individuales y sus respectivos reclamos era que todos ellos habían sufrido el mismo daño, en virtud de las medidas adoptadas por el Estado anfitrión, que privó a cada uno de ellos de su inversión sin una justa compensación” (*C I § 180*). Ya se mencionó anteriormente⁸⁵ que, a pesar de que el Estado demandado finalmente aceptó la competencia del Tribunal, este último abordó la cuestión de la jurisdicción *motu proprio* y confirmó que todos los requisitos previos a la jurisdicción en virtud del Convenio CIADI se habían cumplido⁸⁶. Si bien el Tribunal del caso *Funnekotter* se aseguró activamente de su competencia, el Tribunal de ningún modo abordó la cuestión de que los demandantes no tuvieran relación contractual alguna ni del hecho de que hubieran presentado conjuntamente reclamos que carecían de vínculo suficiente entre sí. Por consiguiente, en este contexto, al Tribunal no le convence el intento de la Demandada de establecer diferencias con el caso *Funnekotter* al declarar (correctamente) que el Estado demandado no se opuso a la competencia del Tribunal (*R II § 136*). En este caso, el silencio del Tribunal tiene más peso que el del Estado demandado.
159. Por último, al Tribunal considera útil analizar el caso *Abaclat*. Aunque el Tribunal del caso *Abaclat* realiza la siguiente declaración al momento de justificar la necesidad de adaptaciones procesales en el marco de casos de reclamos en masa (que es una cuestión diferente de la que el presente Tribunal está abordando aquí), el Tribunal apoya el argumento a fin de destacar que el requisito de vínculo contractual entre los demandantes que pretenden iniciar procedimientos conjuntos no puede inferirse del marco jurídico del CIADI.

[...] [E]s importante recordar que el presente procedimiento comprende únicamente reclamaciones potenciales en virtud de un tratado y no incluye ninguna reclamación contractual que las Demandantes pudieran tener contra

⁸⁴ *Bernardus Henricus Funnekotter y otros c. Zimbabwe*, Caso CIADI N° ARB/05/6, Laudo, 22 de abril de 2009.

⁸⁵ Véase párr. 139 *supra*.

⁸⁶ Véase el caso *Funnekotter* mencionado *supra*, párr. 94.

Argentina [...]. Por tanto, el requisito en cuanto al carácter idéntico u homogéneo se aplica a la inversión y los derechos y las obligaciones derivadas de ella en el marco del TBI y no así a potenciales reclamaciones contractuales. En otras palabras, en el presente caso, es irrelevante que las Demandantes tengan o no derechos contractuales homogéneos al reintegro por Argentina de las sumas pagadas para adquirir los derechos sobre valores. La única cuestión relevante es establecer si las Demandantes tienen derechos de compensación homogéneos por el perjuicio homogéneo que sufrieron a raíz de los potenciales incumplimientos homogéneos de Argentina respecto de las obligaciones homogéneas estipuladas en el TBI⁸⁷ [Traducción del Tribunal].

160. Sobre la base de esta distinción, la Decisión *Abaclat*, en su párr. 542, concluye que “las circunstancias específicas que rodearon a las adquisiciones individuales de derechos sobre valores realizadas por las Demandantes son irrelevantes”.
161. En función de ello, el presente Tribunal considera que los Demandantes alegan correctamente que el vínculo necesario entre ellos existe en términos del *reclamo en virtud del tratado* que presentan en forma conjunta en el marco del presente arbitraje. De este modo, señalan correctamente que se quejan de la misma ilegalidad en la que se dice que la Demandada ha incurrido contra todos ellos. Basan su reclamo en las mismas disposiciones del TBI Argentina-Italia al igual que en el Convenio CIADI y han realizado petitorios idénticos, a saber, indemnización en virtud del TBI por los actos supuestamente cometidos por la Demandada⁸⁸. Asimismo, arguyen que los antecedentes fácticos en virtud de los cuales los Demandantes pretenden establecer su reclamo son prácticamente iguales respecto de todos los Demandantes.
162. Por el contrario, el hecho –que la Demandada ha destacado intensamente en reiteradas oportunidades– de que haya determinadas diferencias entre los Demandantes en cuanto a las fechas y las series de bonos en virtud de los cuales se adquirieron los distintos derechos sobre títulos de deuda, o con respecto a la moneda o tasa de interés que era aplicable a ellos, etc., no es pertinente en este caso, dado que tales factores se relacionan con reclamos *contractuales* que los Demandantes podrían tener, pero no con reclamos *en virtud del tratado* que el Tribunal está abordando aquí⁸⁹. En la medida en que puedan

⁸⁷ Decisión *Abaclat*, párr. 541.

⁸⁸ Véase *Solicitud* § 91 al igual que el párr. 63 *supra*.

⁸⁹ En cuanto a este aspecto, véase también párr. 543 *infra*.

tornarse pertinentes a efectos de la cuantificación del reclamo de cada Demandante individual, dichos reclamos deberán examinarse en el procedimiento posterior sobre el fondo del presente caso.

163. Por lo tanto, la Demandada no ha convencido al Tribunal de que los reclamos en cuestión plantearían dudas relevantes con respecto a la posibilidad de que el Tribunal las aborde y resuelva en un único arbitraje de múltiples partes. De este modo, en las circunstancias del presente caso, el Tribunal no puede concluir, como lo sugiere la Demandada, que su competencia para resolver el caso sería puesta en duda a causa de una supuesta ausencia del vínculo necesario entre los reclamos presentados conjuntamente en el marco de la controversia en juego en el caso que nos ocupa.

3. Inquietudes acerca del debido proceso y la capacidad de manejo

164. En la medida en que la declaración de la Demandada según la cual los “reclamos ni siquiera son aptos para el tratamiento colectivo” pretende sugerir que no sería posible que un tribunal que opera sobre la base del Convenio CIADI resolviera una disputa como la que nos ocupa de manera eficaz y justa, el Tribunal no puede aceptar este argumento.
165. Tal como ya se ha afirmado, este no es un caso de reclamo en masa⁹⁰. Como la Demandada ha señalado en forma consistente y correcta, no existe un instituto procesal tan específico dentro del régimen del CIADI. No obstante, la ausencia de un régimen específico de reclamos en masa en el CIADI no impide en absoluto que el Tribunal le brinde a la presente controversia el tratamiento que se merece, a saber, el de un procedimiento de múltiples partes que involucra a 119 o 90 Demandantes respectivamente, que se rige por las disposiciones procesales del Convenio y las Reglas CIADI y otras normas de derecho internacional aplicables.
166. El Tribunal no considera que el mero número de Demandantes en el presente caso tornaría al procedimiento “inmanejable”, como ha sugerido la Demandada, violaría los principios fundamentales de debido proceso o sería injusto para la Demandada, ni en la fase jurisdiccional actual ni en la fase de fondo del procedimiento.

⁹⁰ Véanse párrs. 119, 120 *supra*.

167. Durante la Primera Sesión, las Partes acordaron que la “fase preliminar abordaría las excepciones preliminares de carácter general exclusivamente, pero no respecto de las cuestiones jurisdiccionales que pudieran surgir con relación a los demandantes individuales, que se abordarían en una etapa posterior toda vez que fuera necesario y adecuado”⁹¹ [Traducción del Tribunal]. En virtud de este hecho, el Tribunal no puede ratificar las críticas de parte de la Demandada según las cuales la imposibilidad de analizar las circunstancias específicas de cada uno de los Demandantes tan pronto como en la fase jurisdiccional supondría una limitación de los derechos de defensa de Argentina (*R II § 149; R IV pág. 11; R V pág. 6*). En este sentido, en esta fase preliminar del procedimiento, el Tribunal debe limitarse a una evaluación general de la cuestión que consiste en determinar si goza de competencia para resolver la controversia objeto de debate. El hecho de que existan varias decenas de Demandantes involucrados en este procedimiento no afecta en absoluto la evaluación que el Tribunal debe realizar a esta altura del procedimiento.
168. Sin embargo, incluso en la posterior fase de fondo del procedimiento, el Tribunal no puede advertir ningún problema fundamental al momento de admitir pruebas relativas al caso particular de todos y cada uno de los 90 Demandantes que continuarían persiguiendo el caso y evaluarlas. La cuestión que consiste en determinar si es necesario y adecuado convocar a cada uno de los Demandantes al estrado y someterlos a un contrainterrogatorio allí a efectos de salvaguardar los principios fundamentales del debido proceso, como la Demandada parece sugerir (*R I § 109; R II § 148; R III § 35*), deberá resolverse en el momento apropiado en función de los hechos pertinentes y conforme a las normas jurídicas aplicables. El Tribunal no adopta postura alguna respecto de esta cuestión en este momento.
169. El Tribunal coincide plenamente con la Demandada en que, al momento de resolver la presente disputa, se encuentra en un todo sujeto al art. 44 del Convenio CIADI y a la Regla 19 de las Reglas de Arbitraje, y el Tribunal tendrá en cuenta este marco jurídico en forma absoluta al momento de cumplir con su deber de control y dirigir el desarrollo del

⁹¹ Véase Acta de la Primera Sesión, punto 14; párr. 5 *supra*.

procedimiento a través de resoluciones procesales. En vista de las circunstancias del presente caso, principalmente el considerable pero limitado número de Demandantes, el Tribunal no consideraría que la controversia específica relativa al alcance de la facultad de un tribunal CIADI de diseñar las “adaptaciones necesarias” del procedimiento estándar del CIADI que surgió en el contexto del caso *Abaclat*⁹² y al que las Partes han hecho referencia (*C III § 88; R III § 26; R IV págs. 10, 11; Tr pág. 231/2*), sería relevante para el caso que nos ocupa.

170. En particular, el Tribunal no puede advertir de qué manera el claro derecho de ambas Partes a que el procedimiento se desarrolle conforme a los principios de justicia y debido proceso se vería cercenado y qué derecho de defensa de la Demandada podría verse limitado o de otro modo perjudicado por el simple hecho de que el Tribunal admitiera que 119 o 90 Demandantes, respectivamente, pueden incoar procedimientos de múltiples partes en virtud del art. 25 del Convenio CIADI.
171. Puesto que el Tribunal ya concluyó que el presente caso no constituye ni una acción de clase ni un reclamo en masa⁹³, las inquietudes en materia de debido proceso y justicia planteadas por la Demandada con respecto a la representación de los Demandantes han devenido abstractas y, por consiguiente, el Tribunal no las abordará en detalle.
172. De modo similar, el Tribunal no debe adoptar una postura con respecto al alegato de los Demandantes según el cual la decisión de iniciar un único procedimiento para todos los Demandantes en forma conjunta es el curso de acción más eficiente, ya que evita procedimientos paralelos, reduce costos, elimina el riesgo de decisiones incongruentes e incluso hace que la defensa de la Demandada sea menos complicada y costosa. Cualquiera sea la verdad de estas consideraciones, no podrían llevar al Tribunal a aprobar el desarrollo de procedimientos de múltiples partes en virtud del Convenio CIADI si ello no estuviera permitido en virtud del marco jurídico del CIADI como cuestión de derecho. Por otro lado, dado que el Tribunal ha concluido que el Convenio CIADI es

⁹² Véase Decisión *Abaclat*, párrs. 529 y ss.; en este aspecto, véase, asimismo, la Opinión Disidente del Profesor Abi-Saab en el caso *Abaclat*, párrs. 194 y ss.

⁹³ Véanse párrs. 114 y ss. *supra*.

perfectamente compatible con el hecho de que una pluralidad de Demandantes presente reclamos en forma conjunta en el marco de un arbitraje CIADI, dichas consideraciones de política no contribuyen a resolver la cuestión que el Tribunal debe abordar en la presente fase preliminar del procedimiento.

II. CONSENTIMIENTO DE LOS DEMANDANTES

A. Posiciones de las Partes

1. Argumentos de la Demandada

173. La Demandada alega que el supuesto consentimiento de los Demandantes a la jurisdicción del CIADI no constituye “consentimiento por escrito” en los términos del art. 25(1) del Convenio CIADI y se encuentra fuera del alcance de la oferta de arbitraje de Argentina contenida en el art. 8(3) del TBI Argentina-Italia (*R I § 114; R III § 40*). Argentina critica a los Demandantes por no prestarle suficiente atención a las cuestiones de forma y destaca que las formalidades son necesarias a fin de preservar el debido proceso y la legalidad del procedimiento arbitral (*Tr pág. 85/4*).

a) Ausencia de la firma de los propios Demandantes

174. La Demandada resalta que la Solicitud no fue firmada de puño y letra por los Demandantes (*R I § 116*) si bien, en la Solicitud misma, afirman haber sometido la controversia a la jurisdicción del CIADI mediante la “firma” y presentación de la Solicitud, y aunque el Mandato de NASAM establece que los propios Demandantes deberán firmar la Solicitud a efectos de expresar su consentimiento (*R I § 120; R II § 164; R III §§ 66-68*). Asimismo, se condicionó a cada uno de los Demandantes a firmar la Solicitud en la oficina del Sr. Parodi de modo tal que el Mandato de NASAM entrara en vigor (*R III §§ 42-45; Tr págs. 88/2, 364/14*).

175. Puesto que esto no ocurrió, la Demandada alega que los Demandantes no prestaron su consentimiento a la jurisdicción del CIADI en la forma anunciada y, lo que es aún más importante, que el Mandato de NASAM nunca entró en vigor (*Tr pág. 89/1*). Además, si el Mandato de NASAM establecía que los Demandantes debían firmar la Solicitud y ellos no lo hicieron, los Demandantes razonablemente podrían haber entendido que tendrían otras oportunidades de decidir si consentir a algún arbitraje en particular. Así, el supuesto consentimiento no está perfeccionado. Debía perfeccionarse con la firma de la Solicitud y esto no se hizo (*R II § 167; Tr pág. 91/15*).

b) Ausencia de consentimiento al arbitraje CIADI en el Poder

176. Asimismo, con respecto a la firma de la Solicitud por parte de la representación de los Demandantes, la Demandada alega que en ninguna parte de la *Procura speciale (Poder Especial)* que los Demandantes supuestamente firmaron en favor del Avv. Piero Giuseppe Parodi (en adelante, “Poder”) consta el consentimiento escrito de los Demandantes a la jurisdicción del Centro o la autorización a su abogado para prestar consentimiento en su nombre. En efecto, el Poder ni siquiera mencionaba al Centro ni al TBI Argentina-Italia (*R I § 117; R II § 165; R III § 71; Tr pág. 97/12*).
177. En particular, un pasaje del Poder menciona la firma de un Acta de Misión (*Terms of Reference*) (en letras mayúsculas), que es una característica específica del Arbitraje CCI, y obviamente un tipo de arbitraje completamente diferente del arbitraje CIADI. En forma similar, también se hace referencia a “cualquier arbitraje de cualquier País del Mundo”, lo que es claramente incompatible con la naturaleza y las características del arbitraje CIADI (*R III §§ 72, 73; Tr pág. 100/2*).
178. En lo que respecta a las referencias al CIADI incluidas en el Mandato de NASAM, la Demandada alega que sólo contienen información que NASAM le brindó a los Demandantes, y no una manifestación de voluntad y consentimiento de los Demandantes (*R I § 119; R III §§ 77-80; Tr págs. 95/4, 363/8*). Además, no existe evidencia alguna de que alguno de los Demandantes haya efectivamente realizado su aporte inicial para gastos generales a NASAM con referencia expresa al “Arbitraje CIADI” (*R II § 166*).

c) Supuestos defectos legales del Poder y del Mandato de NASAM

179. Si asumimos, a título de hipótesis, que el Poder y/o el Mandato de NASAM incluía el consentimiento escrito de los Demandantes, la Demandada, asimismo, afirma que este consentimiento sería inválido debido a que estos documentos no observan requisitos de fondo y forma del derecho Italiano (*R I § 123*). Esto es pertinente dado que tanto el Mandato de NASAM como el Poder se encuentran regulados por el derecho italiano (*R I § 124*). Contrariamente al alegato de los Demandantes, a los ojos de la Demandada, la referencia al caso *AMTO c. Ucrania* es errónea, ya que se decidió en virtud del Tratado

sobre la Carta de la Energía, que ordena que el Tribunal decida el caso con arreglo al derecho internacional. En contraste, el art. 42 del Convenio CIADI al igual que el art. 8(7) del TBI Argentina-Italia exigen que el Tribunal decida sobre la base del derecho de la Parte Contratante parte en la controversia —incluidas las normas relativas a conflictos de leyes— y el derecho internacional aplicable. Según la Demandada, en el caso que nos ocupa, el derecho argentino en materia de conflictos de leyes apuntaría a la aplicación del derecho italiano. Por lo tanto, el cumplimiento de los requisitos de fondo y de forma de los derechos italianos e internacional por parte del Poder y del Mandato de NASAM es una cuestión de gran importancia (*R II § 171*).

(1) Supuestos defectos legales del Poder

180. Respecto del Poder, de acuerdo con el art. 83 del Código de Procedimiento Civil Italiano, todo poder en virtud del cual un abogado puede representar a una parte en un proceso judicial debe ser otorgado ante notario público o bien la firma debe estar autenticada por el abogado. Dado que esto no sucedió en el presente caso, los Poderes respectivos no satisfacen los requisitos del derecho italiano y, por lo tanto, no sirven para fundar el consentimiento (*R I §§ 127, 128*).
181. Asimismo, la Demandada alega que el abogado en favor del cual se emitió el Poder, a saber, el Sr. Parodi, no firmó la Solicitud. La única persona que firmó es el Sr. Radicati di Brozolo. El Sr. Parodi no firmó ninguna de las presentaciones de los Demandantes ni participó en la Primera Sesión celebrada por el Tribunal el día 24 de febrero de 2009 (*Tr pág. 346/5*). El Sr. Parodi es la única persona facultada por los Demandantes para representarlos, aunque Argentina no ha podido conocerlo (*Tr pág. 345/17*), porque sistemáticamente no compareció cuando debía hacerlo (*Tr pág. 347/2*). Argentina afirma que la falta de comparecencia sin justa causa del Representante principal ante el Tribunal es inédita (*Tr pág. 356/4; R III § 40*).
182. El único vínculo entre el Sr. Parodi y el Sr. Radicati di Brozolo en calidad de Representación actuante surgió por primera vez el tercer día de la Audiencia sobre Jurisdicción a través de una carta de cuestionable valor probatorio (*R III § 40; Tr pág. 351/19*). La Demandada alega que no está preparada para aceptar la carta supuestamente

escrita por el Sr. Parodi, sólo una fotocopia de la cual fue suministrada al Tribunal (*Tr pág. 352/5*). Asimismo, la Demandada argumenta que, dado que sólo el Sr. Radicati di Brozolo firmó la Solicitud, los Demandantes habrían tenido que adjuntar la carta en ese momento a fin de demostrar que el Sr. Radicati di Brozolo había sido autorizado a representar a los Demandantes (*Tr pág. 353/1*). Puesto que la fecha de firma consignada en esta carta no se encuentra autenticada, la Demandada afirma que no se ha demostrado que el Sr. Radicati actuaba como co-representante autorizado al momento de firmar la Solicitud (*Tr pág. 353/8*). Por lo tanto, la Demandada alega que el Sr. Radicati di Brozolo carece de capacidad suficiente para representar a los Demandantes (*Tr págs. 344/21, 352/14*).

(2) Supuestos defectos legales del Mandato de NASAM que perjudican el Poder

183. Asimismo, conforme a la presentación de la Demandada, el Mandato de NASAM tampoco satisface los requisitos de fondo del derecho italiano (*R I § 129*), en doble sentido. En primer lugar, el presente arbitraje infringe el derecho italiano debido a que le otorga a NASAM pleno control sobre las demandas iniciadas por los Demandantes en el presente arbitraje y transfiere a NASAM todos los poderes que debería tener y ser capaz de ejercer el cliente en una relación abogado-cliente. NASAM ha sido establecido como el representante exclusivo de los Demandantes y como filtro de todas las comunicaciones entre los Demandantes y sus abogados. Esta violación del derecho de defensa constituye un incumplimiento de las normas del derecho público y, por lo tanto, anula el Mandato de NASAM en virtud del artículo 1418 del Código Civil Italiano (*R I §§ 130, 132; R II § 188*).
184. En segundo lugar, NASAM no satisface los requisitos establecidos por las leyes italianas para llevar adelante una demanda en representación de terceros. El artículo 77 del Código de Procedimiento Civil Italiano permite que un tercero represente a otra persona o entidad ante el tribunal sólo si tiene el poder de concluir la relación jurídica en juego, o también actúa en carácter de representante general de dicha persona o entidad. NASAM no cumple con ninguna de estas dos condiciones (*R I §§ 130, 134, 135*).

185. Con respecto a los supuestos defectos legales del Mandato de NASAM, la Demandada alega que el Mandato de NASAM y el Poder se encuentran vinculados entre sí, han sido creados conjuntamente y diseñados para alcanzar un fin común. En ese aspecto, los Demandantes se contradicen cuando afirman, por un lado, que el Mandato de NASAM y el Poder son instrumentos separados e inconexos y, por otro lado, declaran que el Mandato de NASAM es pertinente a efectos de la interpretación de la intención de los Demandantes al momento de otorgar el Poder (*R III §§ 53, 54; Tr pág. 93/7*). Conforme al derecho italiano, toda vez que los documentos jurídicos demuestran la intención común práctica de las partes de que sean interdependientes, dichos documentos se encuentran vinculados jurídicamente y, en la terminología legal italiana, son *negozi collegati*. En consecuencia, los defectos de uno necesariamente afectan al otro, es decir, si uno de los componentes carece de validez, el otro también debe considerarse inválido. Según la Demandada, éste es el caso respecto del Mandato de NASAM cuya ilegalidad afecta el Poder y *viceversa* (*R I §§ 125, 126; R II § 179*).

(3) La naturaleza del arreglo de financiamiento de NASAM

186. Según el alegato de la Demandada, el problema no es el arreglo de financiamiento de NASAM como tal, sino el hecho de que el verdadero financiamiento de terceros comprende la provisión de fondos por parte de particulares y compañías que no tienen otra relación con el litigio. No obstante, NASAM no entra dentro de esta definición, ya que su control llega hasta convertir a NASAM en una verdadera parte interesada en el caso que nos ocupa (*R II § 195*). En particular, la Demandada alega que NASAM fue la fuerza impulsora detrás de la decisión de iniciar el presente arbitraje. NASAM seleccionó a los abogados y les proporcionaba instrucciones en consecuencia (*R I § 73; R II §§ 178, 192*). Asimismo, la Demandada afirma que NASAM ejerce pleno control del presente arbitraje y que es su único beneficiario (*R I § 264*). Por lo tanto, según la Demandada, el Mandato de NASAM crea una barrera prohibida entre los Demandantes y sus abogados (*R II § 191*).

2. Argumentos de los Demandantes

187. De acuerdo a los Demandantes, se admite corrientemente que el consentimiento por escrito, según lo exige el art. 25(1) del Convenio CIADI, puede manifestarse mediante la presentación de una solicitud de arbitraje ante el CIADI. Por lo tanto declaran que “[a] estos fines, por la presente los Demandantes aceptan someter la diferencia al arbitraje del CIADI mediante la suscripción y presentación de esta Solicitud de Arbitraje” [Traducción del Tribunal] (*Solicitud* § 84). Con respecto al argumento de la Demandada de que los Demandantes no han otorgado su consentimiento a la jurisdicción del CIADI de manera válida, estos últimos ofrecen una serie de argumentos en contrario.

a) *Falta de firma de los propios Demandantes*

188. De acuerdo a los Demandantes, el hecho que no suscribieran la Solicitud *manu propria* no pone en tela de juicio la existencia del consentimiento por escrito de los Demandantes según el sentido del art. 25(1) del Convenio CIADI. En primer lugar, está generalmente reconocido que un inversor puede aceptar el ofrecimiento de someterse al arbitraje del CIADI contenido en un TBI, simplemente iniciando un procedimiento ante el CIADI y la gran mayoría de los procedimientos del CIADI, en los últimos años, se basan en consentimientos otorgados de esa manera (*C I* § 140). Además, ni el TBI Argentina-Italia ni el Convenio CIADI exigen una forma particular para la expresión del consentimiento por escrito por parte del inversor (*C I* § 142). Por otra parte, es una práctica común del CIADI que la solicitud de arbitraje sea suscripta por los abogados debidamente autorizados y no por las partes. Los tribunales del CIADI nunca han cuestionado que esta forma de expresar el consentimiento satisface el requisito de “consentimiento por escrito” en virtud del art. 25(1) del Convenio CIADI (*C I* § 149; *C III* § 56).

189. Además, los Demandantes afirman que aunque el Mandato NASAM disponía la suscripción de la Solicitud de Arbitraje por parte de cada Demandante, cuando se designó a los Abogados, se le hizo saber a NASAM que las Reglas del CIADI no requerían que la Solicitud de Arbitraje fuera firmada por cada Demandante y que la firma de los Abogados habría sido suficiente para expresar el consentimiento de los Demandantes. Por consiguiente, NASAM decidió dispensar a los Demandantes (la mayoría de los cuales

son de avanzada edad) de tener que efectuar otro viaje gravoso e inútil a Milán, informando esto a los Demandantes (*C III § 66; Tr pág. 508/12*). Debido a que NASAM era quien determinaba los actos que los Demandantes debían llevar a cabo, también tenía la facultad de dispensar a éstos de realizar algunos de esos actos. De esta manera, la falta de firma de los Demandantes no afectó y no podía afectar la validez del consentimiento al presente arbitraje (*C III § 67*).

b) Falta de consentimiento para el arbitraje del CIADI en el Poder

190. Los Demandantes insisten que la presentación de la Solicitud de Arbitraje en su nombre a través de los Abogados debidamente designados es la manifestación unívoca del consentimiento al arbitraje del CIADI (*C I §§ 144, 147*). Los Poderes autorizan a los Abogados a “comunicar cualquier notificación a una controversia en mi/nuestro nombre y en mi/nuestra representación” y a “suscribir y enviar cualquier solicitud de arbitraje [...] y efectuar cualquier otro requerimiento al Tribunal Arbitral y/o a cualquier otro Tribunal o Autoridad competente de cualquier País del Mundo⁹⁴”[traducción del Tribunal] y, de acuerdo a los Demandantes, esta referencia incluye indudablemente al CIADI. Además, el Poder debe leerse conjuntamente con el Mandato NASAM que se refiere expresamente al CIADI (*C I § 145; C II § 12*)⁹⁵. Si bien la relación entre los Demandantes y los Abogados se rige exclusivamente por el Poder, el Mandato NASAM es relevante para la interpretación de la intención de los Demandantes al otorgar el Poder y, por lo tanto, del contenido de las facultades otorgadas a los Abogados (*C II § 13; Tr pág. 177/5*).
191. Además, al efectuar el pago del aporte inicial para los gastos a NASAM, los Demandantes lo hicieron refiriéndose expresamente al “*Arbitrato CIADI*”⁹⁶ lo que demuestra que éstos tuvieron la intención de iniciar un procedimiento bajo el CIADI (*C I § 146; Tr pág. 171/11*). Se argumenta, además, que los Demandantes en efecto hicieron

⁹⁴ Poder, pág. 2.

⁹⁵ Véase Mandato NASAM, Preámbulo, *lit. H, O y P*, págs. 2, 5 y 6.

⁹⁶ *Ibidem*, Preámbulo, *lit. P*, pág. 6.

referencia al “arbitraje CIADI” al efectuar sus pagos y que se produjeron los documentos a tal efecto (*C II §§ 14, 15*, haciendo referencia a los Anexos CA 49 y CA 50).

c) Supuestos defectos jurídicos del Poder

192. Los Demandantes sostienen la validez del Poder y por consiguiente refutan los argumentos de la Demandada de que: 1) el Poder como tal es ilegal y que 2) el Mandato NASAM es nulo de nulidad absoluta, lo cual, debido a la relación jurídica entre ambos documentos, afectaría al Poder.

(1) Supuestos defectos jurídicos del Poder

193. En la opinión de los Demandantes, la invocación por parte de la Demandada del art. 83 del Código de Procedimiento Civil italiano es inapropiada debido a que la disposición sólo se aplica a los procedimientos sustanciados ante los tribunales judiciales italianos y no al arbitraje, mucho menos al arbitraje que no se encuentra regido por el derecho italiano (*C I § 125; Tr pág. 182/13*). Conforme al derecho italiano, un poder otorgado a los efectos de un procedimiento arbitral es -por lo tanto- válido, independientemente de la naturaleza del acto en virtud del cual es otorgado, por ejemplo en forma privada o pública, oral o escrito. No se requiere el cumplimiento de requisito formal alguno (*C I § 128; C II § 34*).
194. Por otra parte, los Demandantes insisten en que el derecho italiano es inaplicable para determinar los requisitos de un poder otorgado en el contexto de un arbitraje regido por el derecho internacional, como el arbitraje del CIADI (*C I § 129; C II § 32*). A los efectos de determinar la jurisdicción, los tribunales del CIADI son llamados a aplicar únicamente las disposiciones autónomas contenidas en el art. 25 del Convenio del CIADI según se ha sostenido claramente en el caso *AMTO c. Ucrania* (*C I §§ 130-132; C II § 32*). Los Demandantes son conscientes de que la Demandada pretende distinguir este caso, que fue decidido sobre la base del Tratado de la Carta sobre Energía, del caso que nos ocupa en tanto el art. 42 del Convenio CIADI en combinación con el art. 8(7) del TBI Argentina-Italia conducirían a la aplicación del derecho italiano. Los Demandantes refutan que el art. 42 del Convenio CIADI sólo aborda cuestiones del derecho de fondo, pero no de

procedimiento, y, ciertamente no determina el derecho aplicable para determinar la competencia del Tribunal conforme al art. 25 del Convenio CIADI (*C II § 33; Tr pág. 181/2*).

195. Ni el TBI Argentina-Italia ni el Convenio CIADI contienen disposición específica alguna concerniente a los requisitos formales exigidos para que un poder sea válido. Las únicas disposiciones que expresamente tratan la representación de las partes son la Regla de Arbitraje 1 conforme a la cual la Solicitud de Arbitraje “estará firmada por la parte solicitante o su representante debidamente autorizado” así como la Regla de Arbitraje 18 que establece que “cada parte podrá ser representada o asistida por apoderados, consejeros o abogados [...]”. Las Reglas de Arbitraje no establecen ningún requisito formal ni otro requerimiento (*C I § 131; C II § 16*).
196. En lo que se refiere a la objeción de la Demandada a la forma de representación de los Demandantes, esta última afirma que, si bien es cierto que la Solicitud de Arbitraje fue suscripta sólo por el Sr. Radicati di Brozolo, el Poder otorgado al Sr. Parodi lo autorizaba a que participase en la contratación de otros abogados en la defensa del presente caso (*C III § 7; Tr pág. 349/18*). En la Audiencia sobre Jurisdicción, se presentó una carta del Sr. Parodi dirigida al Sr. Radicati di Brozolo y al Sr. Barra con fecha 3 de junio de 2008 designando a estos dos últimos como abogados conjuntos y brindándoles todos los poderes para representar y defender a los Demandantes en forma individual y conjunta (*Tr págs. 351/15, 447/5*). El Sr. Radicati di Brozolo señaló que estaba en contacto directo con el Sr. Parodi quien está en control del procedimiento (*Tr pág. 469/6*). En cualquier caso, se argumenta que la firma del Sr. Parodi en el escrito posterior a la audiencia indica su ratificación formal de la totalidad de las presentaciones orales y escritas de los Demandantes en este arbitraje (*C III § 8*).
197. Los demandantes afirman asimismo que la razón por la cual las presentaciones escritas fueron suscriptas “p.p.” (es decir “*per procuracionem*”) en nombre del Sr. Parodi fue porque esas presentaciones salieron a medianoche, y el Sr. Parodi no se encontraba físicamente presente para firmarlas (*C III § 11; Tr pág. 355/3*). Además, los Demandantes aducen que es práctica corriente en Italia, incluso ante los tribunales de

justicia italianos, que uno de los abogados, ya sea el principal o uno de los colaboradores, firme “*anche per i colleghi*”, es decir “en nombre de los otros colegas” (*Tr pág. 469/19*). También es común en los arbitrajes internacionales que los estudios jurídicos ingleses y estadounidenses firmen con el nombre del estudio jurídico, por ejemplo “Clifford Chance” o similar, y nunca nadie ha refutado seriamente el hecho de que exista un poder pertinente (*Tr pág. 472/22*).

(2) Supuestos defectos jurídicos del Mandato NASAM que afectan al Poder

198. Si bien coinciden con la Demandada en que el Mandato NASAM es un contrato regido por el derecho italiano (*C I § 92*), los Demandantes refutan, en primer lugar, el argumento de la Demandada de que el Mandato NASAM es nulo y sin efecto. Incluso si lo fuera, los Demandantes niegan, en segundo lugar, que exista una conexión jurídica entre el Mandato NASAM y el Poder que volvería nulo y sin efecto a este último (*C I § 94*).
199. En lo que se refiere al primer elemento, los Demandantes arguyen que el Mandato NASAM no le confiere a NASAM el control absoluto sobre los reclamos de los Demandantes en este arbitraje, según lo alega la Demandada (*C I §§ 97-100*). La relación entre los Demandantes y sus Abogados está regida únicamente por el Poder suscripto por cada Demandante individual, lo que deja a los Demandantes en control absoluto de la relación con los Abogados. El Mandato no confiere a NASAM facultades para impartir instrucciones a los Abogados en nombre de los Demandantes (*C I § 101*).
200. Por otra parte, los Demandantes argumentan que las referencias al derecho italiano de la Demandada son totalmente inútiles ya que no están relacionadas con el arbitraje sino con los procesos judiciales sustanciados ante los tribunales judiciales italianos, en particular, ninguna de las restricciones y garantías mencionadas por la Demandada que se aplican a la relación abogado-cliente en los procedimientos judiciales, se aplican al arbitraje, incluido el derecho a delegar a cualquier tercero la disposición de los derechos de fondo del mandante (*C I §§ 105-108; C II § 44*). Por último, incluso si estas disposiciones pudieran aplicarse a arbitrajes regidos por el derecho italiano (es decir, aquellos con sede

en Italia), estas disposiciones no se aplican a los arbitrajes extranjeros, y, mucho menos pueden aplicarse a un arbitraje CIADI (*C I §§ 110, 120; C II §§ 45-47*).

201. En lo que se refiere al segundo elemento, el argumento que se funda en la doctrina de “*negozi collegati*” es inútil para la Demandada porque se basa en el grave error de que el derecho italiano puede ser aplicable para decidir cuestiones relativas a la representación en procedimientos ante el CIADI (*C I § 120*). Además, incluso suponiendo que el derecho italiano fuera aplicable, el Poder y el Mandato NASAM no constituyen “*negozi collegati*”, sino acuerdos independientes y perfectamente autosuficientes (*C II § 30*). Asimismo, no existe ilegalidad alguna que pudiera afectar al Poder a la luz de que el Mandato NASAM es perfectamente válido, como se señalara anteriormente (*C I § 122*).

(3) La naturaleza del arreglo de financiación de NASAM

202. De acuerdo a los Demandantes, el Mandato NASAM es un contrato perfectamente válido que no hace más que proveer asistencia a los Demandantes para la financiación de sus procedimientos (*C I § 111*). Nadie objeta seriamente la legalidad de la financiación del procedimiento por parte de un tercero en el arbitraje internacional, especialmente en un caso como el presente, en el que los reclamos son incoados por los titulares originales de los derechos que son objeto del litigio y en el que los beneficios resultantes del arbitraje corresponden en su mayor parte a los Demandantes (*C I § 113; Tr pág. 160/21*). Sin perjuicio de la posición de los Demandantes respecto de la absoluta inaplicabilidad del derecho italiano, el financiamiento de terceros se encuentra perfectamente en consonancia con él (*C I §§ 115, 116*).
203. El papel principal de NASAM en este arbitraje consiste en coordinar y financiar el arbitraje (*C I § 92*). Sirve, asimismo, como conducto para la transmisión de información entre los Demandantes y sus abogados. Si bien NASAM asistió a los Demandantes a identificar a los abogados, estos abogados fueron nombrados por los propios Demandantes (*Tr pág. 162/11*). Los Demandantes afirman que el Mandato NASAM no crea una barrera entre ellos y sus Abogados (*C II § 41; Tr pág. 162/22*). En particular, el Mandato no le otorga a NASAM el control absoluto sobre su reclamo (*C I §§ 97 y ss.; C IV § 69*). Los Abogados no se encuentran obligados por los términos y condiciones del

Mandato NASAM. Es únicamente el Poder el que rige la relación entre los Demandantes y sus Abogados (*C I §§ 101, 105; C II § 22*). En la Audiencia sobre Jurisdicción, los Abogados pusieron énfasis en que representan a los Demandantes en lugar de a NASAM y no reciben instrucciones de este último (*Tr págs. 163/12, 493/18*). En respuesta a la alegación de Argentina de que NASAM pretendió impedir que los Demandantes participaran en la oferta de reestructuración del año 2010, los Demandantes señalan que NASAM carecía de facultades para ejercer influencia sobre los Demandantes ya que muchos de ellos se sintieron completamente libres para ignorar su sugerencia y aceptaron la Oferta de Canje de 2010 (*C III § 32; Tr pág. 164/5*).

B. Conclusiones del Tribunal

1. El requisito previo del consentimiento por escrito de los Demandantes

204. De conformidad con el art. 25(1) del Convenio CIADI al cual las partes se han referido extensamente en sus presentaciones, ambas partes deben someter al Centro la diferencia de naturaleza jurídica en cuestión “por escrito” para que la diferencia caiga dentro de la jurisdicción del CIADI. Si bien los Demandantes están convencidos de haber actuado en consecuencia, la Demandada sostiene que los Demandantes no han cumplido con este requisito, y esto en varios aspectos:

- debido a la falta de las firmas de los Demandantes en la Solicitud de Arbitraje (2.);
- debido al hecho de que el Poder otorgado por los Demandantes al Abogado Parodi no es válido y que su alcance no cubre la presentación de procedimientos del CIADI, de modo que el Abogado Parodi no actuó como el “representante debidamente autorizado” de los Demandantes a los fines de la presentación de la solicitud para el inicio del procedimiento CIADI (3.);
- incluso en el caso de que dicho Poder fuera correcto, debido al hecho de que el Abogado Parodi no suscribió en su puño y letra la Solicitud de Arbitraje como representante debidamente autorizado de los Demandantes y en vista de la falta de autorización del Abogado Radicati di Brozolo como la única persona que de hecho suscribió la Solicitud (4.);

- y por último, a la luz del papel cuestionable que NASAM ha cumplido en el presente caso (5.).

205. Antes de ahondar en estas cuestiones en mayor detalle, el Tribunal considera útil comenzar su razonamiento sobre el tema con una observación general. La obligación de acercarse al Centro “por escrito” que figura de manera tan prominente en el presente caso, plantea dos cuestiones jurídicas interrelacionadas, aunque conceptualmente diferentes. En la opinión del Tribunal, esta distinción debería tenerse en cuenta a lo largo del razonamiento ulterior.

a) La estructura del problema jurídico

206. En primer lugar, el art. 25(1) del Convenio CIADI exige el “consentimiento *por escrito*” para someter una diferencia al Centro. A la vez, el art. 36(1) del Convenio establece que cualquier Estado Contratante o nacional de un Estado Contratante que quiera incoar un procedimiento de arbitraje dirigirá “a tal efecto una solicitud *escrita*” al Secretario General. Por lo tanto, el Convenio plantea un doble requisito para acercarse al Centro “por escrito”.

(1) Consentimiento escrito para incoar la controversia de conformidad con el art. 25

207. El requisito previo, según se establece en el art. 25(1) del Convenio CIADI, de que ambas partes expresen su consentimiento por escrito para que una diferencia de naturaleza jurídica sea incoada ante el Centro, es un requisito de jurisdicción *stricto sensu*. Que el “[c]onsentimiento de las partes es la piedra angular en que descansa la jurisdicción del Centro” y que el “[c]onsentimiento a la jurisdicción debe darse por escrito” son oraciones del Informe fidedigno de los Directores Ejecutivos citadas con frecuencia⁹⁷. El consentimiento es, por ende, “una condición indispensable para la jurisdicción del Centro”, y debido a que el “único requisito formal del Convenio para el consentimiento es que debe ser por escrito”⁹⁸, el incumplimiento de una de las partes de prestar su

⁹⁷ Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, Informe de los Directores Ejecutivos del Convenio CIADI, 18 de marzo de 1965, N° 23.

⁹⁸ Schreuer, ICSID Convention Commentary, 1st ed., art. 25, párr. 379; véase también *ibidem*, párr. 374.

consentimiento por escrito debería redundar en la desestimación del caso por falta de competencia.

208. En este contexto, se establece con firmeza que en virtud del régimen del art. 25 del Convenio CIADI el consentimiento puede resultar de un ofrecimiento unilateral de arbitraje por parte del Estado receptor en el TBI que es posteriormente aceptado por el inversor⁹⁹. El inversor puede aceptar tal ofrecimiento de consentimiento comprendido en el TBI simplemente incoando procedimientos CIADI¹⁰⁰. El requisito de prestar consentimiento “por escrito” se cumple por el simple hecho de presentar ante el Centro la solicitud de arbitraje por escrito. Indica un mínimo de formalidad al aceptar el ofrecimiento del Estado receptor¹⁰¹.

(2) Presentación de la solicitud por escrito de conformidad con el art. 36

209. De conformidad con el art. 36(1) del Convenio CIADI, como ya se estableciera *supra*, “[c]ualquier Estado Contratante o nacional de un Estado Contratante que quiera incoar un procedimiento de arbitraje, dirigirá, a tal efecto, una solicitud escrita al Secretario General”. De conformidad con el inciso 2 de esta disposición, la solicitud de arbitraje deberá contener información, *inter alia*, referente a la identidad de las partes y al “consentimiento de éstas al arbitraje, de conformidad con las reglas de procedimiento a seguir para iniciar la conciliación y el arbitraje”. Esta información cubre los requisitos jurisdiccionales previstos en el art. 25(1) del Convenio CIADI, incluyendo en particular el requisito del consentimiento.

⁹⁹ *Ibídem*, párrs. 378 y 427 y ss.

¹⁰⁰ *Ibídem*, párr. 448; C. Schreuer, Consent to Arbitration, in: P. Muchlinksi et al., The Oxford Handbook of International Investment Law, Oxford 2008, 830, en 837 con extensas referencias a la jurisprudencia pertinente.

¹⁰¹ C. F. Amerasinghe, Submissions to the Jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes, 5 Journal of Maritime Law and Commerce (1974) 211, en 217; *idem*, The International Centre for Settlement of Investment Disputes and Development through the Multinational Corporation, 9 Vanderbilt Journal of Transnational Law (1976) 793, en 810; *idem*, The Jurisdiction of the International Centre of Investment Disputes, 19 Indian Journal of International Law (1979) 166, en 224; véase Schreuer, ICSID Convention Commentary, 1st ed., art. 25, párr. 416.

(3) Interacción de las dos disposiciones en el caso de expresión del consentimiento mediante la incoación de procedimientos arbitrales

210. En el supuesto de que se exprese el consentimiento, como es comúnmente el caso en la actualidad, al incoar procedimientos arbitrales, el requisito de que la solicitud de arbitraje CIADI deba ser por escrito, según lo establece el art. 36 del Convenio, garantiza simultáneamente que el consentimiento de la Demandante se convierte en manifiesto por escrito de modo que se cumpla el estándar del art. 25 del Convenio, incluido el “mínimo de formalidad” que exige en cuanto a la manifestación del consentimiento. En tales casos, la solicitud de arbitraje no sólo contiene información referente al consentimiento del inversor para someter una diferencia de naturaleza jurídica al Centro, la *abarca*.
211. En tales constelaciones, el art. 36 asume una *doble* función que equivale a una suerte de *dédoublement fonctionnel*: por un lado, la función *directa* o *genuina* del art. 36 de garantizar que la solicitud sea presentada al Centro en forma escrita, y por otro lado, la función *indirecta* o *derivada* de garantizar que se cumpla el requisito jurisdiccional del “consentimiento por escrito”, según lo requiere el art. 25.

b) Aplicación al presente caso

212. El presente caso es evidentemente uno de esos –y ninguna de las Partes se opone a ello– en los que la parte solicitante pretende expresar su consentimiento para someter una diferencia de naturaleza jurídica al Centro por el simple acto de incoar un procedimiento, aceptando de ese modo el ofrecimiento del Estado receptor según el contenido del art. 8(3) y (5) del TBI Argentina-Italia. Por lo tanto, los inversores actúan a fin de cumplir con el requisito jurisdiccional de prestar consentimiento escrito (art. 25 del Convenio CIADI) mediante el envío de una solicitud de arbitraje por escrito dirigida al Secretario General del CIADI (art. 36 del Convenio CIADI).
213. En consecuencia, la “Solicitud de Arbitraje” con fecha 23 de junio de 2008 se declara expresamente fundada en el art. 36 del Convenio CIADI y en el art. 8(5)(a) del TBI Argentina-Italia (*Solicitud* § 1). Los párrs. 81-84 de la Solicitud hacen referencia explícita a la práctica generalmente aceptada de los Estados receptores que ofrecen someter

controversias al CIADI en un TBI y el inversor que acepta ese ofrecimiento, *inter alia*, al presentar una solicitud de arbitraje ante el CIADI. Es sobre esta base que el inciso 84, segunda oración (cuyo significado exacto está sujeto a controversia entre las Partes¹⁰²) establece: “A estos fines, los Demandantes aceptan por la presente someter la diferencia al arbitraje del CIADI al suscribir y presentar esta Solicitud de Arbitraje”[traducción del Tribunal].

214. Implementando el mandato comprendido en el art. 36(2) del Convenio CIADI, la Regla 2(1)(c) de las Reglas de Iniciación exige que la solicitud deberá “indicar la fecha en que se otorgó el consentimiento y acompañar los documentos que lo contienen”, la “fecha en que se otorgó el consentimiento” significando “la fecha en la cual actuó la segunda parte” en términos de expresar su consentimiento por escrito (Regla de Iniciación 2(3)). Como en el presente caso esta fecha coincide con la fecha de presentación de la Solicitud, la fecha de consentimiento es el 23 de junio de 2008. Según lo exige la Regla de Iniciación 2, hay una declaración explícita a estos fines en el párr. 85 de la Solicitud.
215. No obstante, como se explicara *supra*, la Demandada afirma que la Solicitud no puede cumplir de manera efectiva la función de otorgar el consentimiento válido para el arbitraje, en el sentido del art. 25 del Convenio CIADI, debido a la falta de suscripción de la Solicitud por parte de los propios Demandantes, y/o la falta de designación del Abogado Parodi como su representante, y/o la falta de suscripción por parte de este último de la Solicitud en su puño y letra y/o la no autorización del Abogado Radicati di Brozolo para actuar como abogado en el presente caso. En consecuencia, a los ojos de la Demandada, contra la primera apariencia del caso, los Demandantes no han otorgado genuinamente su consentimiento por escrito. En vista de esta ausencia de un requisito jurisdiccional obligatorio, en su opinión, el caso debería ser rechazado por el Tribunal.
216. En realidad, la Solicitud lleva tres firmas (*Solicitud*, pág. 42). Las Partes están de acuerdo en que ninguna de ellas es de los propios Demandantes. De acuerdo a la Solicitud, las tres firmas se refieren a tres particulares quienes, de acuerdo al párr. 6 de la Solicitud, representan conjuntamente a los Demandantes

¹⁰² Véase en este sentido párrs. 222 y ss. *infra*.

[a] los fines de la presente Solicitud y el procedimiento arbitral [...]

a) Abogado Piero G. Parodi, miembro del Colegio de Abogados de Milán, designado en los poderes a los que se hizo referencia en el párr. 5(iii) *supra*;

b) Prof. Abogado Luca G. Radicati di Brozolo, miembro del Colegio de Abogados de Milán y profesor de derecho internacional en la Universidad Católica de Milán designado como abogado por el Abogado Parodi de conformidad con la facultad conferida a este último por los Demandantes en los poderes;

c) Prof. Abogado Rodolfo Carlos Barra, miembro del Colegio de Abogados de Buenos Aires y profesor de derecho administrativo en la Universidad Católica Argentina designado como abogado por el Abogado Parodi de conformidad con la facultad conferida a este último por los Demandantes en los poderes.

[Traducción del Tribunal]

217. Entre estos tres, parece que sólo el Abogado Radicati di Brozolo suscribió la Solicitud en su puño y letra, en tanto en el lugar de las firmas del Abogado Parodi y del Prof. Barra hay firmas ilegibles, precedidas por el acrónimo “pp”, que significa “*per procuracionem*”. Esto indica que alguien firmó la Solicitud en su nombre (*Tr* pág. 346/5), podría decirse que el propio Abogado Radicati di Brozolo (*C III § 11*).
218. Esta situación plantea la cuestión de si el Tribunal debería estar de acuerdo con la Demandada al declarar que la Solicitud no expresa de manera válida el consentimiento escrito de los Demandantes para el presente arbitraje y por lo tanto desestimar el caso por falta de competencia. A este fin, los argumentos antes mencionados deben ser abordados de a uno por vez.

2. La cuestión de la falta de las firmas de los Demandantes en la Solicitud

219. De conformidad con la Regla de Iniciación¹(1), una solicitud de arbitraje debe realizarse por escrito al Secretario General, a la sede del Centro. La solicitud indicará si se refiere a un procedimiento de conciliación o de arbitraje. Deberá estar redactada en un idioma oficial del Centro, llevará fecha y *estará firmada por la parte solicitante o su representante debidamente autorizado*. [énfasis agregado]
220. Por lo tanto, las Reglas de Iniciación prevén expresamente que la solicitud de arbitraje esté firmada ya sea por la parte solicitante (es decir, los Demandantes) o por su

“representante debidamente autorizado”. De esto se desprende que al menos a los fines del art. 36 del Convenio CIADI (es decir, el requisito de presentar la solicitud “por escrito”) que se refiere expresamente a las Reglas de Iniciación, la firma de los representantes es suficiente. Nada sugiere que, a los fines del art. 25 del Convenio, uno debería llegar a un resultado diferente. A la luz de la doble función del art. 36 mencionada anteriormente, el consentimiento de la parte solicitante queda manifiesto o, en ese respecto, está abarcado en la solicitud escrita. En consecuencia, el requisito jurisdiccional del consentimiento escrito en el art. 25 se cumple al dispensar del requisito procesal de la presentación de una solicitud escrita en el art. 36, ya sea por la propia parte o por su representante debidamente designado.

221. Además de la clara redacción de las Reglas de Iniciación en este sentido, la extensa práctica del CIADI demuestra que es altamente corriente que las solicitudes de arbitraje, incluidas aquellas en las que la solicitud tiene la función de otorgar el consentimiento escrito al arbitraje en el sentido del art. 25 del Convenio CIADI, son firmadas exclusivamente por los abogados debidamente designados de las demandantes.
222. No hay necesidad de arribar a una conclusión diferente incluso si se tiene en cuenta la supuesta “promesa” de los Demandantes en el presente caso de firmar ellos mismos la Solicitud. Esto surge supuestamente de la redacción del párr. 84 de la Solicitud (“los Demandantes aceptan *por la presente* someter la diferencia al arbitraje del CIADI mediante la *suscripción* y presentación de *esta* Solicitud de Arbitraje” (énfasis agregado); [Traducción del Tribunal] así como el párr. 2(f) del Mandato NASAM que imparte instrucciones a los Demandantes de firmar la Solicitud redactada por el Abogado Parodi, en tantas copias como sea necesario (*R I* § 120; *R II* § 164; *R III* §§ 66-68). La Demandada incluso ha argumentado que, en vista de que el *lit. P* del Preámbulo del Mandato volvía una condición expresa que cada Demandante firmara la Solicitud a fin de que el Mandato NASAM entrara en vigor, este último nunca entró en vigor. Sin embargo, una serie de razones militan en contra de calificar la indiscutida ausencia de las firmas de los Demandantes en la Solicitud, como para poner en duda la jurisdicción del Centro en el presente caso.

223. En primer lugar, el Tribunal consideraría una lectura bastante artificial del párr. 84 de la Solicitud (en la pág. 38) significar *verbatim* que los Demandantes se comprometían de ese modo a suscribir la Solicitud de puño y letra. Una conclusión tal interpreta a la Solicitud de modo de leer en ella una contradicción evidente, en tanto que cuatro páginas más tarde (en la pág. 42) lo que aparece es sólo la firma del abogado que evidentemente firmó en nombre de los Demandantes sin vacilación alguna respecto de un supuesto compromiso en el párr. 84 de reservar las firmas a los Demandantes. Por consiguiente, se entiende que la frase “mediante la suscripción [...] de esta Solicitud de Arbitraje” incluye al Abogado Parodi (y, si vamos al caso, al Abogado Radicati di Brozolo y al Abogado Barra) actuando en nombre de los Demandantes a los fines de presentar la Solicitud.
224. En segundo lugar, esta conclusión se corrobora por el párr. 6 de la Solicitud, conforme al cual los Demandantes estarán representados por sus abogados “a los fines de la presente solicitud” [Traducción del Tribunal] lo que evidentemente abarcará el mismo acto de presentar la Solicitud al CIADI. Paralelo a ello, el Poder autorizaba en forma expresa al Sr. Parodi “[a] suscribir y enviar cualquier solicitud de arbitraje [...] a mi/nuestro nombre y en mi/nuestro nombre” (*ibídem*, pág. 2) [Traducción del Tribunal]. La Solicitud y el Poder (como parte del Anexo C-2) fueron presentados conjuntamente al Centro cuando se iniciaron los procedimientos arbitrales en el presente caso.
225. En tercer lugar, si bien este Tribunal no necesita fundarse en ello en vista de las demás razones enunciadas, parece haber un número considerable de ejemplos de casos CIADI en los cuales, conforme a los términos de la solicitud de arbitraje, se refiere a los demandantes como “sometiendo la diferencia” o “aceptando por la presente el ofrecimiento de la Demandada” y “declarando el consentimiento”, sin haber firmado de propio puño y letra la solicitud de arbitraje y sin la mera presencia de la firma de sus representantes legales debidamente designados que hayan llevado a un cuestionamiento respecto del consentimiento de los demandantes por parte de la demandada.
226. En cuarto lugar, el Tribunal no puede ver de qué manera el hecho de que el párr. 2(f) del Mandato NASAM mencionado *supra* incluye una obligación de los Demandantes de “firmar, cuando así lo exija el Abogado Parodi, la solicitud de arbitraje que redactaría él

en inglés, en tantas copias como sea necesario” podría afectar la interpretación del párr. 84 de la Solicitud, como explicara el Tribunal *supra*. Los documentos presentados al Centro a los fines de iniciar el presente arbitraje fueron la Solicitud acompañada por copias del Poder (realizado en el modelo del formulario adjunto a la carta de NASAM de fecha 8 mayo de 2006 y firmada por los Demandantes individuales¹⁰³)¹⁰⁴, con el Mandato NASAM no cumpliendo ningún papel en tal sentido.

227. En quinto lugar, incluso si hubiera que atribuirle alguna importancia al Mandato NASAM en este contexto, los Demandantes tienen razón en señalar que NASAM tenía la libertad de dispensar a los Demandantes de un supuesto compromiso de suscribir la Solicitud en persona. Esta fue una promesa hecha por los Demandantes a NASAM en el Mandato NASAM que es un contrato entre dos partes. El Tribunal no puede entender por qué razón la parte contratante a favor de la cual se introdujo dicha cláusula en el contrato no podría renunciar a ella en una etapa posterior. Al hacer esto, eliminaría simultáneamente la condición en virtud de la cual podría decirse que se perfeccionaba el contrato. De acuerdo a la presentación de los Demandantes (*C III § 66*), esto es exactamente lo que ocurrió en el presente caso, y no hay razón alguna para que el Tribunal cuestione la veracidad de esa aseveración. En esta cuestión el Tribunal concluye que debido a la dispensa por parte de NASAM del requisito para los Demandantes de suscribir en persona la Solicitud, la ausencia de las firmas de los Demandantes en la Solicitud no podría tener ningún efecto adverso sobre la validez del Mandato NASAM, menos aún –lo que sólo importa en este caso– sobre la validez de los Poderes y la Solicitud que estos acompañan como Anexo C-2.
228. En sexto lugar y por último, el Tribunal tiene dificultad en comprender el argumento de la Demandada de que los Demandantes podrían haber contado con firmar la Solicitud en persona y por ende tener otras oportunidades de decidir si prestar el consentimiento a un

¹⁰³ Véase Nota de fecha 8 de mayo de 2006 de NASAM en referencia a “Procedura arbitrale CIRDI-ICISD – UNCITRAL contro il governo argentino” (Anexo RA 107), con “Procura speciale” (“Special Power of Attorney” en la traducción al idioma inglés) adjuntos como Anexos 3 y 3 *bis* (Anexos RA 111 y RA 112).

¹⁰⁴ De conformidad con su párr. 5(iii), la Solicitud se acompaña de “una copia del poder otorgado a los abogados mencionados en el párr. 6 *infra*”, y se hace referencia a este nuevamente en la pág. 43 de la Solicitud cuando se establece que el Anexo C-2 incluye “una copia del poder otorgado a la Representación”; véase, asimismo, en este sentido párr. 230 *infra*. [Traducción del Tribunal]

arbitraje particular (*R II § 167; Tr pág. 91/15*). Después de todo, los Demandantes firmaron el Poder que expresamente autoriza al Abogado Parodi “[a] suscribir y enviar cualquier solicitud de arbitraje [...] a mi/nuestro nombre y en mi/nuestro nombre” (*ibídem*, pág. 2). Aunque ya este elemento sería suficiente para disipar cualquier duda en este sentido, además la carta de NASAM a los tenedores de bonos argentinos del 8 de mayo de 2006, es decir, más de dos años antes de la presentación de la Solicitud, hablaba claramente de iniciar procedimientos CIADI o CNUDMI, es decir, procedimientos arbitrales, contra Argentina¹⁰⁵. El Preámbulo, *lit. P* del Mandato NASAM hacía referencia a una transferencia bancaria electrónica a ser realizada por los Demandantes bajo el título “Arbitrato ICSID” (es decir, “Arbitraje CIADI”), y, contrariamente a lo afirmado por la Demandada (*R II § 166*), los Demandantes actuaron en consecuencia¹⁰⁶. A la luz de esto, es difícil creer que se tomó por sorpresa a los Demandantes cuando se presentó la Solicitud el 23 de junio de 2008.

3. La cuestión de los defectos en el Poder otorgado el Abogado Parodi

229. Según se mencionara *supra*, de conformidad con la Regla 1(1) de las Reglas de Iniciación, una solicitud de arbitraje “estará firmada por la parte solicitante o su representante debidamente autorizado” (énfasis agregado). Los Demandantes afirman que el Abogado Parodi actuó como dicho representante debidamente autorizado de los Demandantes al momento en que la Solicitud fue presentada al Centro el 23 de junio de 2008.
230. De acuerdo con el párr. 6 de la Solicitud, el Abogado Parodi representa a los Demandantes “[a] los fines de la presente Solicitud y del procedimiento arbitral [...] según [...] se designa en los poderes a los que se hizo referencia en el párr. 5 (iii) *supra*”.

¹⁰⁵ Nota de fecha 8 de 2006 de NASAM (North Atlantic Société d’Administration) respecto de “Procedura arbitrale CIRDI-ICSID – UNCITRAL contro il governo argentino” (“procedimientos arbitrales CIADI-CNUDMI contra el Gobierno Argentino”) (Anexo RA 107).

¹⁰⁶ Véanse los ejemplos de transferencias de efectivo realizadas por los Demandantes con la referencia al “Arbitrato ICSID” y de los Mandatos NASAM suscriptos (Anexos CA 49 y CA 50). Asimismo, los Demandantes señalaron al Tribunal su disposición para presentar copias de todos los Mandatos celebrados en el caso de que el Tribunal lo considerara necesario o útil (*C II § 15, n. 3*).

De conformidad con el párr. 5(iii), como se ha mencionado anteriormente¹⁰⁷, la Solicitud está acompañada por “una copia del poder otorgado a los abogados mencionados en el párr. 6 *infra*”[traducción del Tribunal]. El Tribunal reitera en ese sentido que los Demandantes han firmado poderes en el modelo del formulario adjunto a la carta con fecha 8 de mayo de 2006 mencionada anteriormente a favor del Abogado Parodi¹⁰⁸, por lo tanto otorgándole a esta persona facultades para actuar en su nombre. Estos Poderes se han puesto a disposición del Tribunal con relación a todos los Demandantes (véase *Solicitud*, págs. 8 y 43, haciendo referencia al Anexo C-2). En vista del hecho de que la fase actual del procedimiento únicamente aborda objeciones preliminares de carácter general, pero ninguna cuestión de jurisdicción que pueda surgir con relación a los demandantes individuales¹⁰⁹, a los fines de decidir esta fase preliminar, el Tribunal está satisfecho de su análisis del Anexo C-2 de que estos Poderes proveen un vínculo válido entre los Demandantes y la Solicitud.

231. La Demandada argumenta, sin embargo, que los Poderes otorgados por los Demandantes al Abogado Parodi son defectuosos, y esto en un doble sentido: En primer lugar, a los ojos de la Demandada, por un conjunto de razones son jurídicamente inválidos y por ende no podrían autorizar al Abogado Parodi a actuar en representación de los Demandantes (a). En segundo lugar, el alcance de estos Poderes no cubre la iniciación de procedimientos del CIADI de modo que, observado con mayor detenimiento, el Abogado Parodi en realidad no actuó como el “representante debidamente autorizado” de los Demandantes a los fines de presentar la solicitud para la iniciación de los procedimientos CIADI (b).

a) La supuesta invalidez del Poder

232. La Demandante afirma que tanto el Poder otorgado al Sr. Parodi como el Mandato NASAM violan una serie de requisitos de forma y fondo del derecho italiano (*R I* §§ 123, 129). Como los dos grupos de documentos se encuentran vinculados intrínsecamente,

¹⁰⁷ Véase párr. 226 *supra*.

¹⁰⁸ Véase nota de pie 103 *supra*.

¹⁰⁹ Véanse Acta de la Primera Sesión, punto 14; párr. 5 *supra*.

siguiendo la doctrina de “negozi collegati” en la que se basa Argentina, las deficiencias de uno afectarían necesariamente al otro. Los Demandantes pretenden refutar cada uno de los argumentos sobre la base del derecho italiano, pero sobre todo niegan la aplicabilidad del derecho italiano en primer lugar.

233. La esencia del disenso de las Partes en este sentido es si el art. 42 del Convenio CIADI y el art. 8(7) del TBI Argentina-Italia que abordan el derecho aplicable en los procedimientos del CIADI conducirían a la aplicación del derecho italiano a las cuestiones que están en juego en este caso. Este tema debe ser abordado por el Tribunal antes de involucrarse en el análisis del derecho italiano en relación con el presente caso.

234. De conformidad con el art. 42(1) del Convenio CIADI:

[e]l Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.

235. Con arreglo al art. 8(7) del TBI Argentina-Italia:

[e]l tribunal arbitral decidirá sobre la base del derecho de la Parte Contratante parte en la controversia -incluyendo las normas de esta última relativas a conflictos de leyes-, las disposiciones del presente Acuerdo, los términos de eventuales acuerdos particulares concluidos con relación a la inversión, como así también los principios de derecho internacional en la materia.

236. La Demandada afirma que ambas disposiciones señalan al derecho del Estado Contratante parte en la controversia, es decir Argentina, y que las normas argentinas sobre conflicto de leyes (a las cuales también hacen referencia ambas disposiciones) exigirían la aplicación del derecho italiano para todas las cuestiones pertinentes en el presente contexto (*R II § 171*). Sin embargo, al Tribunal no le convence este argumento y en cambio adhiere a la opinión predominante en esta área en el sentido de que las disposiciones mencionadas *supra* abordan la cuestión del derecho aplicable al fondo del

caso, y no el derecho aplicable a la determinación de la jurisdicción del Tribunal a los fines del art. 25 del Convenio CIADI¹¹⁰.

237. En este contexto, los Demandantes han invocado al caso *AMTO c. Ucrania*¹¹¹ (decidido sobre la base del Tratado de la Carta sobre Energía) donde el Gobierno demandado había cuestionado la validez del poder de representación de los abogados de la demandante. El Tribunal sostuvo que

[e]l derecho aplicable en este arbitraje es el [Tratado de la Carta sobre Energía] mismo y “las normas y los principios aplicables del derecho internacional” (Artículo 26(6)). No existe requisito alguno en el [Tratado de la Carta sobre Energía] concerniente a los poderes, ni el Demandado ha identificado principio del derecho internacional alguno aplicable que esté relacionado con los mismos. [...] Por consiguiente, el Tribunal Arbitral admite el poder otorgado [...] y resuelve que [...] la Solicitud de Arbitraje ha [...] sido plenamente autorizado por el Demandante. Se rechazan, por lo tanto, la excepción del Demandado basada en la falta de facultades¹¹². [Traducción del Tribunal]

238. La Demandada tiene razón en señalar que las disposiciones sobre derecho aplicable son bastante distintas cuando se compara el presente caso con el caso *AMTO*, con el art. 26(6) del Tratado de la Carta sobre Energía estableciendo que el tribunal “decidirá las cuestiones en litigio con arreglo al presente Tratado y a las normas del Derecho internacional aplicables.”. Sin embargo, el caso *AMTO* tiene aún validez para la proposición de que el derecho internacional en general no establece requisitos formales

¹¹⁰ Véase *Československa obchodní banká, A.S. c. Eslovaquia*, Caso CIADI N° ARB/97/4, Decisión sobre objeciones a la Jurisdicción, 24 de mayo de 1999, párr. 35; véase, asimismo, *Schreuer*, ICSID Convention Commentary, Art. 25, párr. 578, indicando que “[l]os tribunales han sostenido consistentemente que las cuestiones de jurisdicción no están sujetas al art. 42 que rige las cuestiones de fondo del caso” [Traducción del Tribunal] y haciendo referencia en este sentido a *Azurix Corp. c. Argentina*, Caso CIADI N° ARB/01/12, Decisión sobre Jurisdicción, 8 de diciembre de 2003, párrs. 48-50; *Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. c. Argentina*, Caso CIADI N° ARB/01/3, Decisión sobre Jurisdicción, 14 de enero de 2004, párr. 38; *Siemens AG c. Argentina*, Caso CIADI N° ARB/02/8, Decisión sobre Jurisdicción, 3 de agosto de 2004, párrs. 29-31; *AES Corporation c. Argentina*, Caso CIADI N° ARB/02/17, Decisión sobre Jurisdicción, 26 de abril de 2005, párrs. 34-39; *Camuzzi International S.A. c. Argentina*, Caso CIADI N° ARB/03/2, Decisión sobre Jurisdicción, 11 de mayo de 2005, párrs. 15-17, 51; *Jan de Nul c. Egipto*, Caso CIADI N° ARB/04/13, Decisión sobre Jurisdicción, 16 de junio de 2006, párrs. 65-68; véase, asimismo, *Alpha Projektholding GmbH c. Ucrania*, Caso CIADI N° ARB/07/16, Laudo, 8 de noviembre de 2010, párr. 226.

¹¹¹ Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, *Limited Liability Company AMTO c. Ucrania*, Caso CCS N° 080/2005, Laudo definitivo, 26 de marzo de 2008.

¹¹² *Ibidem*, párr. 56.

en relación con los poderes de representación, a diferencia del derecho local que con frecuencia contiene normas precisas sobre esa cuestión.

239. Más particularmente, y esta vez precisamente con respecto al art. 42(1) del Convenio CIADI y el art. 8(7) del TBI Argentina-Italia, el Tribunal de *Abaclat* concluyó lo siguiente de manera convincente:

[e]xiste amplio consenso en que la cuestión de la existencia y la validez del consentimiento en el sentido del artículo 25(1) del Convenio del CIADI no está sujeta a la ley aplicable a los méritos designada en el artículo 42 del Convenio del CIADI, sino al propio artículo 25 del Convenio del CIADI y a los instrumentos que expresan tal consentimiento. Este Tribunal coincide con esa opinión y considera que las cuestiones de consentimiento en el marco del artículo 25 del Convenio del CIADI están sujetas a los principios del derecho internacional y no corresponde aplicar ninguna ley nacional en particular. Esto se aplica no solo con respecto al contenido sustancial del consentimiento, o su validez sustantiva, sino también con respecto a su forma, o su validez formal. A este respecto, el artículo 8(7) del TBI, que se refiere a la ley aplicable a los méritos de la diferencia en el sentido del artículo 42 del Convenio del CIADI, es irrelevante para determinar la existencia de consentimiento¹¹³ [Traducción del Tribunal].

240. En una línea similar, el presente Tribunal considera que la cuestión de si existe “consentimiento escrito” para el arbitraje CIADI en el sentido del art. 25(1) del Convenio CIADI debe ser evaluada dentro del marco del propio Convenio CIADI. De conformidad con su art. 36(1) en combinación con la Regla de Iniciación N1(1), como se establece *supra*, una solicitud de arbitraje debe ser presentada por escrito y firmada por la propia parte solicitante o su representante debidamente autorizado. A la luz de la doble función del art. 36 en los casos del presente tipo¹¹⁴, estos requisitos constituyen las condiciones necesarias, pero también suficientes para otorgar el “consentimiento por escrito” en el sentido del art. 25 del Convenio.
241. Como consecuencia, la forma correcta de la solicitud de arbitraje y las disposiciones jurídicas aplicables a ella son, a los ojos del Tribunal, una cuestión *autónoma* a ser evaluada exclusivamente sobre la base del Convenio CIADI y, si estuvieran disponibles, los principios pertinentes del derecho internacional. En este sentido, el art. 36 del

¹¹³ Decisión *Abaclat*, párr. 430.

¹¹⁴ Véase párr. 211 *supra*.

Convenio CIADI y las Reglas de Iniciación fundadas en él constituyen *lex specialis* con relación al art. 42(1) del Convenio en tanto el primero contiene un conjunto integral, y exhaustivo de requisitos formales para que una solicitud de arbitraje sea presentada correctamente ante el CIADI de conformidad con el art. 36 y, en consecuencia, cumplir con el requisito previo del “consentimiento por escrito” del art. 25 del Convenio CIADI. Debido al hecho que las disposiciones pertinentes establecen los requisitos procesales para incoar procedimientos en bastante más detalle, el balance cuidadosamente elaborado entre la accesibilidad deseada del sistema de arbitraje del CIADI y el formalismo necesario volviéndose manifiesto en ese sentido no deberían cargar con elementos adicionales – y ajenos.

242. Sobre esta base, los requisitos formales que surgen del art. 36 del Convenio y las Reglas de Iniciación son: 1) la presentación por escrito de la solicitud de arbitraje al CIADI y 2) que ésta haya sido suscripta por el representante debidamente autorizado de los Demandantes. Bajo una estricta lectura de los requisitos de forma, no habría ni siquiera necesidad de que el Poder otorgado al representante sea por escrito, menos aún de una forma especial para esta autorización escrita. Por consiguiente, los requisitos de forma establecidos por el derecho local para la validez del Poder que autoriza al representante a actuar no puede tener relevancia alguna en el caso que nos ocupa¹¹⁵.
243. La parte que presenta la solicitud de arbitraje debe, por lo tanto, ser capaz de probar para la satisfacción del Tribunal que su representante debidamente autorizado actuó en su representación al presentar la solicitud de arbitraje, pero no más que eso. Por ende, debe haber evidencia, al momento de la presentación de la solicitud de arbitraje CIADI, de la existencia de una autorización por parte del/de los demandante(s) a un particular que sea suficientemente integral y precisa de modo de facultar a ese particular a actuar en representación del demandante a los fines de iniciar procedimientos CIADI.

¹¹⁵ Véase la conclusión similar a la que se arribó en la Decisión *Abaclat*, párr. 432: “Con respecto a los requisitos formales, en el artículo 8 del TBI no se establece ningún requisito específico en cuanto a la forma, mientras que en el artículo 25(1) del Convenio del CIADI solo se requiere que el consentimiento se preste por escrito. No se requiere una testación por notario ni ningún otro procedimiento suplementario”.

244. Por lo tanto, el Tribunal concluye sobre esta cuestión que la validez de la Solicitud debe ser evaluada exclusivamente a la luz de los requisitos formales del art. 36 del Convenio CIADI y las Reglas de Iniciación. Ambos requisitos pertinentes, es decir, la presentación por escrito de la Solicitud de arbitraje y su suscripción por parte del representante debidamente autorizado, se cumplen, como lo demuestra la propia Solicitud y los Poderes anexos otorgados al Abogado Parodi por parte de los Demandantes. En lo que concierne al último requisito, sin embargo, se debe agregar una salvedad: La cuestión de si los Poderes de Representación otorgados al Abogado Parodi eran suficientemente integrales y precisos para facultarlo a iniciar procedimientos CIADI en representación de los Demandantes sólo será abordada en el siguiente apartado conjuntamente con los argumentos pertinentes de las Partes.
245. Además de las disposiciones mencionadas *supra*, en virtud de las normas pertinentes del derecho internacional, no se aplica ningún otro requisito formal a la autorización de los representantes de la parte solicitante de modo tal que no hay necesidad de que el Tribunal aborde los diversos argumentos planteados en cuanto a la invalidez de los Poderes en virtud del derecho italiano.
246. En lo que se refiere a la cuestión del Mandato NASAM, el cual, de acuerdo a sus propios términos (*ibídem*, n° 16), se rige por el derecho italiano, el Tribunal considera que esto no tiene ninguna relación con la validez de la presentación de la Solicitud de Arbitraje al CIADI. Debido a la inaplicabilidad del derecho local italiano en el presente contexto, tampoco la doctrina jurídica italiana de “negozi collegati”, cualquiera su alcance y estado dentro del ordenamiento jurídico italiano, sería de relevancia en este caso. El Tribunal no puede ver por lo tanto de qué manera la supuesta invalidez, en virtud del derecho italiano, del Mandato NASAM (que es un contrato entre los Demandantes y NASAM) podría tener el efecto de invalidar los Poderes. En consecuencia, no hay necesidad de que el presente Tribunal se explaye sobre los argumentos de las Partes en cuanto a la validez *vel non* del Mandato NASAM y en lo que se refiere a la cuestión de si el Mandato NASAM y los Poderes constituyen “negozi collegati”.

b) Supuestos defectos en el alcance del Poder

247. La Demandada argumenta, asimismo, que incluso si el Poder fuese válido, en ningún lugar del documento los Demandantes autorizan a sus abogados a presentar una solicitud de arbitraje al CIADI y que ni el Centro ni el TBI Argentina-Italia fueron mencionados en el Poder (*R I § 117; R II § 165*). La Demandada sugiere que a la luz de este defecto no se puede considerar que los Demandantes hayan prestado su consentimiento a la jurisdicción del Centro.
248. En el “Poder Especial”, se le otorga al Abogado Parodi “toda la autoridad y facultades más amplias para representar y defender a los suscriptores con relación a todos los derechos y facultades conferidas a los suscriptores por la propiedad de los [...] bonos” mencionadas en el documento respectivo (*ibídem*, pág. 1). En particular, esta autoridad y facultades conferidas le permiten al Abogado Parodi “[s]uscribir y enviar cualquier solicitud de arbitraje” (*ibídem*, pág. 2) y actuar en nombre de los Demandantes y en su representación “ante cualquier Tribunal Arbitral y/o a cualquier otro Tribunal o Autoridad competente de cualquier País del Mundo (con la excepción de Italia) con relación a dichos bonos” (*ibídem*, pág. 2) [traducción del Tribunal].
249. El Tribunal considera que esta autorización es, en el sentido mencionado *supra*, lo suficientemente integral y precisa como para facultar al Abogado Parodi a iniciar procedimientos en representación de los Demandantes. El Poder utiliza un lenguaje amplio en tanto se refiere a “toda la autoridad y facultades más amplias para representar” a los Demandantes y, en particular, al Abogado Parodi estando autorizado para suscribir y enviar “cualquier solicitud de arbitraje” (énfasis agregado) “ante cualquier Tribunal Arbitral [...] con relación a dichos bonos” (énfasis agregado). Desde el punto de vista del Tribunal, sólo se pueden entender estos párrafos de modo que cada Demandante que firma este Poder ha convertido al Abogado Parodi en su “representante debidamente autorizado” a los fines de presentar una solicitud de arbitraje ante el CIADI.
250. Cualquier otra interpretación de estas disposiciones implicaría una distorsión del lenguaje del Poder. Aunque la frase “Acta de Misión” (en letras mayúsculas) (*ibídem*, pág. 2) podría referirse al arbitraje CCI, como ha sugerido la Demandada (*R III § 72*), esto no

puede de ninguna manera llevar a un resultado diferente, en vista de las autorizaciones amplias y reiteradas de suscribir *cualquier* solicitud de arbitraje ante *cualquier* tribunal arbitral.

251. De manera similar, en tanto la Demandada argumenta que la expresión “cualquier arbitraje de cualquier País del Mundo” es claramente incompatible con la naturaleza y características del arbitraje CIADI (*R III § 73*), el Tribunal no está de acuerdo. En primer lugar, la cita en el Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada confunde el texto del Poder cuando el pasaje pertinente reza: “[L]a autoridad y facultades conferidas *supra* permitirán específicamente al Sr. PIER *[sic]* GIUSEPPE PARODI [...] [a] suscribir y enviar cualquier solicitud de arbitraje [...] a cualquier Tribunal Arbitral y/o a cualquier otro Tribunal o Autoridad competente de cualquier País del Mundo (con la excepción de Italia) [...]”[traducción del Tribunal]. No está nada claro, ya como una cuestión de construcción de la oración, si la frase “de cualquier País del Mundo” está relacionada únicamente a “cualquier otro Tribunal o Autoridad competente” o también a “Tribunal Arbitral”; y lo mismo es cierto para la versión en idioma italiano¹¹⁶. En segundo lugar, y más importante, el Tribunal querría resaltar una vez más que la autorización amplia del Abogado Parodi para suscribir *cualquier* solicitud de arbitraje ante *cualquier* tribunal arbitral decidiría cualquier ambigüedad restante en favor de que el Abogado Parodi ha sido autorizado por los Demandantes a iniciar procedimientos arbitrales ante el CIADI en su representación.
252. En consecuencia, el Tribunal concluye que no habría defecto alguno en el alcance del Poder suscripto por los Demandantes a favor del Abogado Parodi que plantearía dudas en cuanto al carácter integral y preciso del Poder para convertir al Abogado Parodi en el representante debidamente autorizado de los Demandantes a los fines de presentar una solicitud de arbitraje al CIADI.

¹¹⁶ Véase Procura Speciale (es decir, el original del Poder en idioma italiano, Anexo RA 111), pág. 2: “[L]’attività ed i poteri come sopra conferiti legittimano specificamente l’Avv. PIER *[sic]* GIUSEPPE PARODI [...] [a] firmare ed inoltrare ogni richiesta di arbitrato [...] ad ogni Tribunale Arbitrale e/o ad ogni altra Corte od Autorità competente di qualsiasi Paese del mondo (ad esclusione dell’Italia) [...]”.

253. Se puede llegar a este resultado, como al Tribunal le gustaría resaltar, sin la necesidad de basarse en el Mandato NASAM que constituye un contrato perfeccionado entre los Demandantes y NASAM. Las Partes han empleado mucha tinta para establecer, o refutar, que el Mandato NASAM contribuyó a la autorización para iniciar procedimientos CIADI. En ese sentido el Tribunal coincidiría con la Demandada en que surge cierta tensión al argumentar, por una parte, que el Poder es un documento autónomo a los fines de evaluar la validez del último y, por otra parte, utilizar el Mandato NASAM para interpretar el alcance del Poder.
254. Sin embargo, el Tribunal no llegaría tan lejos como para hablar de una contradicción en ese respecto. Aún admitiría que las reiteradas referencias en el Mandato NASAM al arbitraje CIADI¹¹⁷ pueden ser utilizadas como un argumento auxiliar para reforzar el argumento principal e independiente de que el Poder como tal era lo suficientemente amplio como para autorizar al Abogado Parodi a incoar procedimientos CIADI en nombre de los Demandantes. Las referencias en el Mandato NASAM confirman que los Demandantes eran bien conscientes de que el Abogado Parodi se estaba preparando para presentar sus reclamos ante un tribunal arbitral internacional y que esto se haría dentro del marco del CIADI. En particular, como ya se mencionara *supra*¹¹⁸, *lit. P* del Preámbulo del Mandato NASAM hacía referencia a una transferencia bancaria electrónica a ser efectuada por los Demandantes con el asunto “Arbitrato ICSID” (es decir, “Arbitraje CIADI”), y los Demandantes actuaron en consecuencia. Además, la carta de NASAM con fecha 8 de mayo de 2006 dirigida a los tenedores de bonos argentinos hablaba claramente de la intención de incoar procedimientos CIADI o CNUDMI contra Argentina¹¹⁹. A la luz de esto, es difícil creer que los Demandantes se sorprendieron cuando se presentó la Solicitud de Arbitraje el 23 de junio de 2008.

¹¹⁷ Véase Mandato NASAM, Preámbulo, *lit. H, O y P*, págs. 2, 5 y 6.

¹¹⁸ Véase párr. 228 *supra*.

¹¹⁹ Nota de NASAM de fecha 8 de mayo de 2006 concerniente a “Procedura arbitrale CIRDI-ICSID – UNCITRAL contro il governo argentino” (“procedimiento arbitral CIADI-CNUDMI contra el Gobierno Argentino”) (Anexo RA 107).

4. Las cuestiones de la falta de la firma del Abogado Parodi en la Solicitud y la autorización al Abogado Radicati di Brozolo para firmar en su representación

255. Habiendo establecido de este modo que el Abogado Parodi era el representante debidamente autorizado de los Demandantes a los fines de presentar la Solicitud de Arbitraje en nombre de los Demandantes, ha surgido otra cuestión en los procedimientos, es decir, la ausencia de la firma del Abogado Parodi en la Solicitud. El tema no ha sido objeto de controversia entre las Partes. Lo mismo es cierto para el hecho de que hay efectivamente una firma en el lugar en el que debería haber estado la firma del Abogado Parodi precedida por la abreviatura “pp”, que quiere decir “*per procuracionem*”. La Demandada afirma en este sentido que, debido a la firma ilegible, se desconoce quien firmó en representación del Abogado Parodi (*Tr* pág. 346/5). El Tribunal ya ha concluido en ese sentido¹²⁰ que se deduce de la afirmación de los Demandantes (*C III § 11*), lo cual no fue cuestionado por la Demandada, que fue el Abogado Radicati di Brozolo quien firmó por el Abogado Parodi.
256. Sin embargo, las Partes disienten fundamentalmente en qué consecuencias jurídicas surgen del hecho de que el Abogado Parodi no suscribiera la Solicitud. Los Demandantes han esgrimido diferentes argumentos en pos de establecer que, aunque el Abogado Parodi no suscribió la Solicitud *manu propria*, el Abogado Radicati di Brozolo, como la única persona que suscribiera la Solicitud, estaba autorizado a actuar en representación del Abogado Parodi al firmar dicha Solicitud. La Demandada niega que exista tal autorización en la fecha pertinente.
257. El Tribunal considera en este sentido que el argumento de los Demandantes en cuanto a la existencia de una práctica corriente en Italia de abogados que firman “*anche per i colleghi*” (*Tr* pág. 469/19) puede no tener relevancia alguna en este caso en tanto el Tribunal ya ha concluido, en un contexto relacionado¹²¹, que las cuestiones de jurisdicción del Centro y de representación lícita ante él no están regidas por el derecho local, sino por el derecho internacional.

¹²⁰ Véase párr. 217 *supra*.

¹²¹ Véase párr. 241 *supra*.

258. No obstante, en el tercer día de la Audiencia sobre Jurisdicción, los Demandantes presentaron al Tribunal una carta, con fecha 3 de junio de 2008 y dirigida al Abogado Radicati di Brozolo y al Prof. Barra (*Tr pág. 350/18; Anexo CA 77*). Ante una pregunta de la Demandada, el Abogado Radicati di Brozolo confirmó que la firma en la carta es la del Abogado Parodi (*Tr pág. 352/22*). En su traducción al español, reza lo siguiente:

Estimados colegas,

Respecto del nuevo proceso arbitral que va a presentarse ante el CIADI, en nombre del Señor Alpi y otros bonistas tenedores de bonos argentinos que me han dado los poderes para defenderlos y sobre la base de las facultades que se me han brindado en base al mandato, designo a un abogado conjunto a quien le brindo todos los poderes para representarlos y defenderlos en forma conjunta¹²².

259. En el supuesto de que fuera aceptada, esta carta constituiría una subdelegación válida de las facultades de representación en el presente caso por parte del Abogado Parodi como representante debidamente autorizado de los Demandantes en favor del Abogado Radicati di Brozolo y el Prof. Barra como abogados conjuntos. En efecto, esta subdelegación se encuentra expresamente autorizada por el Poder conforme al cual el Abogado Parodi está facultado “[a] delegar, en todo o en parte, cualquiera de las siguientes autoridades y facultades a cualquier otro abogado o colega de su elección” (*ibídem*, pág. 4).
260. El hecho de que el Abogado Radicati di Brozolo firmara la Solicitud con fecha 23 de junio de 2008 en su puño y letra no está controvertido entre las Partes. Suponiendo que la carta anteriormente mencionada, que es de fecha 3 de junio de 2008, estuviese efectivamente firmada en esa fecha por el Abogado Parodi, el Abogado Radicati di Brozolo habría estado autorizado a suscribir la Solicitud en nombre del Abogado Parodi y, por consiguiente, también en representación de los Demandantes. Desde el punto de vista del derecho internacional sobre la base del cual deben ser evaluadas las cuestiones de representación, no puede haber objeción alguna a esta cadena de autorización y subautorización en tanto y en cuanto la cadena sea ininterrumpida y existiera al momento en

¹²² La versión original en idioma italiano reza: “Cari Colleghi, in relazione al nuovo arbitrato che sarà sottoposto all’ICSID per conto del Sig. Alpi e degli altri portatori di bonds argentini che hanno a me conferito mandato a difenderli, ed in virtù dei poteri conferitimi dal mandato stesso, vi nomino miei co-difensori attribuendovi tutti i poteri per rappresentarli e difenderli congiuntamente o disgiuntamente.”

que debía perfeccionarse el consentimiento al arbitraje, es decir, en el presente caso, el 23 de junio de 2008.

261. Sin embargo, la presentación tardía de la carta en cuestión en enero de 2011 arroja algunas dudas respecto de la credibilidad de este documento. Los Demandantes informaron al Tribunal que la carta fue extraída de archivos internos sólo en este momento (*Tr pág. 351/14*). La Demandada puso en duda la presentación y la credibilidad del documento (*Tr pág. 352/3*), calificándola como una “carta cuyo valor probatorio es cuestionable” (*R III § 40*).
262. El Tribunal observa que la Demandada formula dos argumentos en este sentido – uno a nivel jurídico (a), el otro a nivel probatorio (b) – que deben ser abordados de a uno por vez.
263. (a) En primer lugar, la Demandada formula el argumento *jurídico* de que los Demandantes tendrían que haber adjuntado la carta al momento de presentar la Solicitud a fin de demostrar que el Abogado Radicati di Brozolo había sido autorizado para representarlos (*Tr pág. 353/1*). El Tribunal no está convencido por este argumento y considera que la distinción entre los arts. 25 y 36 del Convenio CIADI mencionada *supra*¹²³ tiene relevancia para desentrañar las cuestiones jurídicas que están en juego en el caso que nos ocupa. En este sentido, el Tribunal considera crucial diferenciar la cuestión de si el Abogado Radicati di Brozolo se encontraba *efectivamente facultado* para actuar en representación de los Demandantes el 23 de junio de 2008 de la cuestión de si este hecho se encontraba *debidamente documentado* en ese momento. Mientras que la primera es una cuestión de jurisdicción del Centro en virtud del art. 25 del Convenio, la segunda está relacionada con el art. 36 del Convenio.
264. Como ya se estableciera *supra*¹²⁴, el art. 36 del Convenio CIADI y la Regla N1(1) de las Reglas de Iniciación prevén 1) la presentación escrita de la solicitud de arbitraje y 2) el que haya sido suscripta por la parte solicitante o su representante debidamente autorizado

¹²³ Véanse párrs. 206 y ss. *supra*.

¹²⁴ Véanse párrs. 219, 240 *supra*.

como requisitos formales para la solicitud de arbitraje. Además, la Regla de Iniciación 2(2) identifica que estas informaciones deben estar incluidas en la solicitud de arbitraje que debe, asimismo, estar respaldada por documentación; el documento que autoriza al representante que suscribe la solicitud a que actúe en nombre de los Demandantes no figura entre ellas. Sobre esta base, la Regla de Iniciación 5 le confía al Secretario General del CIADI el envío a la parte solicitante del reconocimiento de haber recibido la solicitud de arbitraje. Además, de conformidad con el art. 36(3) del Convenio CIADI y la Regla de Iniciación 6(1), el Secretario General deberá, en cuanto pueda, ya sea registrar la solicitud de arbitraje o, “si concluye, en base a la información contenida en la solicitud, que la diferencia está manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro, notificar a las partes su denegación de registro de la solicitud y las razones en que se funda”.

265. De seguro, en el supuesto que al momento de presentar la Solicitud hubiesen habido dudas respecto de la suscripción de la Solicitud por parte del representante debidamente autorizado de la parte solicitante, el Secretario General tendría que haber entrado en acción, en virtud de la Regla de Iniciación 6, en tanto esta falta de firma podría, dadas las circunstancias del caso, poner en duda la propia existencia del requisito jurisdiccional del consentimiento por escrito de los Demandantes. Sin embargo, no hay indicación alguna de que existiera esta duda o de que fuera planteada en ese momento. Además, en vista del hecho de que la Regla de Iniciación 2(2) no exige que la parte solicitante en la etapa de presentación de la solicitud de arbitraje suministre documentación que respalde que el representante que suscribió la solicitud actuaba como un “representante debidamente autorizado” dentro del sentido de la Regla de Iniciación 1(1), no hubo fundamento para que el Secretario General denegara el registro de la Solicitud de conformidad con la Regla de Iniciación 6(1)(b).
266. Sin embargo, en el supuesto de que se tuviera que llegar a la conclusión de que el Secretario General no debería haber procedido al registro de la Solicitud, este Tribunal considera, y existe autoridad de relevancia al respecto, que determinadas violaciones al art. 36 del Convenio CIADI y la Regla de Iniciación 1 son de naturaleza esencialmente *procesal* y no crean como tal una prohibición a la jurisdicción del Centro. En los términos del Profesor Schreuer: “[A]nte cualquier defecto en una solicitud de arbitraje en virtud

del Art. 36(2) y la Regla 2, el Secretario General no denegará necesariamente el registro de la solicitud sino que puede consultar con el Demandante con miras a la complementación o corrección de la solicitud. Una vez que se registra la solicitud, ya no se pueden plantear los defectos en ella y no pueden operar como una prohibición a la jurisdicción del Tribunal¹²⁵” [Traducción del Tribunal].

267. Como se mencionara *supra*, la decisión acerca de la cuestión de si hay jurisdicción *vel non* pertinente al Tribunal debe fundarse en el art. 25 del Convenio CIADI y su requisito de “consentimiento escrito”. En este sentido, el Tribunal debe decidir si existió objetivamente el consentimiento escrito al arbitraje del CIADI dentro del sentido del art. 25. El Profesor Schreuer observa en este sentido: “Una vez que se ha registrado la solicitud, el tribunal debe cerciorarse de la existencia de la totalidad de los requisitos jurisdiccionales *sobre la base del Art. 25* a la luz de todas las pruebas disponibles. Las omisiones, errores y otros defectos en la solicitud de arbitraje no constituyen un fundamento independiente para que un tribunal deniegue la jurisdicción¹²⁶” [Traducción del Tribunal].
268. Por consiguiente, el Tribunal concluiría que, incluso si la Secretaría no hubiese entrado en acción con respecto a los requisitos del art. 36 del Convenio CIADI y las Reglas de Iniciación, esto sería sin mayores consecuencias a nivel del art. 36 una vez que se registró la Solicitud, lo cual ocurrió el 28 de julio de 2008. En lo que se refiere al art. 25 del Convenio que se relaciona con la cuestión pertinente que el Tribunal debe decidir, el criterio debe ser si se cumplió objetivamente el requisito del “consentimiento escrito” en la fecha pertinente, es decir el 23 de junio de 2008¹²⁷ –independientemente de si podría

¹²⁵ Schreuer, ICSID Convention Commentary, 1st ed., art. 36, párr. 43 (haciendo referencia a *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. Argentina*, Caso CIADI N° ARB/93/3, Decisión sobre Jurisdicción, 14 de noviembre de 2005, párrs. 22, 23, 45-49, 98-104 y *Metalpar c. Argentina*, Caso CIADI N° ARB/03/5, Laudo, 6 de junio de 2008, párr. 11).

¹²⁶ Schreuer, ICSID Convention Commentary, 1st ed., Art. 36, párr. 42; énfasis agregado.

¹²⁷ Véase R. Dolzer/C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford 2008, 41; Schreuer, ICSID Convention Commentary, 1st ed., art. 25, párrs. 36, 38: “Es un principio aceptado en materia de resolución internacional de controversias que la jurisdicción será determinada por referencia a la fecha en la cual son incoados los procedimientos. Esto significa que en esa fecha se deben cumplir todos los requisitos jurisdiccionales. [...] Los Tribunales del CIADI han aplicado este principio sistemáticamente” [Traducción del Tribunal], con referencias a *Antoine Goetz y otros c. Burundi*, Caso CIADI N° ARB/95/3, Laudo, 10 de febrero de 1999, párr. 72; *Zhinvali Development Ltd. c. Georgia*, Caso CIADI N° ARB/00/1, Laudo, 24 de enero de 2003, párr. 307; *Bayindir Insaat*

haber existido un problema de documentación de ese consentimiento escrito en esa fecha. Por lo tanto, la aparición tardía de la carta mencionada *supra* en los procedimientos no puede como tal poner en dudas la jurisdicción del Centro ni la competencia del presente Tribunal para decidir el caso que nos ocupa.

269. (b) En lo que se refiere a la segunda cuestión, la Demandada cuestiona el valor *probatorio* de la carta mencionada *supra*. El Tribunal considera en ese sentido que, aunque las circunstancias de presentación de la carta fueron ciertamente peculiares, no existe fundamento alguno para que el Tribunal se niegue a agregar la carta al expediente del caso y derivar conclusiones pertinentes. En primer lugar, el Tribunal no tiene razón alguna para poner en dudas que la firma en la carta sea la del Abogado Parodi, en tanto esto fue confirmado a pedido de la Demandada por el Abogado Radicati di Brozolo en la Audiencia sobre Jurisdicción (*Tr* pág. 353/2). Además, en lo que respecta a las firmas en las cartas de los Demandantes de 10 de junio de 2010 (págs. 1, 14) y 21 de septiembre de 2011 así como en el Escrito de los Demandantes Posterior a la Audiencia (*C III* pág. 49), la Demandada no refutó que fueran del Abogado Parodi. Cuando se las compara con la firma en la carta del 3 de junio de 2008, parecen lo suficientemente similares como para llegar a la conclusión de que fue siempre el Abogado Parodi quien suscribió estos documentos. En segundo lugar, en lo que concierne a las cuestiones de tiempo, la carta lleva la fecha 3 de junio de 2008 y no existe prueba en contrario que establezca que ese documento podría haberse creado en una fecha posterior.
270. A la luz de estos hallazgos, el Tribunal debe concluir que la cadena de autorización de los Demandantes al Abogado Parodi (a través del Poder) y del Abogado Parodi al Abogado Radicati di Brozolo (a través de la carta en cuestión) es ininterrumpida y completa y debe considerarse que ha existido al momento de presentación de la Solicitud de Arbitraje, es decir, el 23 de junio de 2008. Por consiguiente, en el presente caso se cumple el requisito de jurisdicción del consentimiento escrito.

Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. Paquistán, Caso CIADI N° ARB/03/29, Decisión sobre Jurisdicción, 14 de noviembre de 2005, párr. 178; *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. Argentina*, Caso CIADI N° ARB/97/3, Decisión sobre Jurisdicción, 14 de noviembre de 2005, párr. 60.

271. En este contexto, el Tribunal le asignaría también alguna relevancia a la posterior intervención del Abogado Parodi por carta con fecha 10 de junio de 2010¹²⁸ y en particular a su firma en el Escrito de los Demandantes Posterior a la Audiencia (*C III* pág. 49) y en la carta de los Demandantes de 21 de septiembre de 2011. Para estar seguros, cualquier intervención del Abogado Parodi posterior al 23 de junio de 2008 no podría, de pleno derecho, haber subsanado la falta de autorización en la fecha pertinente. Por consiguiente, el Tribunal no puede avalar el argumento de que las firmas posteriores del Abogado Parodi en los escritos de los Demandantes constituyeron “su ratificación formal de la totalidad de las presentaciones orales y escritas de los Demandantes en este arbitraje” (*C III* § 8; véase, asimismo, carta de los Demandantes de 21 de septiembre de 2011) en tanto se entendió que estas “subsanaban” una anterior falta de autorización. Sin embargo, a nivel probatorio, los actos ulteriores del Abogado Parodi indican, como señalara el Abogado Radicati di Brozolo (*Tr* pág. 469/6), que el Abogado Parodi tenía conocimiento y había accedido a todas las etapas del procedimiento, incluida la etapa inicial de presentación de la Solicitud de Arbitraje.
272. En tanto que el Tribunal ya ha concluido en este punto que existía el consentimiento por escrito de los Demandantes dentro del sentido del art. 25 del Convenio CIADI en el momento pertinente, existe un argumento en subsidio por parte de los Demandantes que tiene algún mérito a los ojos de este Tribunal. No sólo parece ser una práctica corriente en los procedimientos del CIADI que el representante de la parte solicitante suscriba la solicitud de arbitraje en lugar de la propia parte solicitante¹²⁹, también parece ser una práctica habitual en los casos que tramitan ante el CIADI que el abogado autorizado personalmente por los Demandantes no suscriba la solicitud de arbitraje *manu propria*, sino que su estudio jurídico o sus colegas firmen por él. También parece ser una práctica en el arbitraje internacional, particularmente de los estudios jurídicos ingleses y estadounidenses que actúan como representación, el firmar sólo con el nombre del estudio jurídico en lugar de poner el nombre de un abogado particular¹³⁰. Que el Tribunal

¹²⁸ La otra nota de fecha 24 de junio de 2010 a la cual se refieren los Demandantes (*C III* § 8, n. 6) ostenta el nombre del Abogado Parodi, pero no su firma.

¹²⁹ Véase párr. 221 *supra*.

¹³⁰ Esto fue mencionado por un Miembro del Tribunal durante la Audiencia sobre Jurisdicción (*Tr* pág. 472/21).

sepa, hasta ahora ningún otro Tribunal CIADI ha discrepado con esta práctica que contaría como otra indicación de que las cuestiones de representación deben ser analizadas en el contexto del derecho y la práctica internacional pertinente, y más específicamente, la práctica CIADI pertinente, y que el requisito de la firma por parte del “representante debidamente autorizado” dentro del sentido de la Regla de Iniciación 1(1) es aplicada por los Tribunales CIADI de manera flexible. Podría decirse que esto refleja también las necesidades de la práctica arbitral contemporánea, en particular en los estudios jurídicos de mayor envergadura, donde es común que en vistas del vencimiento inminente de los plazos para la presentación de escritos otros abogados firmen en representación de sus colegas.

5. El papel de NASAM en el presente procedimiento

273. Teniendo en cuenta el lugar prominente acordado a NASAM en las presentaciones de las Partes, el Tribunal considera pertinente abordar específicamente su papel en el presente caso, aunque reconociendo que NASAM no es una parte del procedimiento.
274. Es indiscutible que NASAM, es decir la *North Atlantic Société d'Administration*, es una compañía activa desde el año 1978 en Mónaco. En el año 1998, fue adquirida por Guardian SA, una compañía fiduciaria con sede en Suiza. En el año 2006, NASAM decidió coordinar, organizar y financiar la acción jurídica de los tenedores de bonos argentinos contra Argentina.
275. Además, los Demandantes hacen hincapié en que NASAM no es un banco ni una institución financiera y que en ningún momento se involucró, directa o indirectamente, en la colocación de bonos argentinos con ningún inversor, y en particular con los Demandantes. Tampoco tiene NASAM en el presente, ni tuvo en el pasado, vínculo alguno con los bancos italianos involucrados en la colocación de estos bonos con respecto a dicha colocación. En este sentido, los Demandantes insisten en que esta controversia debe distinguirse claramente del caso *Abaclat* donde el tercero que financia una asociación de bancos italianos, la llamada “*Task Force Argentina*” (C I §§ 89, 90). La Demandada no ha cuestionado este aspecto de las afirmaciones de los Demandantes en lo que se refiere a NASAM.

276. En cuanto al papel de NASAM en el presente procedimiento más específicamente, la inquietud de la Demandada no es el acuerdo de financiamiento como tal, sino que NASAM fuera la fuerza impulsora detrás del presente arbitraje y quien tiene el control absoluto sobre este. De acuerdo a la Demandada, el Mandato NASAM crea una barrera prohibida entre los Demandantes y sus abogados (*R II § 191*). En la opinión de la Demandada, NASAM es la “parte real con interés” en la presente controversia (*R I § 264*).
277. El Tribunal considera que, aunque NASAM, sin duda alguna, ha cumplido un papel especial no sólo al financiar el presente procedimiento por los Demandantes, sino también reuniéndolos y coordinándolos para dirigir el procedimiento contra la Demandada, esto no equivale a poner a NASAM en una posición de “control” del presente procedimiento. Los abogados actuantes en este caso están obligados por el Poder que los vincula jurídicamente a los Demandantes y sólo a los Demandantes. Al mismo tiempo, estos abogados no están obligados por el Mandato NASAM que es un contrato entre NASAM y los Demandantes. Los Abogados de los Demandantes señalaron específicamente en la Audiencia sobre Jurisdicción que representan a los Demandantes en lugar de a NASAM y no reciben instrucciones de esta última (*Tr págs. 163/13, 493/18*). Además, a pesar de la carta de NASAM a los Demandantes del 17 de mayo de 2010 pretendiendo invitarlos a no aceptar la Oferta de Canje de 2010 de Argentina, una parte importante de los Demandantes originales en el presente caso decidieron aceptarla (*C III § 32; Tr pág. 164/5*).
278. Por consiguiente, el Tribunal no puede concluir que NASAM sea más que un tercero que tiene una relación especial con los Demandantes. No es parte del presente procedimiento. El Mandato NASAM no interfiere en la capacidad de los Demandantes de conducir el presente procedimiento en su interés superior y de dar instrucciones a sus abogados en consecuencia. En síntesis, según la opinión del Tribunal, no existen indicaciones corroboradas de que habría un control externo del presente procedimiento por parte de un actor externo o un conflicto de intereses que menoscabaría el correcto ejercicio de la jurisdicción por parte del Tribunal. Por lo tanto, no se requiere mayor análisis de la participación de NASAM en la presente disputa.

III. NACIONALIDAD Y LEGITIMACIÓN DE LOS DEMANDANTES

A. Posiciones de las Partes

1. Argumentos de la Demandada

a) El requisito de nacionalidad en virtud del art. 25 del Convenio CIADI y el art. 1(2) del TBI Argentina-Italia

279. La Demandada argumenta que los Demandantes no han presentado prueba del requisito de nacionalidad bajo el art. 25 del Convenio CIADI ni de los requisitos de nacionalidad y domicilio del TBI Argentina-Italia y el Protocolo Adicional (*R I § 239*). En particular, un inversor (independientemente de que se trate de una persona física o jurídica) debe tener la nacionalidad del Estado Contratante que no es el Estado Parte de la controversia (nacionalidad positiva) y no debe tener la nacionalidad del Estado receptor (nacionalidad negativa) en la fecha del consentimiento y en la fecha de registro en el caso de personas físicas. Además, los Demandantes no deben haber estado domiciliados en Argentina por más de dos años antes de la adquisición de sus derechos de títulos (*R I §§ 245, 246; R III § 164*).
280. Además, a los ojos de la Demandada, es indiscutible que los Demandantes tienen la carga de probar que cumplen con los requisitos de nacionalidad y domicilio del art. 25(2) del Convenio CIADI y del art. 1(2) del TBI Argentina-Italia y del Protocolo Adicional (*R I § 240; Tr pág. 412/6*).
281. Sin embargo, de acuerdo a la Demandada, los documentos presentados por los Demandantes no cumplen con los requisitos necesarios. Simples copias de certificados de residencia y documentos de identidad no son suficientes para cumplir con los estándares probatorios de los criterios anteriormente mencionados (*R I § 248; R III § 167*). En particular, los Demandantes no han demostrado que no poseen la nacionalidad argentina, que no tienen doble nacionalidad ni que cumplen con el requisito de no residencia (*Tr pág. 116/10*).

b) Número e identidad de los Demandantes

282. De acuerdo a la Demandada, la documentación presentada por los Demandantes respecto de su número e identidad contiene errores insalvables, exhibe inconsistencias y se encuentra incompleta. Por lo tanto, es imposible identificar correctamente a los Demandantes o a sus tenencias (*R III § 170; Tr pág. 117/2*).

c) Falta de legitimación debido a los procedimientos legales de los Demandantes contra los bancos vendedores

283. La Demandada afirma que los Demandantes siguen siendo libres de continuar procedimientos legales, además del presente contra Argentina, contra los bancos vendedores para intentar hacer valer cualquier *recurso* que ellos prefieran, incluso la restitución del precio de venta después de una declaración de nulidad, anulación o rescisión de los contratos de compraventa. De acuerdo a la Demandada, los Demandantes han admitido que al menos algunos de ellos han iniciado dichas demandas, pero se negaron a facilitar cualquier evidencia respecto de ellas (*R I § 259; R II §§ 412, 413; R III § 180*).
284. La compensación que los Demandantes pueden obtener de los bancos como consecuencia de una posible invalidación de los contratos de compraventa genera un conflicto con los reclamos que plantean en el presente procedimiento. En particular haría que pierdan su presunto estatus de inversores en virtud del TBI Argentina-Italia y su legitimación para llevar este reclamo ante el CIADI (*R I §§ 259, 260; R II § 420*).
285. Con respecto a los argumentos de los Demandantes de que esta cuestión es relativa a la posición individual de los Demandantes y por lo tanto no pertenece a la presente etapa del procedimiento, la Demandada disiente y afirma que ha demostrado que existe fundamento para creer que algunos, y posiblemente todos, los Demandantes pueden carecer de legitimación porque han obtenido o pueden obtener sentencias en un litigio nacional que anule cualquier demanda que puedan tener. Los Demandantes no han establecido que esta circunstancia no se aplica a todos ellos (*R I § 262; R II § 424; R III § 183*).

d) *Falta de legitimación debido a que los Demandantes están llevando adelante sus demandas en nombre de un tercero de manera no autorizada en abuso del proceso*

286. La Demandada argumenta, asimismo, que los Demandantes están llevando adelante este procedimiento en nombre de un tercero, es decir NASAM, quien es la parte real con interés, ya que, en virtud de los párrafos 5 y 6 del Mandato NASAM, tiene un derecho irrevocable de recuperar los fondos de las demandas en su totalidad. Esto no está permitido y, como consecuencia, los Demandantes carecen de legitimación (*R I §§ 263, 264; R II § 427; R III § 184*).
287. Además, NASAM carece de legitimación para llevar adelante una demanda por derecho propio. En primer lugar, no tiene nacionalidad italiana porque es una compañía administrativa constituida en el Principado de Mónaco y es propiedad de Guardian SA, una compañía fiduciaria suiza. En segundo lugar, aunque NASAM contrató abogados, organizó a los Demandantes, integró la información sobre estas demandas dispares, y se comprometió a financiar este arbitraje y aunque ejerce el control absoluto del arbitraje, no ha aceptado las obligaciones de parte. Esta situación vulnera la capacidad de la Demandada de defenderse. En la opinión de la Demandada, constituye un abuso procesal permitir que este arbitraje continúe en nombre de una parte real con interés en el litigio que carece de legitimación en virtud del TBI Argentina-Italia (*R I §§ 263, 265-268; R II §§ 427, 428*).

2. Argumentos de los Demandantes

a) *El requisito de nacionalidad en virtud del art. 25 del Convenio CIADI y el art. 1(2) del TBI Argentina-Italia*

288. Los Demandantes declaran que son todos particulares de nacionalidad italiana y entidades constituidas en Italia (*Solicitud §§ 4, 79*). Afirman que el Anexo C-2 contiene para cada persona física Demandante no sólo una copia de su pasaporte y documento de identidad, sino también un certificado de nacionalidad, residencia y/o domicilio italianos, que demuestran que todos los Demandantes son de nacionalidad italiana. Además, el Anexo C-2 también contiene los documentos que demuestran la nacionalidad italiana y la

ausencia de cualquier vínculo con Argentina, de los Demandantes que son personas jurídicas (*C I §§ 345, 346; C III § 28*). Los certificados de ciudadanía proporcionan una prueba concluyente de que todos los Demandantes eran de nacionalidad italiana tanto a la fecha en que los Demandantes otorgaron su consentimiento para someter la presente controversia al procedimiento arbitral como a la fecha en la que se registró la Solicitud de Arbitraje (*C I § 347; C II § 146*).

289. De acuerdo a los Demandantes, las afirmaciones de la Demandada en cuanto a la posible doble nacionalidad y adquisición de la nacionalidad argentina son simples especulaciones. Cualquier hipotética adquisición de la nacionalidad argentina por parte de un Demandante habría sido inscripta en el Registro de la nacionalidad pertinente en Argentina y habría sido consignada en los posteriores certificados de nacionalidad, lo cual no se cumple respecto de ninguno de los Demandantes (*C I § 353*).
290. Además, los certificados de nacimiento y residencia presentados por todos los Demandantes individuales demuestran la falta de méritos de la insistencia de la Demandada en que los Demandantes deban probar que, de conformidad con el Protocolo Adicional al TBI Argentina-Italia, los Demandantes no tuvieron un domicilio en Argentina durante los dos años previos a la inversión (*C I § 354; C III § 28; Tr pág. 459/16*).
291. En lo que se refiere a la carga de la prueba, los Demandantes argumentan que corresponde a la Demandada suministrar pruebas que refuten lo que surge de los documentos presentados por los Demandantes (*C I §§ 349, 355; C III § 29*). Por consiguiente, en la opinión de los Demandantes, es de su incumbencia probar que son nacionales italianos, pero la Demandada tiene la carga de probar que los Demandantes poseen nacionalidad argentina o doble nacionalidad o que en algún momento residieron en Argentina porque este punto es una “defensa” o “argumento de respuesta” (*Tr pág. 477/4*). La carga de la prueba de estas circunstancias negativas corresponde a la Demandada también debido a que es ésta quien tiene más fácil acceso a la prueba. En particular, habría sido fácil para Argentina verificar su propio registro de nacionalidad (*C III § 30*).

b) Número e identidad de los Demandantes

292. Aunque la Demandada argumenta que las diferentes presentaciones de los Demandantes muestran diferencias con respecto a su número e identidad, estos últimos consideran que este argumento no es cierto (*C I § 147*). En particular insisten en que los Demandantes no han introducido en ningún momento cambio alguno respecto del número y la identidad de los Demandantes (*C I § 149*). Ha habido algunas incongruencias formales en los cuadros que han presentado, pero que posteriormente se han corregido (*Tr pág. 495/6*). Por consiguiente, de acuerdo a los Demandantes, existen 64 Demandantes remanentes en el presente caso. Si se considera a los co-titulares del mismo derecho de título como un único Demandante (o, más atinadamente, como un único “centro de interés”), hay 36 centros de interés remanentes (*C III §§ 13, 14*).

c) Ausencia de falta de legitimación debido a los procedimientos legales contra los bancos vendedores

293. En tanto la Demandada argumenta que los Demandantes carecen de legitimación para incoar la presente acción porque han llevado adelante o aún se encuentran llevando adelante procedimientos contra los bancos que les vendieron los bonos o los derechos de títulos, los Demandantes afirman que sólo una minoría entre ellos han iniciado procedimientos contra los bancos vendedores. Además, las dos relaciones jurídicas involucradas –una de los Demandantes con los bancos a quienes les compraron los bonos/derechos de títulos, y la otra con el obligado conforme a los bonos/derechos de títulos, es decir, Argentina–, y los reclamos que puedan surgir de cada una de ellas, son completamente diferentes (*C I §§ 369-371*).

294. Los Demandantes reconocen que si uno entre ellos ha obtenido (o puede obtener en el futuro) decisiones de los tribunales locales que declaren nula la adquisición de bonos/derechos de títulos de los bancos vendedores, esto podría hacer que esos bonos/derechos de títulos pasaran de nuevo a manos de los bancos y que los Demandantes en cuestión perdieran su carácter de inversor conforme al TBI y por lo tanto su legitimación para incoar la presente acción. En este sentido, los abogados de los Demandantes se comprometieron a informar a la Demandada y al Tribunal sobre

cualquier decisión o acuerdo en los casos que actualmente se encuentran tramitando como así también en cualquier otro proceso que pudiera ser iniciado por cualquiera de los Demandantes (*C II §§ 157, 158*).

295. Los Demandantes aseveran además que las consecuencias exactas de las acciones que algunos de los Demandantes puedan haber iniciado, sólo pueden verificarse en cada caso en particular, tomando en consideración las especificidades de cada Demandante. En la mayoría de los casos, el resultado de tales procedimientos sólo afectaría el *quantum* del monto a recuperar de la Demandada. Los Demandantes ponen énfasis en que, debido a que todas estas cuestiones están vinculadas a la situación de los Demandantes individuales, no corresponden ser tratadas en esta etapa del procedimiento (*C I §§ 373, 374*).

d) *Ausencia de falta de legitimación debido a que los Demandantes están llevando adelante sus demandas en nombre de un tercero*

296. Los Demandantes critican a la Demandada por fundarse en una lectura deliberadamente distorsionada del papel de NASAM. Los Demandantes insisten en que NASAM no es parte del presente proceso y que el hecho de que NASAM cumpliera una función en la organización y financiamiento del procedimiento de ninguna manera afecta esta conclusión (*C II § 52*). Los Demandantes definitivamente no están llevando adelante demandas en nombre de un tercero. El hecho de que un tercero pueda tener un interés en el resultado del proceso, no lo convierte por ese motivo en parte del proceso. Por lo tanto, del grado limitado de participación de NASAM en el presente caso, no se puede deducir falta de legitimación alguna (*C II § 59*).

B. Conclusiones del Tribunal

1. Las disposiciones pertinentes para la determinación de jurisdicción *ratione personae*

297. Además de los requisitos jurisdiccionales *ratione materiae*, existen también requisitos de jurisdicción *ratione personae* del Centro y, con respecto a eso, de la competencia del presente Tribunal para decidir el caso que nos ocupa. Existe consenso entre las Partes de

que estos requisitos, en tanto pertinentes al presente proceso, están comprendidos, por un lado, en los incisos 1 y 2 del art. 25 del Convenio CIADI, y por el otro, en el inciso 2 del art. 1 del TBI Argentina-Italia en combinación con el Protocolo Adicional a este TBI.

298. Conforme al art. 25(1) del Convenio CIADI, la jurisdicción del Centro se extenderá a cualquier diferencia de naturaleza jurídica que surja directamente de una inversión entre un Estado Contratante y “un nacional de otro Estado Contratante”. Esta frase está definida por el propio Convenio en el art. 25(2) en los siguientes términos:

Se entenderá como “nacional de otro Estado Contratante”:

(a) toda persona natural que tenga, en la fecha en que las partes consintieron someter la diferencia a conciliación o arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud prevista en el apartado (3) del Artículo 28 o en el apartado (3) del Artículo 36, la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia; pero en ningún caso comprenderá las personas que, en cualquiera de ambas fechas, también tenían la nacionalidad del Estado parte en la diferencia; y

(b) toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero.

299. Además, el TBI Argentina-Italia incluye una definición del término “inversor” en el art. 1(2). Dado que, contrario a la cuestión de jurisdicción *ratione materiae*, las Partes no han planteado objeciones en lo que se refiere a la traducción correcta al idioma inglés de los pasajes pertinentes¹³¹, el Tribunal se limita a referirse a las versiones auténticas en español y en italiano de esa disposición y a reproducir aquí sólo su versión en español¹³²:

2. El término "inversor" comprende toda persona física o jurídica de una Parte Contratante que haya realizado, realice o haya asumido la obligación de realizar inversiones en el territorio de la otra Parte Contratante.

¹³¹ En cuanto a esto véase párr. 418 *infra*.

¹³² En lo que se refiere a la versión en español y su traducción al inglés por parte de la Demandada, véase Anexo RA 147; véase nota 2 *supra*.

- Por "persona física" se entiende, con relación a cada una de las Partes Contratantes, toda persona física que tenga la ciudadanía de ese Estado, de acuerdo a sus leyes.
- Por "persona jurídica" se entiende, con relación a cada una de las Partes Contratantes, cualquier entidad constituida de conformidad con la legislación de una Parte Contratante, con sede en el territorio de esa Parte y por esta última reconocida, tales como entidades públicas que realizan actividades económicas, sociedades de personas o de capitales, fundaciones y asociaciones, independientemente de que su responsabilidad sea limitada o no.
- A los efectos del presente Acuerdo, los actos jurídicos y la capacidad de cada persona jurídica en el territorio de la Parte Contratante donde se efectúa la inversión serán regulados por la legislación de esta última.

300. Tampoco se encuentra controvertida entre las Partes la traducción al idioma inglés del art. 1 del Protocolo Adicional al TBI Argentina-Italia¹³³. Esta disposición complementa la definición comprendida en el art. 1 del TBI con los siguientes requisitos:

Con referencia al Artículo 1 [del TBI]:

a. No podrán prevalecer del Acuerdo las personas físicas de cada Parte Contratante que, al momento de efectuar la inversión, hubieran tenido su domicilio por más de dos años en el territorio de la Parte Contratante donde la inversión se realizó.

En caso que una persona física de una Parte Contratante tuviera, simultáneamente, residencia registrada en su país y domicilio por más de dos años en el de la otra Parte Contratante, se equipará, a los fines del presente Acuerdo, a las personas físicas nacionales de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión.

b. El domicilio de un inversor será determinado de conformidad con las leyes, reglamentos y disposiciones de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión.

2. Los requisitos de jurisdicción *ratione personae* en el presente caso

301. En lo que se refiere a los requisitos jurisdiccionales *ratione personae* en el caso que nos ocupa, el Tribunal observaría en primer lugar que –en analogía con la situación referente a la jurisdicción *ratione materiae*¹³⁴– los Demandantes deben cumplir tanto los pre-requisitos pertinentes del Convenio CIADI como los del TBI Argentina-Italia incluido su

¹³³ En cuanto a la versión en español y la traducción al inglés del Protocolo Adicional por parte de la Demandada, véase Anexo RA 146.

¹³⁴ Véanse párrs. 435 y ss. *infra*.

Protocolo Adicional para que el caso pase el umbral de jurisdicción y proceda a la etapa de fondo.

a) Los requisitos en virtud del art. 25 del Convenio CIADI

302. Con respecto, primero, al requisito según el cual debe surgir una diferencia de naturaleza jurídica entre un Estado contratante y “un nacional de otro Estado contratante”, la definición del art. 25(2) del Convenio CIADI posee dos aspectos en tanto aborda a las personas físicas o naturales, por un lado, y las personas jurídicas o legales, por el otro, en forma separada. La definición aplica elementos positivos y negativos a fin de determinar qué es un nacional de otro Estado contratante a efectos del Convenio.

303. En este sentido, en virtud de esta disposición y con relación al caso que nos ocupa, para que una persona física califique como “nacional de otro Estado contratante” a efectos del Convenio CIADI,

debe haber tenido nacionalidad italiana (o la de otro Estado contratante del Convenio CIADI que no sea argentino)

(a) en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a fin de someter la controversia a arbitraje, a saber, 23 de junio de 2008¹³⁵;

(b) en la fecha de registro de la Solicitud de Arbitraje, a saber, 28 de julio de 2008¹³⁶;

y *no deben* haber tenido nacionalidad argentina

(c) en la fecha de consentimiento

(d) o en la fecha de registro de la Solicitud de Arbitraje.

304. Asimismo, para que una persona jurídica sea “nacional de otro Estado contratante” a efectos del Convenio CIADI, *debe* haber tenido nacionalidad italiana (o la de otro Estado contratante del Convenio CIADI que no sea argentino) en la fecha de consentimiento, a saber, 23 de junio de 2008. En subsidio, aunque carece de relevancia para el presente caso, toda persona jurídica que hubiera tenido nacionalidad argentina en la fecha del consentimiento también se encuentra comprendida en la definición si las Partes acuerdan

¹³⁵ Véase párr. 16 *supra* conjuntamente con párr. 214.

¹³⁶ Véase párr. 17 *supra*.

que, debido al control extranjero, debería ser considerada nacional de otro Estado contratante a efectos del Convenio CIADI. Por lo tanto, en cuanto a las personas jurídicas, sólo un requisito positivo de nacionalidad es aplicable en el caso que nos ocupa.

b) Los requisitos en virtud del art. 1 del TBI Argentina-Italia y su Protocolo Adicional

305. Además, el art. 1(2) del TBI Argentina-Italia también establece una distinción entre las personas físicas/naturales y las personas jurídicas/legales: “a los fines del presente Acuerdo” define al inversor como “toda persona física o jurídica de una Parte Contratante que haya realizado, realice o haya asumido la obligación de realizar inversiones en el territorio de la otra Parte Contratante”.
306. En función de esto, el art. 1(2) del TBI determina que el término “persona física” significa “con relación a cada una de las Partes Contratantes, toda persona física que tenga la ciudadanía de ese Estado, de acuerdo a sus leyes”. En cambio, se entiende por “persona jurídica”, “con relación a cada una de las Partes Contratantes, cualquier entidad constituida de conformidad con la legislación de una Parte Contratante, con sede en el territorio de esa Parte y por esta última reconocida, tales como entidades públicas que realizan actividades económicas, sociedades de personas o de capitales, fundaciones y asociaciones, independientemente de que su responsabilidad sea limitada o no”. Asimismo, la disposición establece que “[a] los efectos del presente Acuerdo, los actos jurídicos y la capacidad de cada persona jurídica en el territorio de la Parte Contratante donde se efectúa la inversión serán regulados por la legislación de esta última”.
307. Como ya se mencionó anteriormente, el Protocolo Adicional del TBI Argentina-Italia, que fue suscripto el mismo día que el propio TBI (es decir, el 22 de mayo de 1990) contiene “con referencia al Artículo 1 [del TBI]” requisitos adicionales relativos al domicilio en el supuesto de que una persona física/natural calificara como tal en virtud del art. 1(2) del TBI Argentina-Italia.

3. Distribución de la carga de la prueba con respecto a los requisitos de nacionalidad y domicilio

308. Si bien la Demandada alega que los Demandantes tienen la carga de probar todos los aspectos de los requisitos de nacionalidad y domicilio –a saber: i) los requisitos positivos de nacionalidad, ii) los requisitos negativos de nacionalidad, al igual que iii) los requisitos negativos de domicilio–, los Demandantes argumentan que ellos sólo tienen la carga de demostrar que son nacionales italianos, pero que la Demandada tiene la carga de demostrar que los Demandantes son de nacionalidad argentina o poseen doble nacionalidad o, en algún momento, han residido en Argentina.
309. Ni el Convenio CIADI ni las Reglas de Arbitraje contienen disposiciones específicas relativas a la distribución de la carga de la prueba. Los tribunales CIADI han aplicado diversas reglas en materia de carga de la prueba respecto de los hechos que las partes invocan¹³⁷. Cabe destacar que entre estas se encuentran las reglas bien establecidas en los pronunciamientos internacionales, por ej., la regla general según la cual la carga de la prueba recae en el demandante y según la cual la carga de la prueba recae en la parte que invoca un hecho, ya sea el demandante o el demandado.
310. En este contexto, parece razonable adoptar la opinión en virtud de la cual el régimen legal del Convenio CIADI sigue el derecho internacional general en este aspecto. El Tribunal considera que, con relación a ello, puede recurrir a la útil conclusión de la Corte Internacional de Justicia en el marco del caso *Avena*¹³⁸, puesto que dicha Corte se encontraba ante una situación muy similar a la del presente procedimiento.
311. En ese caso, México y los Estados Unidos disentían acerca de lo que cada una de las Partes debía demostrar en materia de nacionalidad con relación al art. 36(1) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. México aceptaba que debía demostrar que las personas en cuestión eran nacionales mexicanos, pero alegaba que la carga de la prueba recaería en los Estados Unidos en el supuesto de que la Demandada en dicho caso deseara afirmar que determinadas personas de nacionalidad mexicana también

¹³⁷ En este aspecto, véase, por ej., *Schreuer*, ICSID Convention Commentary, 1st ed., Art. 43, párr. 116.

¹³⁸ *Avena y Otros Nacionales Mexicanos (México c. EE. UU.)*, Fallo, ICJ Reports 2004, 12.

eran nacionales de los EE. UU. La Corte Internacional de Justicia destacó “el principio bien establecido en el marco del derecho internacional según el cual todo litigante que pretenda determinar la existencia de un hecho tiene la carga de probarlo”¹³⁹ [Traducción del Tribunal]. En función de ello, la Corte apoyó la posición de México en la medida en que “la opinión en virtud de la cual los Estados Unidos debía demostrar que esto era así [es decir, que las personas en cuestión eran nacionales de los EE. UU.] y suministrarle a la Corte toda la información en la materia que tuviera en su poder”¹⁴⁰ [Traducción del Tribunal].

312. A la luz de esto, el presente Tribunal concluye que la carga de probar que los Demandantes son nacionales italianos recae en los propios Demandantes, mientras que la carga de refutar los elementos negativos –a saber, el hecho de no ser nacionales argentinos (o, en ese caso, no gozar de doble nacionalidad) y de no haber tenido domicilio en Argentina durante más de dos años– recaería del lado de la Demandada.

4. Aplicación al presente caso

a) El deber de los Demandantes de sustanciar el requisito de nacionalidad

313. Los Demandantes alegan que son “individuos de nacionalidad italiana y entidades constituidas en Italia” [Traducción del Tribunal] (*Solicitud* § 79). En vista de la lista (inicial) de 119 Demandantes, se afirma que comprende “individuos y entidades–todos de nacionalidad italiana” [Traducción del Tribunal] (*Solicitud* § 4). Según la presentación de los Demandantes, el Anexo C-2 contiene, entre otras cosas, una copia del documento de identificación de cada uno de los Demandantes (Pasaporte o Documento de Identidad de los individuos) o del Instrumento Constitutivo (compañías) (*Solicitud* pág. 43).
314. En ese aspecto, el Tribunal destaca que *no* es necesario que las afirmaciones en materia de nacionalidad –que son obligatorias en virtud del art. 36(2) del Convenio CIADI

¹³⁹ *Ibidem*, párr. 55, con referencia al *Caso relativo a las Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua, Jurisdicción y Admisibilidad, Fallo*, ICJ Reports 1984, 392, párr. 101.

¹⁴⁰ *Avena y Otros Nacionales Mexicanos (México c. EE. UU.)*, Fallo, ICJ Reports 2004, 12, párr. 57.

conjuntamente con la Regla 2(1)(d)(i) y (ii) de las Reglas de Iniciación¹⁴¹, y, en consecuencia, han sido realizadas por los Demandantes— sean sustanciadas mediante prueba documental en la etapa de presentación de la Solicitud, sino que dicha prueba puede, sin embargo, producirse en una etapa posterior¹⁴². El hecho de que los Demandantes no tengan el deber de sustanciar el requisito de nacionalidad ya al momento de la presentación del reclamo deriva de la clara redacción de la Regla 2(2) de las Reglas de Iniciación que requiere documentación a efectos de la nacionalidad sólo en un caso, a saber, con respecto a un acuerdo de las partes de considerar a una persona jurídica nacional de otro Estado contratante a efectos del Convenio (véanse art. 25(2)(b) del Convenio CIADI y Regla 2(1)(d)(iii) de las Reglas de Iniciación) –alternativa que no es aplicable al caso que nos ocupa. Por el contrario, no existe requisito de documentación alguno con respecto a lo que debe indicarse en virtud de la Regla 2(1)(d)(i) y (ii) de las Reglas de Iniciación, es decir, los requisitos positivos y negativos de nacionalidad. En este sentido, no existe paralelismo alguno entre el deber de consignar determinados estados de situación, por un lado, y el de documentar o sustanciar y probar dicha información, por el otro.

315. Esto también es pertinente en vista de la Regla 30 del Reglamento Administrativo y Financiero que contiene normas en materia de “documentación justificativa” en el sentido de la Regla 2(2) de las Reglas de Iniciación. Conforme a dicha Regla, salvo que las partes o que el Tribunal competente ordenen otra cosa, tal documentación consistirá en el documento completo o una copia o un extracto debidamente certificados, a menos que la parte no pudiese obtener tal documento o copia o extracto autenticado (en cuyo caso deberá consignarse el motivo de tal imposibilidad). Asimismo, de conformidad con la Regla 30(3), todo documento que no esté redactado en un idioma aprobado para el

¹⁴¹ En este sentido, “[e]n la solicitud se deberá [...] (d) indicar respecto de la parte que es nacional de un Estado Contratante: (i) su nacionalidad a la fecha del otorgamiento del consentimiento; y (ii) si la parte es una persona natural: (A) su nacionalidad a la fecha de presentar la solicitud; y (B) que no tenía la nacionalidad del Estado Contratante que es parte en la diferencia, tanto en la fecha del otorgamiento como en la fecha de la presentación de la solicitud [...]”.

¹⁴² *Schreuer*, ICSID Convention Commentary, 1st ed., Art. 25, párr. 686 al igual que Art. 36, párr. 27, relativo a la Nota D de la Regla 2, 1 ICSID Reports 53/4, y a la Nota B de la Regla 6 de las Reglas de Iniciación de 1968, 1 ICSID Reports 58.

procedimiento en cuestión, salvo instrucción contraria del Tribunal competente, será acompañado de una traducción certificada a tal idioma.

316. No obstante, como se ha explicado anteriormente, no existe obligación de documentación alguna en lo que respecta al requisito de nacionalidad. En consecuencia, no puede deducirse ningún requisito de documentación formal del régimen legal del CIADI con respecto a los prerequisites positivos y negativos de nacionalidad. En particular, no existe obligación alguna de suministrar al Tribunal los originales o copias certificadas de los documentos que sustenten que los Demandantes son nacionales italianos. En la misma línea, no hay obligación alguna de presentar traducciones en español y/o inglés de los documentos en italiano.
317. Asimismo, como se mencionó en el contexto del consentimiento a arbitraje de los Demandantes¹⁴³, la Regla 2 de las Reglas de Iniciación es de naturaleza procesal. Aun si hubiera deficiencias en la solicitud de arbitraje, una vez que la solicitud sea registrada, tales deficiencias ya no pueden invocarse y no pueden operar como impedimento para la competencia del Tribunal. “Una vez que la solicitud haya sido registrada, el tribunal debe determinar la existencia de todos los requisitos jurisdiccionales sobre la base del Art. 25 a la luz de todas las pruebas disponibles. Los errores, omisiones y demás deficiencias en la solicitud de arbitraje no constituyen un fundamento independiente para que el tribunal rechace su competencia”¹⁴⁴ [Traducción del Tribunal].
318. En este sentido, la cuestión de la forma adecuada de que los Demandantes cumplan con el requisito de probar su nacionalidad italiana debe deducirse del régimen probatorio general del Convenio CIADI. Por lo tanto, el Tribunal deberá decidir si un inversor satisface los requisitos de nacionalidad del Convenio del mismo modo que los demás requisitos objetivos a efectos de la jurisdicción del CIADI. Por consiguiente, el certificado de nacionalidad se considerará parte de los “documentos u otras pruebas” que el Tribunal debe examinar de conformidad con el art. 43 del Convenio CIADI¹⁴⁵. El

¹⁴³ Véase párr. 266 *supra*.

¹⁴⁴ Schreuer, ICSID Convention Commentary, 1st ed., Art. 41, párrs. 38, 42 y 43. Véase, asimismo, *ibidem*, Art. 36, párr. 43 (sobre las referencias a la jurisprudencia pertinente, véase nota 125 *supra*).

¹⁴⁵ *Ibidem*, art. 25, párr. 649.

arbitraje CIADI no se rige por reglas formales ni por leyes nacionales en materia probatoria. Los tribunales CIADI gozan de plena discrecionalidad al momento de evaluar el valor probatorio de cualquier prueba presentada ante ellos¹⁴⁶. En general, la conclusión del Comité de Anulación en el marco del caso *Soufraki c. Emiratos Árabes Unidos* según la cual “[s]ólo en casos excepcionales [...] los tribunales CIADI deben revisar documentación de nacionalidad emitida por funcionarios del Estado”¹⁴⁷ [Traducción del Tribunal] puede tomarse como guía en ese aspecto.

319. En conclusión, las fotocopias de pasaportes o documentos de identidad o de instrumentos constitutivos también serán suficientes para sustanciar el requisito de nacionalidad italiana respecto de las personas físicas y jurídicas –de conformidad con el art. 1(2) del TBI Argentina-Italia, la nacionalidad de toda persona jurídica depende de si la entidad en cuestión se encuentra constituida de conformidad con la legislación de una Parte Contratante (en este caso, Italia), con sede en el territorio de esa Parte y por esta última reconocida–, siempre que no exista indicación en contrario y que el Tribunal esté seguro de que los documentos están en orden. En vista del hecho de que la fase actual del procedimiento aborda las excepciones preliminares de carácter general exclusivamente, pero no las cuestiones jurisdiccionales que pudieran surgir con relación a los demandantes individuales¹⁴⁸, a efectos de resolver esta fase preliminar, sobre la base de su examen del Anexo C-2, el Tribunal está satisfecho que los documentos suministrados por los Demandantes bastan para cumplir el requisito de nacionalidad.

b) Los reclamos de la Demandada con respecto a la doble nacionalidad y la ausencia del requisito de domicilio

320. La Demandada ha puesto en duda en el marco del presente procedimiento si (parte de) los Demandantes no eran nacionales argentinos o no gozaban de doble nacionalidad y si cumplen con el requisito de domicilio, establecido en el Protocolo Adicional del TBI

¹⁴⁶ *Ibidem*, art. 43, párr. 104, con referencia a la Regla 34(1) al igual que a la Nota A de la Regla 33 de las Reglas de Arbitraje de 1968, 1 ICSID Reports 95.

¹⁴⁷ *Hussein Nuaman Soufraki c. Emiratos Árabes Unidos*, Caso CIADI N° ARB/02/7, Decisión sobre Anulación, 5 de junio de 2007, párr. 28.

¹⁴⁸ Véase Acta de la Primera Sesión, punto 14; párr. 5 *supra*.

Argentina-Italia. El Tribunal ya ha concluido que la carga de refutar estos elementos negativos recae en la Demandada.

321. Sin embargo, el Tribunal advierte que la Demandada no efectuó reclamos concretos en este aspecto. En síntesis, durante el procedimiento no ha surgido ningún indicio de que alguno de los Demandantes en el caso que nos ocupa hubiera gozado de doble nacionalidad (es decir, tendría también nacionalidad argentina) en algún momento o hubiera estado domiciliado en Argentina en absoluto, mucho menos durante más de dos años. Por lo tanto, el Tribunal concluye que, en términos de los requisitos negativos de nacionalidad y domicilio, debido a la falta de documentación y presentaciones concretas pertinentes de parte de la Demandada, no surge ningún problema en cuanto a la jurisdicción *ratione personae* del Centro y, por consiguiente, respecto de la competencia del Tribunal.

c) Conclusión

322. Por lo tanto, el Tribunal concluye que no se ha manifestado ninguna duda con respecto a la jurisdicción *ratione personae* del Centro con relación al presente caso.
323. Esta conclusión es especialmente cierta en vista del mandato otorgado al Tribunal en la fase preliminar actual del procedimiento sobre jurisdicción y admisibilidad que “abordar[á] las excepciones preliminares de carácter general exclusivamente, pero no [...] las cuestiones jurisdiccionales que pudieran surgir con relación a los demandantes individuales”¹⁴⁹ [Traducción del Tribunal].
324. En ese aspecto, los Demandantes han señalado el útil caso *Bayview*, en el cual, con respecto a la misma cuestión, se afirmó que “[e]s evidente que por lo menos algunos Demandantes cumplen el requisito de ser nacionales o empresas de una Parte”¹⁵⁰. Asimismo, en el marco de la presente controversia, no caben dudas de que al menos algunos de los Demandantes califican como “nacionales de otro Estado contratante” en el

¹⁴⁹ Acta de la Primera Sesión, punto 14; véase párr. 5 *supra*.

¹⁵⁰ *Bayview Irrigation District y Otros c. México*, Caso CIADI N° ARB(AF)/05/1, Laudo, 19 de junio de 2007, párr. 89.

sentido del art. 25(2) del Convenio CIADI y como “inversores” en el sentido del art. 1(2) del TBI Argentina-Italia. Esto basta para establecer la jurisdicción *ratione personae* en la disputa que nos ocupa y permitir que el caso avance hacia la etapa de fondo.

325. Al mismo tiempo, en el supuesto de que la Demandada, a lo largo del resto del procedimiento, presentara información pertinente ante el Tribunal con respecto a los requisitos de nacionalidad y domicilio que pondría en duda si determinados Demandantes individuales califican como “nacionales de otro Estado contratante” o “inversores” en virtud de las disposiciones mencionadas anteriormente, el Tribunal se reserva el derecho de proceder a un análisis más detallado de estos casos particulares “en una etapa posterior toda vez que fuera necesario y adecuado”¹⁵¹ [Traducción del Tribunal] y arribar a las conclusiones necesarias en función de aquél.
326. En la misma línea, luego de haber establecido que, en principio, los Demandantes han logrado sustanciar con éxito que tienen nacionalidad italiana, el Tribunal se reserva el derecho de ir más allá de esta conclusión necesariamente general y examinar en forma individual los materiales y documentos que las Partes pusieran a su disposición a lo largo del resto del procedimiento, con miras a determinar si los Demandantes efectivamente eran nacionales italianos en las fechas pertinentes.

5. Los reclamos de la Demandada con respecto a la supuesta falta de legitimación de los Demandantes

327. Ahora, el Tribunal procede a abordar la cuestión de la supuesta falta de legitimación de los Demandantes. Para comenzar, en la medida en que la Demandada ha alegado que los Demandantes no tienen legitimación procesal porque en su capacidad de tenedores de derechos sobre títulos adquiridos a través de múltiples intermediarios están sólo relacionados de manera remota con los suscriptores y los bonos subyacentes (*R I* §§ 253-258; *R II* §§ 400-411), el Tribunal se remite al tratamiento de esta cuestión en el siguiente Capítulo de la presente Decisión¹⁵². En vista del hecho de que la emisión y la circulación

¹⁵¹ Acta de la Primera Sesión, punto 14; véase párr. 5 *supra*: “[...] cuestiones jurisdiccionales que pudieran surgir con relación a los demandantes individuales, que se abordarían en una etapa posterior toda vez que fuera necesario y adecuado” [Traducción del Tribunal].

¹⁵² Véase Capítulo IV *infra*, párrs. 422 y ss.

de los bonos/derechos sobre títulos en el caso que nos ocupa deben considerarse una unidad económica, no hay siquiera una relación remota entre los Demandantes y Argentina, ni existe, a la luz de los numerosos intermediarios involucrados, “punto de corte” alguno más allá del cual los Demandantes no podrían invocar los bonos/derechos sobre títulos frente a la Demandada.

328. De modo similar, el argumento relacionado de la Demandada según el cual los Demandantes no son inversores en el sentido del art. 1(2) del TBI Argentina-Italia puesto que nunca hicieron una inversión en el territorio de la Demandada, como dicha norma lo prevé expresamente (*R I* §§ 251, 252; *R II* §§ 397, 398), se abordará en mayor detalle y se resolverá al momento de analizar el requisito análogo de territorialidad contenido en el art. 1(1) del TBI Argentina-Italia con respecto al concepto de “inversión”. En ese aspecto, la propia Demandada admite que “los inversores no existen aislados de su inversión” de modo tal que, con relación a la cuestión que nos ocupa, el Tribunal se remite *mutatis mutandis* al Capítulo pertinente de la presente Decisión¹⁵³.
329. Sin embargo, más allá de eso, la Demandada ha introducido dos argumentos adicionales que sugieren que los Demandantes carecen de legitimación para plantear el presente caso ante el Tribunal.
330. Por un lado, la Demandada señala correctamente que las decisiones de los tribunales locales respecto de los reclamos planteados por los Demandantes contra los bancos y los intermediarios financieros con relación a sus adquisiciones de los bonos/derechos sobre títulos en cuestión pueden tener repercusiones en cuanto al monto que podrían recibir en concepto de compensación en el marco del procedimiento que nos ocupa. En un caso extremo, en el supuesto de que la pérdida total de dichos Demandantes hubiera sido completamente resarcida, ellos efectivamente perderían su legitimación para entablar un reclamo contra la Demandada ante el presente Tribunal.
331. No obstante, el Tribunal seguirá el argumento de los Demandantes en virtud del cual esta cuestión debe abordarse en forma individual caso por caso. De conformidad con el

¹⁵³ Véanse párrs. 496 y ss. *infra*.

mandato que se le ha otorgado al Tribunal a efectos de la presente fase preliminar del procedimiento, estas son cuestiones que deben abordarse en la etapa de fondo. En la medida en que la fase actual se limita a las excepciones preliminares de “carácter general exclusivamente”¹⁵⁴, el Tribunal concluye que la Demandada (*R I* § 262; *R II* § 424; *R III* § 183) no ha llegado a convencer al Tribunal de que el problema mencionado *supra* es un problema omnipresente o general respecto de todos los Demandantes o la mayor parte de ellos. La Demandada se equivoca en la medida en que insinúa que los Demandantes no han establecido que esta circunstancia no es aplicable a cada uno de ellos. La Demandada debería haber demostrado que el número limitado de casos a los que hizo referencia en cuanto a las posibles implicancias de los procesos locales para el caso que nos ocupa representa un problema de “carácter general” que no sólo supondría una posible reducción de la compensación que ha de reclamarse, sino que privaría completamente a los Demandantes de su legitimación procesal ante el presente Tribunal.

332. Asimismo, el Tribunal no puede aceptar el argumento según el cual los Demandantes perderían su legitimación por el supuesto rol que NASAM desempeña en el contexto del presente procedimiento. El Tribunal ya ha abordado y resuelto esta cuestión¹⁵⁵, y no hay necesidad de volver a esa discusión. Los Demandantes no están persiguiendo sus reclamos en nombre y representación de NASAM. En este sentido, la cuestión que consistiría en determinar si NASAM mismo calificaría como “nacional de otro Estado contratante” o “inversor” en virtud del art. 25(2) del Convenio CIADI y del art. 1(2) del TBI Argentina-Italia, respectivamente, carece de relevancia en el caso que nos ocupa. De este modo, el Tribunal no encuentra fundamento alguno en sustento del alegato de la Demandada según el cual el presente procedimiento constituye un caso de abuso del proceso a causa del rol de NASAM.

¹⁵⁴ Acta de la Primera Sesión, punto 14; véase párr. 5 *supra*.

¹⁵⁵ Véanse párrs. 273 y ss. *supra*.

6. Terminación del Procedimiento, Lista consolidada de Demandantes, Implicancias respecto de la decisión en materia de costas y Nueva denominación del procedimiento

333. Por último, quedan algunas cuestiones que abordar con respecto al estatus de los Demandantes en el marco del presente procedimiento. Se relacionan con el hecho de que, después de la nueva Oferta de Canje de abril de 2010 de la Demandada¹⁵⁶, varias personas que se encontraban entre los 119 Demandantes originales han decidido aceptar la oferta de Argentina y han pretendido terminar el presente procedimiento.

a) Terminación del procedimiento con respecto a varios Demandantes

334. Con respecto a eso, el Tribunal recuerda que el párr. 4 de la Solicitud ofrece una lista de los 119 Demandantes originales que estaban agrupados en 68 segmentos (desde el N° 1 hasta el N° 67, incluido el N° 34*bis*), lo que da cuenta de que un número de Demandantes individuales son co-titulares del mismo título (*C III § 14*). Más adelante en el curso del procedimiento, los Demandantes se refirieron a tales grupos como “centros de interés”.

335. En vista de ciertas ambigüedades en ese aspecto, “[a] los efectos de evitar cualquier duda respecto del número e identidad correctos de cada Demandante original y sus títulos”, los Demandantes adjuntan una nueva tabla como Anexo CA 51 (*C II § 150*). Según los Demandantes, esta tabla no contiene información nueva alguna, sino que se encuentra extrapolada de documentos ya presentados en el Anexo C-2 de la Solicitud (*C II § 151*). De hecho, la lista de personas suministrada el día 23 de junio de 2008 (incluida en la Solicitud) es idéntica a la del día 8 de octubre de 2010 (incluida en la Dúplica de los Demandantes sobre Jurisdicción).

336. Como ya se mencionó, luego de la Oferta de Canje 2010 de Argentina, algunos Demandantes se retiraron del procedimiento. Los Demandantes le han suministrado al Tribunal una lista de 55 individuos (agrupados en 32 “centros de interés”)¹⁵⁷ “que han desistido del proceso al día 8 de octubre de 2010” (*C II § 144*). Esto dejaría 64

¹⁵⁶ Véanse Anexos CA 74 y RA 305.

¹⁵⁷ Véase Anexo CA 73.

Demandantes restantes (en 36 “centros de interés”) en el procedimiento. En un intento adicional de aclaración, los Demandantes han confirmado esta resolución en su Escrito Posterior a la Audiencia (*C III § 14*)¹⁵⁸, y acordaron con la Demandada que los copropietarios de los bonos no deben ser considerados como un solo Demandante (*C II § 149*).

337. En cuanto a los 55 individuos enumerados en el Anexo CA 73 (*C II § 144*) que, como alegaron los Demandantes, han desistido del proceso al 8 de octubre de 2010, el presente Tribunal comparte la opinión del Tribunal del caso *Abaclat* según la cual, con respecto a los retiros anunciados luego de la notificación de registro, a saber, del día 28 de julio de 2008, “una demandante no puede retirar unilateralmente su solicitud de arbitraje sin el consentimiento de la otra parte. Dicho de otro modo, una vez que se ha registrado la solicitud de arbitraje, el retiro unilateral de una de las partes ya no es posible y una parte sólo puede quedar excluida del procedimiento a través de los mecanismos de terminación con arreglo a las Reglas 43 y 44 de las Reglas de Arbitraje del CIADI”¹⁵⁹ [Traducción del Tribunal]. Por consiguiente, la mera notificación de retiro cursada al Tribunal y a la Demandada por los Demandantes no puede en sí misma hacer efectivo la terminación del procedimiento respecto de los 55 individuos mencionados *supra*.
338. Una vez más, conforme al enfoque adoptado en el caso *Abaclat*¹⁶⁰, el presente Tribunal interpreta dicha notificación como expresión del deseo de los Demandantes de no seguir participando en el procedimiento en el sentido de una solicitud de terminación de los procedimientos en virtud de la Regla 44 de las Reglas de Arbitraje CIADI. Más allá del caso *Abaclat*, en el ámbito del arbitraje en materia de inversión, se ha aceptado que la terminación en virtud de la Regla 44 de las Reglas de Arbitraje con respecto a algunas de las varias partes pero no todas ellas bien puede ser posible¹⁶¹.

¹⁵⁸ Véase Anexo CA 78.

¹⁵⁹ Decisión *Abaclat*, párr. 615.

¹⁶⁰ Véase *ibidem.*, párrs. 617, 619 y 620.

¹⁶¹ Véase *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. Argentina*, Caso CIADI N° ARB/03/17, Decisión sobre Jurisdicción, 16 de mayo de 2006, párrs. 17, 18; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. c. Argentina*, Caso CIADI N° ARB/03/19,

339. No obstante, tal terminación se encuentra sujeto a determinados requisitos y condiciones indicados en la Regla 44 de las Reglas de Arbitraje. En particular, el Tribunal sólo podrá emitir una orden en la que tome nota de la terminación del procedimiento si la otra parte no ha opuesto excepción alguna. En la medida en que los Demandantes alegan que “la Argentina ya ha prestado su conformidad a dicho desistimiento conforme a la Regla 44 de las Reglas de Arbitraje, al requerir, como prerequisite para participar en la [Oferta de Canje] 2010, que cada bonista desista de todos los procesos legales contra la Argentina y libere a la Argentina de cualquier reclamo administrativo, judicial y arbitral” (*C II § 144*), el Tribunal no puede coincidir. La Regla 44 de las Reglas de Arbitraje establece un procedimiento determinado que el Tribunal debe seguir, a saber, que fije el plazo dentro del cual la otra parte podrá declarar si se opone a la terminación. Sólo el respeto y la aplicación de dicho procedimiento podrán dar lugar a las consecuencias jurídicas específicas que se le atribuyen a esta disposición, incluso la que establece que si no se formula objeción alguna dentro del plazo fijado, se presumirá que la otra parte ha consentido en la terminación.
340. En este sentido, mediante la carta de fecha 10 de septiembre de 2012, se solicitó que la Demandada declarara si se oponía a la terminación del procedimiento por parte de los 55 Demandantes incluidos en el Anexo CA 73 antes del día 17 de septiembre de 2012 inclusive y se le advirtió acerca de las consecuencias jurídicas previstas por la Regla 44 de las Reglas de Arbitraje si no se formulaba objeción alguna dentro del plazo fijado.
341. Mediante carta de fecha 17 de septiembre de 2012, la Demandada presentó sus observaciones con respecto al Anexo CA 73 y a la lista de los 55 Demandantes que pretendían terminar el procedimiento al 8 de octubre de 2010. La Demandada afirmó que, en virtud de la Regla de Arbitraje 44 del CIADI, no se oponía a la terminación de este procedimiento en relación con aquellos Demandantes que, entre los incluidos en el Anexo CA 73, entraron en la Oferta de Canje 2010¹⁶². Asimismo, la Demandada solicitó

Decisión sobre Jurisdicción, 3 de agosto de 2006, párrs. 17, 18; véase, asimismo, *Schreuer*, ICSID Convention Commentary, 1st ed., art. 48, párr. 84.

¹⁶² La original en español de la carta de fecha 17 de septiembre de 2012 suscribe: “La República Argentina informa que, en virtud de la Regla de Arbitraje 44 del CIADI, no se opone a la terminación de este procedimiento en relación con aquellos Demandantes que, entre los incluidos en el Anexo CA-73, entraron al Canje de 2010.

al Tribunal que ordenara que la Demandada y aquellos Demandantes respecto de los cuales el procedimiento se había terminado, en los términos de la carta mencionada *supra*, soportaran en forma equitativa los costos del arbitraje y que cada uno de ellos soportara sus propios costos¹⁶³.

342. Mediante una carta adicional de fecha 1 de octubre, el Tribunal solicitó que los Demandantes le suministraran información confiable que demostrara que los Demandantes que se encontraban entre las 55 personas enumeradas en el Anexo CA 73 cumplían con los requisitos mencionados anteriormente. En su respuesta de fecha 18 de octubre de 2012, los Demandantes presentaron una lista actualizada de los Demandantes que habían aceptado la Oferta de Canje 2010. Conforme a los Demandantes, en particular, de las 55 personas incluidas en el Anexo CA 73, 29 aceptaron la Oferta de Canje.

343. Estos 29 individuos (agrupados en 19 “centros de interés”) son:

- 1)2) Alpi Giordano y Mazzetti Silvia,
- 3) Bartolomeoli Roberto,
- 4)5) Bellosi Angiolo y Paolini Cesarina,
- 6)7) Beretta Davide y Zorza Giuseppina,
- 8) Biti Roberta,
- 9) Borgogno Lidia,
- 10) Candini Daniele
- 11)12) Carelli Natale y Savelli Anna,
- 13) D’Amico Massimino Ciro,
- 14) Di Caterina Pietro,
- 15) Gherardi Gabriele,
- 16) Gorini Mauro,
- 17)18) Iacovera Erminio y Moruzzi Clelia,

¹⁶³ Véase *ibídem*.

- 19) Novia Pietro,
- 20)21) Olmo Alessandrina y Zanzoterra Diego,
- 22)23) Pampagnin Enrico y Martellato Antonietta,
- 24)-27) Rosetti Lina, Quami Mario, Quami Alessandro y Quami Margherita,
- 28) Steinhauslin Carlo,
- 29) Viccei Cinzia.

344. El Tribunal considera que, si debe emitir una resolución en virtud de la Regla 44 de las Reglas de Arbitraje que tome nota del terminación del procedimiento con respecto a determinados Demandantes, sólo podrá hacerlo en el supuesto de que la Demandada no hubiera formulado objeción alguna en cuanto a la solicitud de terminación de los Demandantes y en dicha medida¹⁶⁴, es decir, en la medida en que la solicitud de terminación de los Demandantes y la ausencia de oposición por parte de la Demandada se superpongan. Como se ha afirmado *supra*, la solicitud de los Demandantes comprende a los 55 individuos enumerados en el Anexo CA 73. Según la Demandada, no se opone a la terminación del procedimiento con respecto a los Demandantes que participaron en la Oferta de Canje 2010. A la luz de la presentación de los Demandantes de fecha 18 de octubre de 2012, los 29 individuos allí enumerados aceptaron la Oferta de Canje 2010 y todos ellos también se encuentran enumerados en el Anexo CA 73. Por lo tanto, ellos son los Demandantes respecto de los cuales las declaraciones de las Partes de solicitud de terminación y ausencia de oposición se superponen.
345. En consecuencia, en virtud de la Regla 44 de las Reglas de Arbitraje, el Tribunal toma nota de la terminación del procedimiento con respecto a los 29 Demandantes enumerados en el párr. 343. La terminación entrará en vigor en la fecha de la presente Decisión, a saber, el día 8 de febrero de 2013.
346. En este sentido, el procedimiento que involucraba a los 29 Demandantes mencionados previamente que habían terminado el procedimiento ha finalizado. Los Demandantes que se han retirado del procedimiento no se encuentran sujetos a la presente Decisión ni

¹⁶⁴ En este aspecto, véase, asimismo, Decisión *Abaclat*, párr. 628.

obligados por ella, con excepción de las consideraciones de esta sección a) y la posterior sección c) (acerca de las implicancias de la terminación respecto de la decisión en materia de costas) y las partes relacionadas del *dispositif*¹⁶⁵ al igual que la Resolución Procesal separada en materia de costas.

b) Lista consolidada de Demandantes

347. A la luz de la terminación del procedimiento respecto de los 29 Demandantes mencionados anteriormente, 90 individuos continúan siendo Demandantes en el marco del presente procedimiento. En aras de claridad, el Tribunal los enumera a continuación:

<i>Demandantes Restantes</i>	<i>“Centros de Interés”</i>	<i>Numeración Anterior</i>	<i>Nombres de los Demandantes</i>
1.	1.	2	Ambiente Ufficio S.p.A.
2.			Longo Mauro
3.	2.	3	Barbagini Attilio
4.	3.	4	Barnaba Giorgio
5.			Meoni Bernardo
6.	4.	9	Bonfissuto Girolamo
7.			Raimondo Patrizia
8.	5.	11	Briga Benedetto Salvatore
9.			Di Girolamo Maria Luisa
10.	6.	12	Burzi Luciano
11.			Re Romana
12.			Burzi Alberto
13.			Burzi Andrea
14.	7.	13	Buscaglia Fernanda
15.	8.	14	Buscaglia Giancarlo
16.			Garbarini Camilla
17.	9.	15	Butturini Angela
18.	10.	16	Caci Rosanna
19.			Bavagnoli Marco
20.			Bavagnoli Ariberto
21.	11.	17	Cambiè Attilio
22.			Cambiè Paola
23.			Seramondi Franca
24.	12.	20	Carlotti Luciano
25.			Carlotti Gabriele
26.			Carlotti Roberto

¹⁶⁵ Véase párr. 631 *infra*.

27.	13.	21	Casasola Enea
28.	14.	22	Cassin Mario
29.	15.	23	Catini Michela
30.	16.	24	Cavati Eugenio
31.	17.	25	Coppola Franco
32.			Mogliati Maria
33.	18.	26	D'Altília Cinzia
34.	19.	29	Di Gregorio Giovanni
35.	20.	30	Di Lullo Arnaldo
36.			Di Lullo Maria Lucia
37.			Di Lullo Maria Letizia
38.	21.	31	Draghi Giuseppe
39.			Draghi Luigi
40.			Draghi Rosa
41.	22.	32	Edil Mari S.r.l - Carnaroli Celso
42.	23.	33	Evangelisti Michele
43.	24.	34bis	Ghezzi Francesco
44.			Conti Maria Luigia
45.	25.	35	Giana Marisa
46.			De Mattei Andrea
47.	26.	36	Giordano Francesco Paolo
48.			Capozzoli Rosa
49.	27.	38	Greuter Giovanni
50.			Lomonaco Giuseppina
51.	28.	40	Laurino Claudio
52.	29.	41	Marchi Guido
53.			Brunelli Valeria
54.	30.	42	Marini Piera
55.			Marini Marisa
56.	31.	43	Martelli Fabio
57.	32.	44	Marzi Iliana
58.			Bracchi Bruno
59.	33.	45	Mazzone Vito
60.			Uglietti Maria Cristina
61.	34.	46	Mengoli Cesarino
62.			Scazzieri Angela Gabriella
63.	35.	49	Padovani Piera
64.	36.	51	Paolini Colombo
65.			Paolini Giulio
66.	37.	52	Peschiera Claudio
67.			Gennari Silvia
68.			Peschiera Gabriele
69.			Peschiera Francesco
70.	38.	53	Podesti Alberto
71.			Striani Camilla

72.	39.	54	Protti Maria Teresa
73.			Santini Giancarla
74.	40.	55	Romoli Romano
75.	41.	56	Ronchi Teresa
76.			Valenti Ronchi Gianlucio
77.	42.	58	Salvatorelli Vincenzo
78.			Peschiutta Franca
79.			Salvatorelli Annarita
80.	43.	59	Salvi Renato
81.	44.	60	Saviotti Franco
82.			Boattini Ebe
83.	45.	61	Solitto Gabriele
84.	46.	62	Solitto Leonardo
85.	47.	64	Tedeschi Enos
86.	48.	65	Toccalini Sergio
87.			Maggioni Giuseppina
88.			Maggioni Carlo
89.			Giusertoli Angela
90.	49.	66	Tramontana Federico

c) Implicaciones de la terminación respecto de la decisión en materia de costas

348. De conformidad con la carta de la Demandada de fecha 17 de septiembre de 2012, se solicita que el Tribunal ordene que la Demandada y los Demandantes que hubieran terminado el procedimiento en virtud de los términos de la carta mencionada anteriormente soporten en forma equitativa los costos del arbitraje y que cada uno de ellos soporte sus propios costos.
349. El Tribunal considera que la distribución de las costas propuesta por la Demandada es razonable. Como se afirmó en forma convincente en el marco del caso *Abaclat*¹⁶⁶, los Demandantes fueron los que iniciaron el procedimiento que nos ocupa. Por lo tanto, deberían hacerse cargo de las costas del arbitraje, al menos, en parte. Al mismo tiempo, la Oferta de Canje 2010 de la Demandada influyó en la decisión de los Demandantes de continuar con el presente procedimiento o de retirarse del mismo. De este modo, ambas partes deben soportar la carga de costas en forma equitativa y, por lo tanto, el Tribunal acepta la distribución de costas sugerida por la Demandada de modo tal que la

¹⁶⁶ *Ibidem*, párr. 631.

Demandada y los Demandantes que hubieran desistido del procedimiento soporten en forma equitativa los costos del arbitraje y que cada uno de ellos soporte sus propios costos.

350. Dado el hecho que, a causa de la terminación con respecto a 29 Demandantes, un cuarto de los 119 Demandantes originales, abandonan el caso mientras que 90 Demandantes, es decir, tres cuartos, continúan con el procedimiento, el Tribunal concluye que la distribución de costas deberá basarse en los principios consignados a continuación.
351. En cuanto a las costas del arbitraje, el Tribunal considera que corresponde que un cuarto (25%) de las costas del arbitraje desde el inicio del procedimiento hasta la entrada en vigor de la terminación (a saber, 8 de febrero de 2013) deben ser atribuidas al procedimiento entre la Demandada y los Demandantes que hubieran terminado el procedimiento, y por tanto deberán ser asumidas en partes iguales por la Demandada y esos Demandantes. El Tribunal se reserva la decisión sobre el resto de las costas del arbitraje para la fase de fondo del procedimiento.
352. En la misma línea, el Tribunal concluye que un cuarto (25%) de los propios costos de cada una de las Partes desde el inicio del procedimiento hasta el 8 de febrero de 2013 puede atribuirse al procedimiento entre los Demandantes que hubieran terminado el procedimiento y la Demandada, y por tanto deberán ser asumidas por la Demandada y los Demandantes sujetos a la discontinuación, mientras que se reserva la decisión sobre el resto de los costos de las Partes para la fase de fondo del procedimiento.
353. El Tribunal procederá a realizar una distribución exacta de los costos atribuibles a los Demandantes que hubieran terminado el procedimiento y la Demandada mediante una Resolución Procesal separada.

d) Nuevo nombre del caso

354. A la luz de la terminación del procedimiento con respecto a varios Demandantes, entre los que, en particular, se encontraba Giordano Alpi, a saber, el primer Demandante original por orden alfabético, el Tribunal decide modificar la denominación del presente

procedimiento y llamarlo “*Ambiente Ufficio S.p.A. y otros c. República Argentina*”, ya que Ambiente Ufficio S.p.A. es el siguiente Demandante por orden alfabético.

IV. EXISTENCIA DE UNA DIFERENCIA DE NATURALEZA JURÍDICA QUE SURGE DIRECTAMENTE DE UNA INVERSIÓN

A. Posiciones de las Partes

1. Argumentos de la Demandada

a) *La relación del art. 25 del Convenio CIADI y el art. 1 del TBI Argentina-Italia*

355. La Demandada afirma que el término “inversión” en el art. 25 del Convenio CIADI debe ser interpretado de forma autónoma, es decir, con independencia de la definición de una inversión en la cláusula respectiva del TBI aplicable. Los criterios del art. 25 del Convenio CIADI son objetivos en su naturaleza. Las partes no pueden hacer caso omiso de estos requisitos objetivos, ya sea por medio de su consentimiento bajo el TBI o de cualquier otra forma. Por lo tanto, no puede haber una definición más amplia del término “inversión” que aquella incluida en el Convenio CIADI.
356. Por lo tanto, se debe aplicar una *prueba de doble enfoque* respecto de la noción de inversión a fin de otorgar al tribunal del CIADI jurisdicción *ratione materiae* (*R I §§ 144-146; R II § 224*). A fin de que exista una “inversión” protegida, se deben cumplir todos y cada uno de los requisitos establecidos en el Convenio CIADI y – cuando corresponda – en el TBI aplicable. Esta es la prueba de doble enfoque: el conjunto de las dos series de requisitos (*R III §§ 118, 119*). Previo al análisis en virtud del TBI, el Tribunal deberá determinar si, bajo el Convenio CIADI, hay o no una inversión del tipo protegido. El TBI aplicable simplemente complementa el art. 25 del Convenio CIADI a los fines de determinar la competencia del Tribunal (*R II § 220*). La Demandada señala en este sentido que los propios Demandantes han reconocido esta prueba de doble enfoque ante el Tribunal aunque intentan reducir el alcance de dicho reconocimiento (*R III § 119; Tr pág. 134/17*).

b) Los derechos sobre títulos en cuestión no califican como inversión en virtud del art. 25 del Convenio CIADI

357. La Demandada argumenta que la supuesta “inversión” de los Demandantes no cumple con los criterios objetivos exigidos de conformidad con el Convenio CIADI y por lo tanto no se encuentra protegida en virtud del Convenio (*R I § 143*).

(1) La inversión en el presente caso

358. En general, la Demandada respalda la declaración del Profesor Abi-Saab en su Opinión Disidente en el caso *Abaclat* de que un tribunal del CIADI no puede mirar solamente el aspecto económico de una transacción sin tomar en consideración su marco legal y estructura para determinar si califica de inversión protegida (*R IV pág. 13*).

359. En este contexto, la Demandada insiste en que los Demandantes tienen “derechos sobre títulos” y no “bonos” (*R I § 140*). Las emisiones de bonos de Argentina son transacciones típicas de los mercados de capitales o títulos valores e inherentes a ellos donde Argentina realizó una única emisión a los suscriptores de los bonos quienes realizaban un único pago por una suma global a la República Argentina. Como los Demandantes no son los tenedores de los bonos, sólo poseen, en el mejor de los casos, intereses indirectos en los bonos inscriptos globalmente (*R II §§ 203, 204*). Las posiciones de los participantes individuales con respecto a los bonos registrados en forma global se conocen como “derechos a títulos valores”. Los tenedores de derechos a títulos valores no tienen relación directa con el emisor del bono (en este caso, la Demandada) o con el suscriptor del bono (*R II § 205*). El hecho de que las personas que compran bonos en el mercado minorista sean en términos generales denominados “tenedores de bonos” no cambia el hecho de que sólo las partes que hicieron contribuciones al tesoro argentino hayan sido los compradores iniciales de los bonos, es decir, los suscriptores (*R II § 261*).

360. En la opinión de la Demandada, cuando los bancos italianos les vendieron a los Demandantes porciones individuales de sus grandes tenencias sobre títulos valores, los Demandantes adquirieron por lo tanto un nuevo derecho sobre el título valor separado del bono global, un derecho sobre títulos que fue creado específicamente al momento de cada operación, de la cual Argentina no fue ni podría haber sido parte (*R II § 207*).

Adicionalmente, los derechos adquiridos por los Demandantes no son un préstamo a la República Argentina, ni a ninguna otra parte, dado que, los Demandantes nunca han celebrado acuerdo alguno con la Argentina (*R II § 209*).

361. Las ventas de derechos sobre títulos realizadas por los bancos italianos a los Demandantes fueron una cuestión que involucró exclusivamente a dichos bancos y a los Demandantes y que no afectaron los títulos que los bancos adquirieron con anterioridad sobre esos bonos argentinos, los cuales siguen encontrándose sin cambio alguno en la cuenta que cada banco tiene en el depositario o intermediario financiero pertinente. Las ventas de los derechos secundarios efectuadas por los bancos a sus clientes pueden haber sido consecuencia de su decisión anterior de comprar derechos sobre los bonos de la Argentina, pero sólo en el sentido de que un hecho— en lo que respecta al tiempo — sucedió al otro (*R I § 214*).

(2) El concepto de “inversión” en el art. 25 del Convenio CIADI

362. Según la Demandada, el hecho de que no se haya incluido una definición del término “inversión” en el Convenio CIADI no implica que no haya que interpretar el término (*R II § 216*). En este sentido, la mayoría de los tribunales y la doctrina internacionales han elegido como herramienta a la CVDT. Estas interpretaciones se deberían hacer de buena fe, teniendo en cuenta las consecuencias de los compromisos que las partes pudieron prever o imaginar razonable y legítimamente (*R II §§ 227, 228*). En particular, la Demandada refuta la posición de los Demandantes de que el punto de vista prevaleciente y más razonable es que el término “inversión” en el art. 25 del Convenio CIADI debe ser interpretado ampliamente (*R II § 234*).
363. En la medida en que los Demandantes se basan en el caso *Fedax* en respaldo de su alegato de que los instrumentos financieros se consideran generalmente inversiones conforme al Convenio CIADI, la Demandada señala que los pagarés en cuestión en *Fedax* no eran el tipo de inversión que “vienen por ganancias rápidas y se van inmediatamente después, es decir, ‘capital volátil’” [Traducción del Tribunal]. Por el contrario, la adquisición, venta o extinción de los derechos sobre títulos de deuda pueden

ser realizadas de manera instantánea en los mercados secundarios (*R II § 213*). Asimismo, la Demandada argumenta que incluir las tenencias financieras que negocian en bolsas de valores dentro del alcance de protección del Convenio CIADI sería contrario a sus objetos y propósitos. En particular, someter los derechos derivados de las emisiones de derechos sobre títulos de deuda que coticen en los mercados de capitales a las disposiciones de la ingente red de TBIs dificultaría su emisión, circulación, pago y reestructuración (*R III §§ 145, 148*).

(3) Relevancia y aplicación de la denominada prueba de “*Salini*”

364. La Demandada insta al Tribunal a aplicar la denominada prueba de *Salini* a fin de determinar si el Centro tiene jurisdicción en el presente caso (*R II § 236*). El Tribunal del caso *Salini* y Tribunales ulteriores han identificado criterios de “inversión” definidores, y - en su opinión - obligatorios, a saber, cierta duración, regularidad de ganancias y rendimiento, riesgo, un compromiso significativo, y una contribución sustancial a la economía del Estado receptor (*R I § 151*). En el caso que nos ocupa, en la opinión de la Demandada, estos elementos no sólo son deficientes, sino que están completamente ausentes (*R II §§ 250, 288*).
365. En primer lugar, la Demandada sostiene que, de acuerdo a la jurisprudencia pertinente del CIADI, el plazo mínimo de tiempo que debe tener un proyecto para ser considerado una inversión en virtud del Convenio CIADI es de entre dos y cinco años (*Tr pág. 144/22*). La Demandada señala, sin embargo, que la duración de la pretendida “inversión” de los suscriptores iniciales fue de unos pocos segundos, ya que sólo adquirieron los bonos una vez que tuvieron la certeza de que podrían generar derechos sobre títulos que podrían ser vendidos inmediatamente después de su emisión (*R III §§ 127, 128; Tr pág. 145/15*). Adicionalmente, la naturaleza de las compras de derechos sobre títulos valores en el mercado secundario es que no precisan ser mantenidas por ningún plazo en particular, sino que son fácil y rápidamente transables y con frecuencia se compran y venden en cuestión de segundos (*R I §§ 158-160*). Aunque los Demandantes argumentan que debe tenerse en cuenta el período de la emisión del bono, la Demandada afirma que el período que se debe considerar es la duración de la participación de cada Demandante en el título

de deuda, no la fecha de vencimiento de los bonos (*R II §§ 263, 269*). Más específicamente, la Demandada señala al menos a ocho Demandantes que compraron sus derechos sobre títulos después del vencimiento de la fecha de pago (*R II § 305; Tr pág. 147/22*).

366. En segundo lugar, en virtud de la jurisprudencia del CIADI, el proyecto debería contar con una regularidad de ganancia y rendimiento para calificar como inversión bajo el Convenio CIADI. Aunque la Demandada admite que el tenedor de derechos sobre títulos valores puede tener el derecho a recibir periódicamente el pago de ciertos montos de capital e intereses, la característica intrínseca de las operaciones de mercado secundario y el hecho de que, por naturaleza, los derechos sobre títulos valores sean transferidos de manera fácil y recurrente, implica que no hay regularidad de ganancia y rendimiento para los Demandantes (*R I §§ 167, 168; R II §§ 279, 280*). A partir de la información proporcionada por los Demandantes, existen casos en los que partes Demandantes han adquirido derechos sobre títulos valores sólo unos pocos meses e incluso unos pocos días antes de su fecha de vencimiento. Si los intereses se pagaban anualmente, los titulares de esos derechos sobre títulos no gozaron de ningún tipo de regularidad de ganancias y rendimientos. De acuerdo a la Demandada, la fuente más previsible de ganancias para los Demandantes es la especulación con respecto al margen entre los precios de compra y venta (*R I §§ 169, 170*).
367. En tercer lugar, de acuerdo a la Demandada, las obligaciones de pago derivadas de los derechos sobre títulos de los Demandantes no se encuentran ligadas al éxito de ningún emprendimiento comercial o proyecto de capital. El riesgo que los Demandantes podrían haber asumido al comprar derechos sobre títulos de deuda externa argentina es inherente a la operación y no es superior al riesgo comercial ordinario asumido por las restantes personas que participan en este tipo de operaciones puramente comerciales. Sin embargo, los contratos comerciales ordinarios no pueden considerarse como una “inversión” (*R I §§ 163-165; R II §§ 272, 274*). Si el riesgo de impago fuera suficiente para calificar como el riesgo necesario para la existencia de una inversión bajo el Convenio, ello equivaldría a sostener que el mero impago de un contrato da lugar a una reclamación bajo un tratado, una proposición que es rechazada unánimemente (*R II § 272*). Además, en la opinión de

la Demandada, los actores principales del mundo financiero conocían sobradamente que la Argentina había incurrido en incumplimiento de pagos en reiteradas oportunidades en la segunda mitad del siglo XX, y esta circunstancia había sido tomada en cuenta al momento de la emisión de los bonos que se discuten en este procedimiento (*R II § 275*).

368. En cuarto lugar, en lo que se refiere al requisito de compromiso significativo, la Demandada critica que los Demandantes sólo han proporcionado al Tribunal el valor nominal de los derechos sobre títulos que han comprado, pero no el precio que pagaron cuando compraron esos derechos sobre títulos (*R I § 156; R II § 258*). La Demandada critica, asimismo, que los Demandantes pretendan sumar todas sus contribuciones individuales y que el plazo que debería tenerse en cuenta a efectos de determinar la existencia de una inversión es la duración de los instrumentos financieros desde la emisión de los respectivos bonos hasta su vencimiento (*R II §§ 252, 254*). Por el contrario, en la afirmación de la Demandada, cada Demandante debe tener una inversión. Este requisito no puede ser satisfecho mediante la acumulación de reclamaciones de grupos numerosos de personas no relacionadas legalmente (*R II § 262*).
369. En quinto lugar, en vistas del requisito de una contribución sustancial al desarrollo económico de la Argentina, el producido de las operaciones del mercado secundario corresponde a los comerciantes vendedores e inversores, pero los Demandantes no realizaron pago alguno a la Demandada (*R I § 175*). Las compras de los Demandantes no involucraron transferencias de fondos al territorio argentino ni beneficiaron la economía argentina. El pretendido beneficio económico de la Argentina al emitir bonos no se deriva de las compras de derechos sobre títulos por parte de los Demandantes, sino de los contratos que Argentina celebró con los bancos emisores y los suscriptores (*R I § 177; R II § 283*). En tanto la decisión mayoritaria en el caso *Abaclat* considera que los fondos transferidos a la Demandada por parte de los agentes colocadores no son sino adelantos de los fondos que luego los inversores individuales transfirieron y que, en última instancia, los fondos de los Demandantes fueron puestos a disposición de la Demandada, la mayoría del Tribunal, a los ojos de la Demandada, desconoció completamente la operatoria de colocación de deuda soberana, según se describiera *supra* (*R IV pág. 14*).

370. Incluso si se reconociera que cada Demandante había hecho, con su pago al tercero vendedor, una contribución, esta última sería de una magnitud demasiado pequeña para calificar como una “contribución” al desarrollo económico de la Demandada en cualquier sentido pertinente (*R II §§ 284, 285*). En ese sentido, la Demandada argumenta que el Tribunal no puede analizar la totalidad del bono global y considerarlo como una única inversión (*R II § 253*). Por el contrario, el Tribunal necesita evaluar para cada Demandante individual si su compra de derechos sobre títulos valores equivale a una contribución sustancial (*R II § 262*).
371. Adicionalmente, en la opinión de la Demandada, es imposible rastrear el producido que la Demandada recibió por parte de los suscriptores que adquirieron los bonos. En particular, los Demandantes no pueden probar si el producido de una emisión particular de bonos fue utilizado para costear las cargas de intereses crecientes que no tienen valor duradero para el desarrollo de la economía (*R II § 286*).

c) Los derechos sobre títulos en cuestión no califican como inversión en virtud del art. 1 del TBI Argentina-Italia

(1) El alcance de la lista del art. 1(1)(a)-(f) del TBI

372. La Demandada afirma que, en primer lugar, la traducción al idioma inglés del art. 1(1)(c) del TBI Argentina-Italia, hecha por los Demandantes, es incorrecta. Ni la versión en italiano ni la versión en español, que son los originales, incluyen el término “bono”. No se incluye ninguna referencia al término “bono” o “derechos sobre títulos”, sino sólo a “obligaciones” (*R I § 180; R III § 134*). En el idioma español, “obligación” y “bono” son dos términos distintos con significados distintos, siendo que el término “bono” tiene un sentido similar al término “bonds” en idioma inglés (*R II § 292*).
373. El fundamento lógico de la redacción de esta disposición es que la intención de las Partes Contratantes fue la de excluir los bonos del ámbito de aplicación del TBI Argentina-Italia. Si Argentina e Italia hubiesen considerado a los bonos como una inversión, los habrían incluido dentro de la definición de inversión en el art. 1 del TBI y habrían utilizado la palabra “bonos” en español y “*titoli obbligazionari*” en italiano (*R I § 186; R II §§ 292, 296*). Si fuera cierta la aseveración de los Demandantes de que en el idioma

italiano no existe una palabra específica para lo que en idioma inglés se denomina “bond”, el hecho de que sí exista una distinción entre estos términos en español y que el término bono no haya sido utilizado en español, hace precisamente que sea correcta la interpretación por la cual “*obbligazioni*” no debe entenderse como sinónimo de “bono” (*R II § 293*).

(2) Los requisitos de que la inversión se haga “en el territorio” de la Demandada y de que sea una inversión “extranjera”

374. La Demandada afirma que, a la luz del art. 1 del TBI Argentina-Italia, las inversiones realizadas fuera del territorio del Estado receptor, es decir, Argentina, recaen fuera del alcance de protección del TBI (*R I § 209*). La Demandada insiste en que los derechos sobre títulos no se encuentran situados físicamente en el territorio de Argentina. Esta conclusión está reforzada por el hecho de que los derechos sobre títulos valores de los Demandantes fueron adquiridos y registrados fuera del territorio argentino, que están regidos por leyes extranjeras y que son exigibles en jurisdicciones extranjeras. En este respecto, la Demandada argumenta que no ejerció ningún derecho soberano sobre las supuestas “inversiones” de los Demandantes, ni pudo hacerlo, ya que estas se encontraban sujetas a leyes y jurisdicción extranjera (*R I § 215*).
375. El alegato de que no existe inversión alguna en el territorio de la República Argentina en el presente caso es, a los ojos de la Demandada, corroborado, asimismo, por el hecho de que el producido de la compra de los derechos sobre títulos valores por parte de los Demandantes no fue devengado por la Argentina (*R I § 213; R II §§ 351, 356*). En particular, el hecho de que la emisión de bonos podía haber beneficiado a la Demandada y permitido refinanciar parte de su deuda externa, no significa que exista una inversión en territorio argentino protegida por el TBI Argentina-Italia (*R II § 357*). Por lo tanto, al adquirir derechos sobre títulos en el mercado secundario, los Demandantes no realizaron una inversión en territorio argentino.
376. En síntesis, según la Demandada, no es posible que se considere situado en el territorio argentino a un bono que fue emitido fuera del territorio argentino, que no está sujeto a las leyes argentinas, que se encuentra en poder de individuos que lo adquirieron en Italia, y

registrado en las cuentas de bancos situados fuera de la República Argentina (*R III § 139; R V pág. 9*). En tanto todos los criterios y puntos de conexión (por ejemplo, lugar de ejecución, cláusulas de selección de foro, moneda de pago, residencia de los intermediarios, etc.) fueron estructurados en forma deliberada de modo de tener su *situs* fuera de la Argentina, la supuesta inversión no se realizó en el territorio de la Demandada y por ende recae fuera del ámbito de jurisdicción *ratione materiae* del Tribunal (*R IV pág. 15*).

377. Además, la Demandada argumenta que los derechos sobre títulos valores de los Demandantes no constituyen una inversión protegida en virtud el TBI en razón de la “cláusula de derecho aplicable”, contenida en el prospecto de cada bono, en virtud de la cual, los títulos de los Demandantes se encuentran regidos por diferentes derechos locales extranjeros (no argentino), y porque los bonos estaban sujetos a la jurisdicción de tribunales extranjeros (no argentinos) (*R I § 188; R II § 308*). Los Demandantes no pudieron haber creído en ningún momento que estaban realizando una inversión en Argentina ya que las tenencias de títulos en la deuda argentina que adquirieron nunca estuvieron regidas por las leyes argentinas ni bajo el ámbito de jurisdicción de las autoridades argentinas (*R I § 193; R II § 310*). Queda claro que el TBI Argentina-Italia sólo protege “las inversiones extranjeras”, es decir, inversiones realizadas por una persona de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante, y, como señala la Demandada, los Demandantes no objetan este alegato (*R I § 190; R II § 303*). La aseveración de los Demandantes de que una inversión extranjera surge automáticamente en el caso de una tenencia en manos de una persona extranjera es incorrecta (*R II § 318*).

(3) El requisito de que la inversión se realice “de conformidad con la legislación” de la Demandada

378. La Demandada adopta la posición de que las compras de derechos sobre títulos realizadas por los Demandantes violaron las leyes italianas, las cuales rigen la adquisición de derechos sobre títulos en cuestión y por lo tanto no fueron compatibles con la cláusula “conforme a la legislación” del art. 1 del TBI Argentina-Italia (*R I § 198*). Incluso ante la ausencia de dicho lenguaje en el tratado pertinente, las inversiones realizadas en

violación del derecho nacional o internacional no se encuentran protegidas (*R I § 201; R II § 330; R III § 141*).

379. De acuerdo a la Demandada, el fin de dichas cláusulas no se encuentra limitado a excluir reclamos que surjan de inversiones que no están reconocidas como legales conforme la legislación del Estado receptor al momento que fueron realizadas. Más bien, dichas cláusulas son una expresión del orden público internacional, que comprende el principio de respeto de la ley (*R II § 329*). Que la ilicitud provenga de terceros, es decir, los bancos, en lugar de los Demandantes, carece de toda relevancia. Lo que resulta decisivo no es la conducta ilícita del inversor, sino la ilicitud de la inversión (*R II § 344*). Tampoco corresponde distinguir entre las inversiones ilegales realizadas por inversores de buena fe de las efectuadas por inversores de mala fe, ya que los inversores de buena fe pueden hacer cumplir sus derechos contra la parte que actuó ilegalmente, es decir, en el caso que nos ocupa, los bancos italianos. Sin embargo, el Estado receptor no tiene obligación de proteger inversiones que no cumplen con el principio de respeto de la ley (*R II § 345*).
380. La legislación italiana es aplicable al presente caso ya que, de conformidad con los términos del art. 8(7) del TBI Argentina-Italia, el Tribunal tomará sus decisiones sobre la base de las leyes de Argentina, incluidas sus normas sobre conflicto de leyes, y las disposiciones pertinentes del derecho internacional (*R I § 204; R II §§ 322, 324; R III § 143*). Contrariamente, es incorrecta la declaración estricta de los Demandantes de que tanto el art. 8(7) del TBI como el art. 42(1) del Convenio CIADI contemplan la legislación a ser aplicada al fondo de la controversia y no a la fase de jurisdicción (*R II § 327*). En oposición, la Demandada resalta que el derecho argentino estipula que la validez y naturaleza de los contratos celebrados fuera del territorio de la Argentina, y las obligaciones que surgen de esos contratos, serán regidas por las leyes del lugar en que los contratos fueron celebrados, es decir, Italia (*R I § 205; Tr pág. 151/20*).
381. La Demandada aduce que los Demandantes compraron sus derechos sobre títulos no sólo en violación de las restricciones a la venta contenidas en los documentos de los bonos que prohíben la venta de derechos sobre títulos a compradores ni calificados ni sofisticados, sino también de aquellas contenidas en la legislación italiana (*R I § 207; R II*

§§ 335, 336). En particular, todas las circulares de oferta relativas a bonos expresados en Liras italianas incluían restricciones de venta específicamente referentes al territorio italiano que prohibían las ventas a clientes minoristas como los Demandantes (*R II § 340*). Para subrayar este punto, la Demandada se refiere a los diversos casos contra los bancos italianos en los que los tribunales italianos concluyeron que las compras de derechos sobre títulos por parte de clientes minoristas violaban las restricciones de venta (*R II § 341*).

2. Argumentos de los Demandantes

382. Los Demandantes afirman que la controversia en cuestión es de naturaleza jurídica, según lo exige el art. 25(1) del Convenio CIADI (*Solicitud §§ 73, 74*). Argumentan, asimismo, que el requisito de una diferencia de naturaleza jurídica “que surja directamente de una inversión”, según lo establece la misma disposición, también se cumple y que los instrumentos en cuestión califican como inversiones dentro del sentido del art. 1 del TBI Argentina-Italia (*Solicitud § 78*).

a) La relación entre el art. 25 del Convenio CIADI y el art. 1 del TBI Argentina-Italia

383. Los Demandantes sintetizan la idea central de su enfoque de la siguiente manera (*C II § 85*): En primer lugar, la inversión debe encuadrarse dentro del significado tanto del Convenio como del TBI pertinente. En oposición a lo que afirma la Demandada, los Demandantes no ignoran la necesidad de cumplir la llamada *prueba de doble enfoque*. Los Demandantes tampoco han dado a entender que cualquier transacción puede ser caracterizada como una inversión (*C II § 81*). La noción de inversión no fue definida en el Convenio CIADI debido a que sus redactores pretendieron evitar restricciones indebidas a la concepción de los Estados Contratantes de qué debería constituir una inversión. En consecuencia, ante la ausencia de una definición objetiva de “inversión” en virtud del Convenio CIADI, el requisito de “inversión” conforme al art. 25(1) del Convenio está controlado principalmente por las partes y no debería ser interpretado de forma separada o autónoma a la definición de inversión en el TBI pertinente (*C I § 210*). Por lo tanto, los árbitros no deberían imponer criterios fijos para determinar la existencia

de una inversión de conformidad con el Convenio, sino que deberían, en cambio, referirse a modo de orientación a las “características típicas” o “rasgos” de una inversión identificados por la jurisprudencia y la doctrina.

b) Los bonos en cuestión califican como una inversión en virtud del art. 25 del Convenio CIADI

(1) La inversión en el presente caso

384. Aunque los Demandantes no consideran que sea incorrecta la descripción de la Demandada de los mecanismos para la emisión y circulación de instrumentos financieros en el mundo actual de tenencias indirectas y centralizadas de títulos valores sin su respectivo soporte físico, la califican como totalmente irrelevante para el presente caso (*C II § 96*). En ese sentido, los Demandantes argumentan que, en su opinión, la inversión en cuestión en la presente controversia son los préstamos generales que permitieron a la Demandada disponer de fondos para financiar sus necesidades presupuestarias y que se encuentran representados por los bonos emitidos a este respecto. Cada Demandante es titular de una participación proporcional de esa inversión, equivalente al valor nominal de los bonos en su poder (*C II § 83; C III § 91; Tr pág. 192/15*). Los “derechos sobre títulos” de los que son titulares cada uno de los Demandantes constituyen simplemente la prueba de su derecho a una participación proporcional en la inversión inicial efectuada en la Argentina. Como titulares de derechos al capital e interés en proporción a su participación en la inversión en su conjunto, es decir, los bonos emitidos por la Demandada, los Demandantes son inversores conforme al significado del Convenio CIADI y el TBI (*C II §§ 99, 103; C III § 93*).
385. Por lo tanto, los Demandantes consideran la emisión de bonos negociables en los mercados financieros internacionales, y no la subsiguiente compra de derechos sobre títulos en el mercado secundario, como la transacción importante a los fines de la calificación como inversión (*C I § 280*). En consecuencia, la doctrina aplicable es aquella de “unidad general de una operación de inversión” (*C III §§ 129 y ss.; Tr pág. 517/14*). Los Demandantes argumentan que la compra inicial de los bonos emitidos por la Argentina por parte de los bancos y suscriptores es indiscutiblemente una inversión que

satisface todos los requisitos de la definición de inversión. Aun suponiendo que la compra de una parte de las emisiones de bonos, considerada individualmente, no podría calificar como inversión en los términos del art. 25 del Convenio CIADI, esta disputa, no obstante, estaría “relacionada con” una inversión, debido a que cada transacción es una parte integral de la operación en su conjunto, la cual califica como inversión (*C III § 136*).

386. Por su naturaleza, cuando se emite un bono, es suscripto por un gran número de suscriptores y es colocado en el mercado secundario en el cual circula. Si la colocación y circulación de los bonos en el mercado secundario no estuviera permitida, no habría emisiones de bonos. La Demandada nunca habría podido satisfacer su necesidad de capital extranjero a través de la emisión de un bono, si los adquirentes iniciales no hubieran tenido la posibilidad de revender los bonos en el mercado secundario (*C III 134; Tr pág. 190/7*). Al elegir específicamente financiarse a través de la emisión de bonos, la Demandada sabía que sus bonos circularían y serían transferidos innumerables veces, en fracciones del monto inicial de la emisión (*C III § 151*).
387. La posterior circulación de los bonos en el mercado secundario evidentemente no privó a la “inversión” inicial de su calidad de tal ni modificó su naturaleza (*C II § 97; C III § 148; Tr págs. 136/18, 524/11*). En particular, los Demandantes refutan el argumento formalista de la Demandada que implicaría esencialmente que la inversión inicial pierde su naturaleza como inversión sencillamente como consecuencia de una de sus características naturales, esenciales y claramente pretendidas, es decir, la circulación en el mercado secundario (*C II § 104*). En particular, es irrelevante que los bancos e intermediarios que compraron los bonos, al momento de la emisión, luego los hayan vendido “en su propio nombre y representación” a posteriores compradores. En el derecho de los tratados de inversión no existe limitación a la posibilidad de que el adquirente sucesivo de una inversión inicial pueda valerse de la protección prevista en un tratado de protección de inversiones (*C II §§ 98, 102*).
388. En síntesis, los Demandantes enfatizan que no existe contradicción alguna, según sugiere la Demandada, al considerar la posición de los Demandantes *individuales* a los efectos de

identificarlos y determinar el monto debido a cada uno de ellos y, al mismo tiempo, considerar la transacción *general* y la inversión inicial como un todo a los efectos de establecer si se está en presencia de una inversión en los términos del Convenio CIADI y el TBI Argentina-Italia (*C II § 101; C III § 123; Tr pág. 530/6*).

(2) El concepto de “inversión” en el art. 25 del Convenio CIADI

389. Los Demandantes alegan – y consideran que esta es la opinión mayoritaria tanto en la jurisprudencia pertinente como en los escritos académicos – que, debido a la ausencia de una definición de inversión en el Convenio CIADI, el requisito de inversión en virtud del art. 25 debe ser interpretado ampliamente y considerando principalmente la intención de las partes en cada circunstancia particular (*C I §§ 210, 219; C III § 119*). Según los Demandantes, gran parte de la doctrina jurídica y la jurisprudencia del CIADI demuestran que el concepto de “inversión” en virtud del Convenio comprende una amplia gama de situaciones, entre las que se encuentran la adquisición de acciones, los pagos destinados a una posible concesión al igual que los préstamos, incluidos los bonos (*Solicitud § 75*).
390. En particular, los Demandantes afirman que no hay dudas de que los instrumentos financieros y, por lo tanto, los bonos de los cuales son tenedores los Demandantes, constituyen inversiones a los efectos del Convenio (*C I §§ 237 y ss.; C II § 91; C III § 160*). De acuerdo con los Demandantes, la Demandada no niega esta conclusión, ni objeta la importancia de la jurisprudencia ni de las opiniones doctrinarias en las que se basan los Demandantes (*C II § 92*). En la medida en que la Opinión Disidente del Profesor Abi-Saab en el marco del caso *Abaclat* establece que los productos financieros tales como los bonos deberían ser “excluidos *per se*” [Traducción del Tribunal] de la protección otorgada por el Convenio del CIADI, según los Demandantes, este punto de vista carece de todo fundamento y no cuenta con el respaldo de autoridad alguna (*C IV § 30*). Además, a efectos de la jurisdicción, los bonos son similares a la inversión de cartera en acciones respecto de la cual la jurisdicción del CIADI es indiscutible (*C III § 137*).

(3) Relevancia y aplicación del denominado Test *Salini*

391. Los Demandantes no consideran que criterios fijos sean compatibles con la ausencia de una definición objetiva de “inversión” en el Convenio CIADI. En particular, aducen que la posición de la Demandada según la cual los criterios del denominado Test *Salini*– a saber, compromiso significativo, duración, asunción de riesgo, regularidad de ganancias y rendimiento y significación para el desarrollo económico del Estado receptor – deberían elevarse a requisitos jurisdiccionales, es insostenible por diversas razones (*C I* §§ 221, 222; *C III* § 90).
392. Para empezar, los tribunales CIADI no se encuentran obligados a seguir decisiones anteriores (*C I* § 223). Asimismo, se encuentra ampliamente reconocido que el peso atribuido por ciertos tribunales al Test *Salini* es inmerecido (*C I* §§ 224 y ss.). Dicho test, o bien no es considerado el test prevaleciente por la opinión mayoritaria de la jurisprudencia en materia de tratados de inversión ni entre los doctrinarios, y, si se utiliza, es aplicado con bastante flexibilidad. En particular, no se exige que la totalidad de los elementos del test estén presentes en cada caso (*C II* § 87; *C III* §§ 118, 119). Para el abrumador volumen de precedentes y opiniones doctrinarias, la cuestión que consiste en determinar si una transacción en especial puede ser caracterizada como inversión depende de un enfoque más sofisticado y de cada caso específico, tomando en cuenta una variedad de elementos más amplia (*C I* § 235). En particular, el acuerdo de los Estados Contratantes de un TBI sobre la definición de inversión goza de “gran deferencia” (*C III* § 118).
393. Además, aún en caso de que -a fines argumentativos- los criterios del Test *Salini* se aceptaran como obligatorios, ellos se cumplen en el caso que nos ocupa (*C I* §§ 244, 245; *C II* § 87; *C III* §§ 90, 121; *Tr* pág. 514/15).
394. En primer lugar, los bonos en cuestión son el resultado de las transacciones en virtud de las cuales la Argentina emitió instrumentos de deuda negociable a gran escala (a saber, bonos), a los efectos de financiar su deuda, y los colocó en los mercados internacionales. Todos los Demandantes individuales han adquirido una parte de esas emisiones. Los desembolsos de capital totales efectuados por los tenedores de bonos constituyen un

compromiso financiero gigantesco por parte de los bonistas y, de este modo, satisfacen el prerequisite de un compromiso significativo de capital. La insistencia de la Demandada en considerar el monto efectivamente pagado por cada Demandante es evidentemente absurda (*C I §§ 247, 248*).

395. En segundo lugar, los Demandantes alegan que su inversión satisface el elemento de duración, puesto que el parámetro relevante no es el período durante el cual cada Demandante individual ha sido tenedor de los bonos que adquirió, sino la duración de la emisión del bono pertinente. El intervalo promedio entre la fecha de emisión de los bonos y la fecha de vencimiento pertinente es de aproximadamente 8,2 años (*C I §§ 249, 251*).
396. En tercer lugar, los Demandantes refutan el argumento de la Demandada según el cual la compra de los bonos implicaba sólo un riesgo comercial normal, dado que las obligaciones de pago de préstamos de Argentina no dependían del éxito de emprendimiento comercial o proyecto de capital alguno, y que el riesgo de los Demandantes no era diferente del de cualquier contrato comercial entre un acreedor y un deudor (*C I § 252*). Por el contrario, los Demandantes alegan que los riesgos involucrados en el otorgamiento de préstamos a Estados soberanos son diferentes, a nivel fundamental, de aquéllos existentes en una transacción con una contraparte comercial común, particularmente, en el caso de que el Estado tomador del préstamo alterara los términos de sus obligaciones en perjuicio de los acreedores, mediante un acto soberano (*C I § 254*).
397. En cuarto lugar, los Demandantes también se oponen al alegato en virtud del cual sus bonos no satisfacen la condición de regularidad de ganancias y rendimiento, en la medida en que una inversión suministraba una regularidad de rendimientos, es decir, los pagos de intereses periódicos. Los Demandantes alegan que el momento en el que cada Demandante adquirió sus respectivos bonos es irrelevante y lo que importa son las condiciones totales de la emisión de los bonos (*C I §§ 258, 261*).
398. Por último, los Demandantes consideran imposible objetar que su inversión contribuyó al desarrollo económico de Argentina. En consecuencia, la Demandada se equivoca al afirmar que el monto abonado por los Demandantes a fin de adquirir los bonos no se

invirtió en Argentina. En su lugar, deben tenerse en cuenta los ingresos originales de las emisiones de los bonos cuando no haya dudas de que éstos se dirigieron directamente y en su totalidad a las arcas del Tesoro argentino (C I §§ 263, 264).

c) Los bonos en cuestión califican como inversión en virtud del art. 1 del TBI Argentina-Italia

(1) El alcance de la lista incluida en el art. 1(1)(a)-(f) del TBI

399. Según los Demandantes, el art. 1(1)(c) del TBI Argentina-Italia (“obligaciones, títulos públicos o privados [...]”) contempla expresamente que los bonos emitidos por el Estado y demás instrumentos públicos de deuda deben considerarse una inversión a efectos del TBI (*Solicitud* § 76). Debido a que “*obbligazioni*” es el término italiano (y, en realidad, la *única* palabra) para bonos, como “obligaciones” es la palabra en español para dicho término, la traducción correcta en inglés es “*bonds*” (C I § 269). Esto es confirmado por los diccionarios más modernos y de mayor autoridad (C I § 273; C III § 96). Asimismo, esto se manifiesta en la Directiva 2004/39/EC sobre mercados de instrumentos financieros que utiliza, en sus textos originales, los términos “*bonds*” en inglés, “*obbligazioni*” en italiano y “obligaciones” en español (C II § 110).
400. La Demandada se equivoca al afirmar que la traducción correcta del término en inglés es “*obligations*” (C I § 271). Si bien es verdad que “*obbligazioni*” y “obligaciones” también tienen el significado más amplio de “*obligations*” [en inglés], las disposiciones del TBI deben leerse en el contexto. La yuxtaposición del término “*obbligazioni*/obligaciones” a “*titoli pubblici o private*/títulos públicos o privados” (*public or private securities*, en inglés) indica claramente que se quiso hacer referencia a la otra acepción de “*obbligazioni*/obligaciones”, a saber, “bonos” (C I § 274).
401. Los Demandantes defienden que su posición es confirmada por el hecho de que los testigos de la Demandada emplearon dichos términos indistintamente (C III §§ 93, 96). Asimismo, la Oferta de Canje 2010 de Argentina específicamente denomina indistintamente a los bonos en cuestión como “*obbligazioni*” y “*titoli*”, en italiano, “*bonds*” y “*securities*”, en inglés y “títulos” y “bonos”, en castellano. Además, los

propios abogados de la Demandada reiteradamente se refirieron a los bonos como “títulos” y a los tenedores de derechos sobre títulos como “bonistas” (*C III § 100*).

402. Aún si se admitiera el argumento textual de la Demandada y la palabra no significara “*bonds*” en este contexto, sino simplemente “*obligations*”, los bonos – en tanto obligaciones – de todas formas se encontrarían incluidos en este término (*C III § 98*). Asimismo, en cualquier caso, los bonos ciertamente estarían comprendidos en la expresión general al final del art. 1(1)(c) del TBI, a saber, “cualquier otro derecho a prestaciones o servicios que tengan un valor económico, como también las ganancias capitalizadas” (*C I § 276; C III § 96*). Los Demandantes destacan que la Demandada no refutó este argumento (*C II § 112*).
403. Por último, los bonos también se encuentran comprendidos en la redacción de la cláusula general del art. 1(1)(f) del TBI según el cual la definición de “inversión” incluye “cualquier derecho de tipo económico conferido por ley o contrato” (*Solicitud § 77; C I § 277; C III § 96*). Además, como los Demandantes resaltan, la Demandada tampoco refutó este argumento (*C II § 112*).

(2) Los requisitos de que la inversión se realice “en el territorio” de la Demandada y sea una inversión “extranjera”

404. Los Demandantes refutan el argumento de la Demandada según el cual los bonos no se encuentran protegidos por el TBI, puesto que no constituyen una inversión realizada “en el territorio” de Argentina, como lo requiere el encabezamiento del art. 1(1) del TBI Argentina-Italia al igual que su Preámbulo y art. 1(2). Para los Demandantes, lo que es importante aquí es la transacción inicial, a saber, la emisión de los bonos negociables en los mercados financieros internacionales, no las subsiguientes compras de los bonos en los mercados secundarios (*C I § 280*).
405. Según los Demandantes, es imposible razonar con respecto a los bonos como se razonaría con referencia a un terreno, una planta industrial o una mina. Cuando de dinero se trata, sólo puede tenerse en cuenta quién obtiene el beneficio. En consecuencia, al considerar en qué lugar se realizó la inversión, debe tenerse en cuenta el destino de los ingresos

generados por las emisiones de bonos, es decir, el beneficiario de los fondos en cuestión, y ellos, indiscutiblemente, fueron en beneficio de la Demandada (*C I § 281; C II § 114; Tr pág. 198/17*). Contrariamente a la posición adoptada por la Opinión Disidente del Profesor Abi-Saab en el marco del caso *Abaclat*, no es una simple “presunción” [Traducción del Tribunal] que los fondos puestos a disposición de la Demandada contribuyeron al desarrollo económico del país, ya que el producido de las emisiones de bonos fue incluido en el presupuesto oficial de Argentina y es la legislación de Argentina la que exige que el destino del financiamiento sea autorizado y especificado por la ley (*C IV §§ 45, 47*).

406. En ese aspecto, los Demandantes consideran irrelevante que el dinero de los Demandantes no fuera directamente a las arcas de Argentina, dado que eso es intrínseco a la circulación de títulos en el mercado secundario y no desvirtúa el hecho de que la Demandada fuera el único beneficiario de la inversión (*C III § 106*). Asimismo, también es irrelevante que los fondos involucrados no fueran físicamente transferidos al territorio del Estado beneficiario (*C III § 107*) y que los bonos no se encuentren físicamente en el territorio de Argentina, ya que, aún cuando estén representados por instrumentos físicos, por definición, se encuentran en poder del tenedor (*C I § 281*). También es irrelevante la cuestión que consiste en determinar si los Demandantes efectivamente habían creído que estaban realizando una inversión en Argentina o podrían haberlo hecho. Por un lado, la creencia del inversor no constituye un elemento que deba ser considerado a los efectos de determinar si una inversión se encuentra protegida por el TBI. Asimismo, aquello que debe tenerse en cuenta es la inversión inicial, y no las compras posteriores en el mercado secundario (*C II §§ 116, 117*).
407. Además, los Demandantes no coinciden con el análisis incluido en la Opinión Disidente del Profesor Abi-Saab en el marco del caso *Abaclat* según el cual el requisito de territorialidad del art. 1 del TBI Argentina-Italia no puede ser “probado o demostrado, excepto rastreando [la inversión] hasta un proyecto, empresa o actividad específicos en ese territorio”[traducción del Tribunal]. Por el contrario, los Demandantes apoyan el enfoque de la decisión mayoritaria del caso *Abaclat* que establece que tal requisito de “especificidad” no se encuentra contenido en el TBI Argentina-Italia (*C IV § 43*).

408. Según los Demandantes, las disposiciones concernientes a la ley aplicable y la jurisdicción sobre los bonos carecen de relevancia cuando se trata de determinar si la inversión fue realizada en Argentina. En primer lugar, la ley que rige la relación contractual que se encuentra en la base de la inversión es indiferente a los efectos de determinar si una inversión se encuentra protegida por el TBI. En segundo lugar, ni siquiera la Demandada probablemente se atrevería a objetar que una inversión en un proyecto localizado físicamente en Argentina no fue realizada en su territorio, simplemente porque el contrato pertinente fue celebrado con sujeción a una ley extranjera o estableció la sumisión a la jurisdicción de tribunales extranjeros (*C I § 287, 288; Tr pág. 199/2*). A pesar de las cláusulas aplicables en materia de elección de foro y elección de derecho, los Demandantes se estaban sometiendo, en gran medida, a la ley del emisor soberano, o al menos, estaban corriendo el riesgo de que el Estado extranjero utilizara sus poderes soberanos para interferir en su inversión (como efectivamente sucedió) (*C I § 290*).
409. Con respecto al argumento relacionado en virtud del cual las inversiones en cuestión no son “extranjeras”, los Demandantes insisten en que el único criterio decisivo para identificar una inversión extranjera es la nacionalidad de los inversores (*C I § 293; C II § 115; C III § 109*).

(3) El requisito de que la inversión se realice “de conformidad con el ordenamiento jurídico” de la Demandada

410. Según los Demandantes, la defensa adicional de la Demandada en virtud de la cual las inversiones en cuestión no se realizaron “de conformidad con el ordenamiento jurídico” del Estado receptor, como lo requiere el encabezamiento del art. 1(1) del TBI Argentina-Italia, es errónea por varios motivos (*C I § 295*).
411. En primer lugar, la disposición hace referencia a la legislación del Estado receptor, es decir, Argentina. El intento de la Demandada de poner en juego la ley italiana mediante el art. 8(7) del TBI y su alusión a las normas de conflicto de leyes del Estado receptor también es defectuoso, puesto que esa disposición contempla la ley que se aplicará al fondo de la controversia (y, en este sentido, es análoga al art. 42(1) del Convenio

CIADI). Por lo tanto, el art. 1(1) del TBI hace referencia al derecho de fondo argentino exclusivamente y el derecho italiano es manifiestamente inaplicable (*C I §§ 300, 302; C II § 120; C III § 112; Tr pág. 202/18*).

412. Asimismo, aún si se le concediera *hipotéticamente* a la Demandada que el derecho italiano es aplicable, la cuestión que consiste en determinar, en virtud del art. 1(1) del TBI, si la venta de los bonos a los Demandantes por los bancos italianos violó ciertas disposiciones del derecho italiano no es pertinente. Lo que resulta pertinente aquí es el requisito de legalidad de la inversión, a saber, “todo aporte o bien invertido [...] en el territorio” del Estado receptor, y no las transferencias de los bonos en el mercado secundario (*C I § 296*).
413. Además, los Demandantes alegan que en todas las oportunidades en que se confirmó la ilegalidad de la inversión conforme a la ley del Estado receptor, la ilegalidad: i) era muy grave, ii) había sido cometida conscientemente por el inversor en perjuicio del Estado receptor, y iii) había sido cometida al momento en que la inversión fue admitida en el Estado receptor, y no posteriormente (*C I § 305*). Según los Demandantes, ninguno de estos criterios se cumple en el caso que nos ocupa. En particular, la supuesta ilegalidad fue cometida en perjuicio de los Demandantes y de modo alguno ocasionó un daño (o tuvo la finalidad de ocasionar un daño) a los intereses de la Demandada. La Demandada no puede sacar provecho de una supuesta ilegalidad cometida por un tercero (*C I § 307; C II § 124; C III § 114*). Cualquier violación de alguna norma que pudiera haber ocurrido con relación a la circulación de las inversiones es totalmente ajena al ámbito de este procedimiento (*C I § 321*).
414. Más específicamente, respecto de las “restricciones de venta” a las que la Demandada hace referencia, los Demandantes señalan que los bonos mismos no contenían limitación alguna en cuanto a las clases de personas jurídicas o físicas que pueden convertirse en sus tenedores. Las únicas limitaciones eran que los bonos no podían ser vendidos en Italia “en una invitación al público en general”, lo que de hecho nunca ocurrió, y que la venta debía realizarse a través de intermediarios financieros debidamente autorizados (incluidos los bancos), lo que fue el caso (*C I §§ 310, 311; Tr pág. 205/12*). En este sentido, no

existía prohibición general alguna en cuanto a la venta de los bonos a inversores privados por parte de intermediarios financieros en Italia, a pesar de una cierta cantidad de procesos ante los tribunales judiciales italianos que, sin embargo, se referían a las circunstancias de cada caso en particular (*C I §§ 312, 313*). En este contexto, los Demandantes afirman que no existe contradicción entre su postura en este arbitraje y sus posturas individuales ante los tribunales judiciales italianos, debido a que la naturaleza de los reclamos que los bonistas puedan tener contra los intermediarios financieros es completamente diferente de la de sus reclamos contra la Demandada (*C II § 122; C III § 115*).

B. Conclusiones del Tribunal

1. Las disposiciones pertinentes a efectos de la determinación de la jurisdicción *ratione materiae*

415. Las Partes coinciden en que la jurisdicción *ratione materiae* del Centro y, de hecho, la competencia del Tribunal en el ámbito del caso que nos ocupa, deben basarse en el art. 25(1) del Convenio CIADI al igual que en el art. 1(1) del TBI Argentina-Italia. Sin embargo, el alcance de la jurisdicción derivada de estos instrumentos y disposiciones es objeto de controversia entre las Partes, como el Tribunal del caso *Abaclat*¹⁶⁷ también señaló cuando se encontró en una situación similar a la del presente Tribunal en lo que respecta a la cuestión de la jurisdicción *ratione materiae*. A fin de resolver esta cuestión, el Tribunal considera que primero sería útil recordar las disposiciones legales pertinentes.
416. De conformidad con el art. 25(1) del Convenio CIADI, la jurisdicción *ratione materiae* del Centro “se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión”.
417. Asimismo, el art. 1(1) del TBI Argentina-Italia – bajo el título “definiciones” (“*definizioni*”/“*definiciones*”) – en sus versiones originales en idiomas español e italiano, rezan lo siguiente:

A los fines del presente Acuerdo:

¹⁶⁷ Véase Decisión *Abaclat*, párr. 251.

1. El término “inversión” designa, de conformidad con el ordenamiento jurídico del país receptor e independientemente de la forma jurídica elegida o de cualquier otro ordenamiento jurídico de conexión, todo aporte o bien invertido o reinvertido por personas físicas o jurídicas de una Parte Contratante en el territorio de la otra, de acuerdo a las leyes y reglamentos de esta última.

En este marco general, son considerados en particular como inversiones, aunque no en forma exclusiva:

a) bienes muebles e inmuebles, como también cualquier otro derecho “in rem”, incluidos —en cuanto sean utilizables para inversiones— los derechos reales de garantía sobre propiedad de terceros;

b) acciones, cuotas societarias y toda otra forma de participación aún minoritaria o indirecta en las sociedades constituidas en el territorio de una de las Partes Contratantes;

c) obligaciones, títulos públicos o privados o cualquier otro derecho a prestaciones o servicios que tengan un valor económico, como también las ganancias capitalizadas;

d) créditos directamente vinculados a una inversión, regularmente contraídos y documentados según las disposiciones vigentes en el país donde esa inversión sea realizada;

e) derechos de autor, de propiedad industrial o intelectual —tales como patentes de invención; licencias; marcas registradas; secretos modelos y diseños industriales—, así como también procedimientos técnicos, transferencias de conocimientos tecnológicos, nombres registrados y valor llave;

f) cualquier derecho de tipo económico conferido por ley o por contrato y cualquier licencia o concesión de acuerdo con las disposiciones vigentes que regulan estas actividades económicas, incluyendo la prospección, cultivo, extracción y explotación de los recursos naturales.

Ai fini del presente Accordo:

1. Per investimento si intende, conformemente all’ordinamento giuridico del Paese ricevente ed indipendentemente dalla forma giuridica prescelta o da qualsiasi altro ordinamento giuridico di riferimento, ogni conferimento o bene investito o reinvestito da persona fisica o giuridica di una Parte Contraente nel territorio dell’altra, in conformità alle leggi e regolamenti di quest’ultima.

In tale contesto di carattere generale, sono considerati specificamente come investimenti, anche se non in forma esclusiva:

- a) beni mobile ed immobili, nonché ogni altro diritto in rem, compresi – per quanto impiegabili per investimento – i diritti reali di garanzia su proprietà di terzi;
- b) azioni, quote societarie e ogni altra forma di partecipazione, anche se minoritaria o indiretta, in società costituite nel territorio di un delle Parti Contraenti;
- c) obbligazioni, titoli pubblici o private o qualsiasi altro diritto per prestazioni o servizi che abbiano un valore economico, come altresì redditi capitalizzati;
- d) crediti direttamente collegati ad un investimento, regolarmente assunti e documentati secondo le disposizioni vigenti nel Paese in cui tale investimento sia effettuato;
- e) diritti d'autore, di proprietà industriale od intellettuale – quali brevetti di invenzione; licenze; marchi registrati; segreti, modelli e designs industriali – nonché procedimenti tecnici, trasferimenti di conoscenze tecnologiche, denominazioni registrate e l'avviamento;
- f) ogni diritto di natura economica conferito per legge o per contratto, nonché ogni licenza e concessione rilasciata in conformità a disposizioni vigenti per l'esercizio delle relative attività economiche, comprese quelle di prospezione, coltivazione, estrazione e sfruttamento di risorse naturali.

418. En su traducción no oficial en inglés¹⁶⁸, la disposición reza:

For the purpose of this Agreement:

1. The term “investment” shall mean, in conformity with the legal system of the host State and independently from the legal form adopted or from any other connected legal system, any contribution or asset invested or reinvested by physical or juridical persons of one Contracting Party in the territory of the other, in accordance with the laws and regulations of the latter.

Within this general context, the following are specifically, but not exclusively, considered to be investments:

- a. movable and immovable property, and any other right *in rem*, including, to the extent they may be used as investments, security interests over the property of third parties;
- b. shares, equity interests or any other form of holding, even if a minority or indirect interest, in companies organized in the territory of one of the Contracting Parties;

¹⁶⁸ Para la traducción provista por la Demandada, véase Anexo RA 147; para la traducción alternativa ofrecida por los Demandantes, véase *Solicitud* §§ 76, 77.

c. [Claimants: bonds] [Respondent: obligations], public or private securities or any other right [Claimants: for performances] [Respondent: to benefits] or services [Claimants: that have] [Respondent: with] an economic value, [Claimants: including also] [Respondent: as well as] capitalized income;

d. credits directly related to an investment, regularly entered into and documented pursuant to the provisions in force of the State in which said investment is made;

e. copyrights, intellectual or industrial property-including patents, licenses, registered, trademarks, trade secrets and industrial designs-as well as technical procedures, transfer or technological know-how, trade names and goodwill;

f. [Claimants: any right having an economic value conferred by law or contract] [Respondent: any right of an economic nature granted by law or by contract], and any license or concession in accordance with provisions in force regulating such economic activities, including prospect, cultivation, extraction, and exploitation of natural resources.

419. Si bien no existe desacuerdo entre las Partes en cuanto a la naturaleza *jurídica* de la presente disputa, conforme al art. 25(1) del Convenio CIADI, el concepto de “inversión” se ha convertido en objeto de un acalorado debate en el marco del caso que nos ocupa. El art. 1(1) del TBI Argentina-Italia contiene una definición jurídica del término “inversión” “[a] los fines del presente Acuerdo”, y el art. 25(1) del Convenio CIADI requiere que la diferencia (de naturaleza jurídica) “surja[] directamente de una inversión” para quedar comprendida en el ámbito de la jurisdicción del Centro.
420. De este modo, la propia esencia de la confrontación entre las Partes con respecto a la jurisdicción *ratione materiae* es la cuestión que consiste en determinar la manera en que el art. 25 del Convenio CIADI y el art. 1 del TBI Argentina-Italia interactúan y cuales son las posibles implicaciones jurídicas que el uso del término “inversión” en ambas disposiciones puede tener. En cuanto a la relación entre ambas disposiciones, las Partes se han referido al denominado “*double barreled test*” o prueba de doble enfoque. Por lo tanto, el Tribunal concentrará su atención en este aspecto posteriormente.
421. Antes de proceder a ello, el Tribunal debe, no obstante, aclarar qué constituye la operación económica por la que se invoca el estatus de inversión protegida en virtud del art. 25 del Convenio CIADI y del art. 1 del TBI Argentina-Italia.

2. La operación económica pertinente en cuestión en el presente procedimiento y la supuesta falta de legitimación de los Demandantes en este contexto

422. Las Partes del presente procedimiento han ofrecido opiniones divergentes acerca de la operación económica en la que el Tribunal debería concentrarse a fin de evaluar si se encuentra en presencia de una inversión en el sentido del art. 25 del Convenio CIADI y del art. 1 del TBI Argentina-Italia. Si bien la Demandada insiste en una distinción estricta entre “bonos” y “derechos sobre títulos” y en que los Demandantes supuestamente sólo eran titulares de los últimos, los Demandantes no consideran que esta distinción sea pertinente en este caso y recurren al Tribunal para que considere la emisión de bonos una operación integrada que también comprende los derechos sobre títulos.
423. Sin ahondar en los detalles del mecanismo de emisión y circulación de bonos de la deuda soberana, el Tribunal considera que, a efectos de identificar la inversión protegida en el presente caso, la distinción entre bonos y derechos sobre títulos carece de importancia particular. En cualquier caso, no tiene la importancia que la Demandada pretende asignarle. El Tribunal apoya la afirmación del Tribunal del caso *Abaclat* en este aspecto según la cual “sean cuales fueren los matices técnicos de diferencia entre derechos sobre bonos y sobre valores, todos ellos forman parte de una única e idéntica operación económica y sólo tienen sentido considerados conjuntamente”¹⁶⁹. [Traducción del Tribunal].
424. Asimismo, la Decisión *Abaclat* ha descrito dónde se encuentra la unidad económica de la operación en términos también aplicables al presente procedimiento:

- i) Siempre se tuvo la intención de que los bonos de que se trata se dividieran en valores económicos negociables más pequeños, es decir,

¹⁶⁹ Decisión *Abaclat*, párr. 359. Para el tratamiento de la “unidad general” de una operación de inversión y la jurisprudencia pertinente, véase *Fedax N.V. c. Venezuela*, Caso CIADI N° ARB/96/3, Decisión sobre Jurisdicción, 11 de julio de 1997, párr. 26, n. 28; *Schreuer*, ICSID Convention Commentary, art. 25, párrs. 93-105, con referencias adicionales al igual que *D. Carreau et al.*, *Droit International Économique*, 3^a ed., 1990, 570, párr. 956, citado en *E. Gaillard*, *Identify or Define? Reflections on the Evolution of the Concept of Investment in ICSID Practice*, en: C. Binder et al. (eds.), *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford, 2009, 403, en 405; por el contrario, véase la Opinión Disidente del Profesor Abi-Saab en el marco del caso *Abaclat*, párrs. 69-72, donde se cuestiona el enfoque de la mayoría que se refería a “una operación económica”.

títulos valores. Las Demandantes han probado suficientemente que los suscriptores no habrían suscrito ninguno de los bonos sin haberse asegurado anteriormente de que pudieran revenderse a los intermediarios y a sus clientes finales.

ii) Los derechos sobre valores son el resultado del proceso de distribución de los bonos fraccionados en valores más pequeños, cada uno de los cuales representa una parte del valor del bono pertinente. Esos derechos no tienen valor *per se*, es decir, independientemente del bono.

iii) El hecho de que el proceso de distribución se realice electrónicamente, sin transferencia física de ningún título, no modifica en absoluto la efectiva transferencia de derechos a los adquirentes de derechos sobre valores en los bonos¹⁷⁰.

[Traducción del Tribunal].

425. En este contexto, el Tribunal considera que los Demandantes han caracterizado correctamente la inversión en cuestión como los préstamos totales mediante los cuales la Demandada financió sus necesidades presupuestarias respecto de cuya inversión cada Demandante tenía una participación proporcional (*C II § 83; C III § 91*). Intentar separar los bonos y los derechos sobre títulos en operaciones diferentes, sólo en líneas generales e indirectamente vinculadas, ignoraría las realidades económicas y la propia función del proceso de emisión de bonos. En particular, ignoraría el hecho de que el Estado emisor de los bonos es quien se aparta de la suposición y cuenta con el hecho de que las personas adquirirán porciones de los bonos en el mercado secundario, en forma de derechos sobre títulos, dado que, de otro modo, el bono no podría haberse emitido con éxito en primer lugar.

426. El Tribunal que entendía en el caso *CSOB c. Eslovaquia* afirmó correctamente que

[u]na inversión es a menudo una operación bastante compleja, compuesta por diversas transacciones interrelacionadas, cada elemento de las cuales, en forma independiente, no podría en todos los casos calificar como inversión. Por lo tanto, debe considerarse que una controversia planteada ante el Centro surge directamente de una inversión aun cuando se basa en una transacción que, en forma independiente, no calificaría como inversión en virtud del Convenio, si la transacción en particular es parte

¹⁷⁰ Decisión *Abaclat*, párr. 358.

integrante de una operación general que califica como inversión¹⁷¹
[Traducción del Tribunal].

427. En la misma línea, el Tribunal del caso *Enron Corporation c. Argentina* concluyó que “una inversión es efectivamente un proceso complejo que abarca diversos arreglos [...]”. Este aspecto concreto fue definido por un tribunal del CIADI como “la unidad general de una operación de inversión” y por otro tribunal que consideraba una inversión basada en diversos instrumentos como “un conjunto indivisible”¹⁷² [Traducción del Tribunal].
428. La doctrina de la “unidad general de una operación de inversión” se encuentra bien establecida en el ámbito del derecho internacional en materia de inversión¹⁷³. Por consiguiente, cuando el tribunal se encuentra en presencia de una operación compleja, debe concentrarse en el fundamento económico de la operación en cuestión en forma holística. Como el Profesor Schreuer declaró con pericia:

[p]uede deducirse de esta jurisprudencia coherente que, al momento de examinar la existencia de una inversión a efectos de su jurisdicción, los tribunales no se han concentrado en las transacciones específicas, sino en la operación total. Los tribunales han rechazado dividir una inversión en medidas individuales adoptadas por el inversor, aun si estas medidas pudieran identificarse como transacciones legales independientes. Lo que importaba en aras de la identificación y protección de la inversión era la operación completa destinada al objetivo económico general de la inversión¹⁷⁴ [Traducción del Tribunal].

429. A la luz de esta jurisprudencia y aplicándola a los hechos del caso que nos ocupa, el Tribunal está convencido de que el proceso de emisión de bonos y su posterior circulación en los mercados secundarios, es decir, financieros, en forma de derechos sobre títulos deben considerarse una unidad económica y deben abordarse como tal unidad a efectos de determinar si las diferencias relativas a instrumentos financieros de

¹⁷¹ *Československa obchodní banká, A.S. c. Eslovaquia*, Caso CIADI N° ARB/97/4, Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción, 24 de mayo de 1999, párr. 72.

¹⁷² *Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. c. Argentina*, Caso CIADI N° ARB/01/3, Decisión sobre Jurisdicción, 14 de enero de 2004, párr. 70.

¹⁷³ Cabe destacar las referencias incluidas en *Schreuer*, ICSID Convention Commentary, art. 25, párrs. 93 y ss.

¹⁷⁴ *C. Schreuer/U. Kriebaum*, At what time must legitimate expectations exist?, en: Jacques Werner/Arif Hyder Ali (eds.), *A Liber Amicorum: Thomas Wälde. Law Beyond Conventional Thought* (2010) 265, en 272.

este tipo “surgen directamente de una inversión” y, por lo tanto, se encuentran dentro del alcance del art. 25 del Convenio CIADI y del art. 1 del TBI Argentina-Italia.

430. Esta también fue la opinión adoptada por el Tribunal del caso *Abaclat*¹⁷⁵:

El Tribunal opina que ese argumento [a saber, que el pago del precio de compra tuvo lugar luego del pago del monto global del precio por parte de los suscriptores, y que puede considerarse que sólo dicho pago se ha puesto a disposición de Argentina] pasa por alto la realidad del proceso de emisión de bonos. De hecho, aunque el pago por el monto global del precio de los bonos y el pago del precio de compra por los tenedores individuales de derechos sobre valores se produjeron en diferentes momentos, el último de ellos es la base del primero. Como ya se señaló, los bonos y los derechos sobre valores forman parte de una misma operación económica y sólo tienen sentido juntos: Sin la seguridad previa de poder obtener fondos suficientes de los adquirentes individuales de derechos sobre valores, los suscriptores nunca se habrían comprometido a efectuar el pago por el monto global. En otros términos, este último es un anticipo efectuado por los suscriptores a Argentina por los pagos futuros realizados por inversores individuales. [Traducción del Tribunal].

431. En vista del hecho de que el proceso de emisión de bonos constituye una operación económica única, que, como cabe destacar, incluye la circulación de derechos sobre títulos en el mercado secundario, a partir de este momento, el presente Tribunal hará referencia a estos instrumentos en forma conjunta, mediante frases como “bonos y derechos sobre títulos”, “bonos o derechos sobre títulos”, “bonos/derechos sobre títulos”, etc., lo que no sugerirá diferencia de sentido alguna, sino que aludirá a esta unidad de la operación de inversión en cuestión.

432. Esta conclusión permite que el Tribunal resuelva al mismo tiempo los argumentos relacionados planteados por la Demandada. Se ha alegado que los Demandantes, en calidad de titulares de meros derechos sobre títulos adquiridos a través de múltiples intermediarios, carecen de legitimación dado que sus derechos sobre títulos se encuentran sólo remotamente relacionados con los bonos subyacentes (*R I* § 254). Del mismo modo, se ha afirmado que, en un sistema de tenencia indirecta, existe un punto de corte más allá del cual los reclamos no están permitidos porque sólo tienen una relación remota con la inversión (*R I* § 256; *R III* §§ 175-179).

¹⁷⁵ Decisión *Abaclat*, párr. 376.

433. Para estar seguros, si bien el argumento de falta de legitimación se presenta para que opere a nivel de la jurisdicción *ratione personae*, ya que sugiere que los Demandantes no califican como inversores por no haber realizado “inversiones”¹⁷⁶, el argumento se encuentra íntimamente relacionado con la discusión pertinente acerca de la jurisdicción *ratione materiae* del Tribunal. En este sentido, la respuesta que debe dársele no puede diferir de la que ya se estableció *supra*. Dada su conclusión según la cual el proceso de emisión de bonos, incluida la adquisición de derechos sobre títulos en el mercado secundario, debe considerarse una unidad económica que comprende un único acto de inversión, el Tribunal no puede admitir el argumento de la Demandada y, por lo tanto, debe rechazar el argumento en virtud del cual los Demandantes carecerían de legitimación en el marco del presente procedimiento.
434. En la misma línea, en la medida en que puede sugerirse que, en vista del “carácter remoto” de los derechos sobre títulos de los Demandantes, en comparación con la situación de los suscriptores originales con respecto al acto inicial de emisión de los bonos, la inversión no surgiría “directamente” de una inversión como lo exige el art. 25(1) del Convenio CIADI, el mismo razonamiento es aplicable. Al formar parte de una única operación económica, la adquisición de derechos sobre títulos en el mercado secundario por parte de los Demandantes debe considerarse parte integrante de una única inversión.

3. La naturaleza y relevancia jurídica de la prueba de “doble enfoque”

435. Habiendo aclarado a qué operación económica el Tribunal tiene que observar al evaluar si se encuentra en presencia de una inversión protegida, el Tribunal en este momento pasa a tratar la cuestión mencionada anteriormente sobre la naturaleza de la llamada prueba de “doble enfoque” y como se debe aplicar en el presente caso. En primer lugar, debería observarse en este sentido que ambas Partes aceptan la relevancia de esta prueba cuando se trata de comprender el término “inversión” en el art. 25 del Convenio CIADI y el art. 1 del TBI Argentina-Italia y de determinar, sobre esta base, la jurisdicción *ratione materiae* del Centro (*C II § 81; R I §§ 144-146; R II § 224*).

¹⁷⁶ Véase párr. 327 *supra*.

436. A la vez, el funcionamiento exacto y la aplicación de la prueba son objeto de controversia entre las Partes: Por un lado, la Demandada insiste en que para que se esté ante una inversión protegida, deben cumplirse todos y cada uno de los requisitos establecidos tanto en el Convenio CIADI como en el TBI aplicable. La Demandada, por ende, argumenta que el término “inversión” en el art. 25 del Convenio CIADI debe interpretarse de manera autónoma, es decir, independientemente de la cláusula de inversión en el TBI pertinente, y que los requisitos objetivos establecidos por el Convenio CIADI no pueden ser invalidados por las Partes (*R III §§ 118, 119, 144 y ss.*). Por otro lado, los Demandantes afirman que el requisito relativo a la “inversión” del Convenio CIADI se encuentra regido principalmente por las Partes y no debería ser interpretado independientemente de la definición de inversión en el TBI pertinente (*C I § 210, C II § 89*).
437. En este sentido, el presente Tribunal consideraría que, en la medida en que el Tribunal está establecido y opera en virtud del Convenio CIADI, su competencia no puede trascender la jurisdicción del Centro, según su definición en el art. 25 del Convenio. Por lo tanto, en la medida en que al art. 25 impone límites a la jurisdicción del Centro, éstos son también vinculantes para el Tribunal.
438. Según lo establece claramente el art. 41(2) del Convenio CIADI, toda alegación de una Parte en relación a que la diferencia cae fuera de los límites de la jurisdicción del Centro, o que por otras razones el Tribunal no es competente para oírla, se considerará y determinará por el Tribunal, y esta decisión evidentemente será adoptada en base al art. 25 del Convenio y dentro de sus límites. Por consiguiente, independientemente de si se hace referencia a esta operación como un enfoque de “*double keyhole*” o prueba de “doble enfoque” o “doble”¹⁷⁷ o de si se la describe como identificando los “límites externos” del consentimiento al arbitraje otorgado por las Partes, el art. 25 del Convenio CIADI es – además de las disposiciones pertinentes del TBI Argentina-Italia y más allá de éstas– pertinente para la Decisión del presente Tribunal sobre la jurisdicción del Centro y sobre la competencia del Tribunal para entender el presente caso.

¹⁷⁷ Véase en general *Schreuer/Dolzer*, Principles of International Investment Law (nota 127) 62; *Schreuer*, ICSID Convention Commentary, art. 25, párrs. 124 y 125 con referencias a la jurisprudencia pertinente.

439. Además, los límites establecidos por el art. 25(1) del Convenio CIADI no están sujetos al cambio consensual¹⁷⁸ de la partes de una diferencia¹⁷⁹, salvo que el art. 25 o, respecto a eso, otra disposición del Convenio, declarase que el consentimiento de las partes es de relevancia en términos de la jurisdicción del Centro¹⁸⁰. Por consiguiente, la existencia de una “inversión” dentro del sentido del art. 25 del Convenio CIADI es un requisito obligatorio para la jurisdicción del Centro, siendo que una solicitud de arbitraje que trascienda estos límites llevaría a al rechazo del caso.
440. Desafortunadamente, este primer conjunto de respuestas no resuelve la cuestión de qué papel cumple el requisito jurisdiccional obligatorio *ratione materiae* de “inversión” en el presente caso y, en particular, cuán restringidos o amplios son los límites establecidos por éste. El alcance del Convenio sólo puede evaluarse correctamente sometiendo al término “inversión” en el art. 25(1) a un análisis minucioso y aclarando si los bonos o derechos sobre títulos valores como aquellos pertinentes a la presente controversia constituyen “inversiones” a los fines del Convenio CIADI y del TBI Argentina-Italia.

4. El sentido de “inversión” en virtud del art. 25(1) del Convenio CIADI

441. Las Partes están de acuerdo en que ni el Convenio CIADI ni, en ese respecto, otros Reglamentos o Reglas del CIADI contienen una definición jurídica del término “inversión”. Sin embargo, llegan a distintas conclusiones a partir de este hecho: en tanto los Demandantes argumentan que, debido a la falta de definición, el requisito de inversión conforme al art. 25 del Convenio debe ser interpretado de manera amplia y principalmente tomando en consideración la intención de las Partes en cada circunstancia

¹⁷⁸ Schreuer, ICSID Convention Commentary, art. 25, párrs. 122, 123 y 125-127; véase, asimismo, M. Waibel, Opening Pandora's Box. Sovereign Bonds in International Arbitration, 101 AJIL (2007) 711, en 718, 719 (n. 52 y 54) y 722, poniendo énfasis en que el término “inversión” en el art. 25(1) del Convenio CIADI “no es infinitamente elástico” [traducción del Tribunal], así como la Opinión Disidente del Profesor Abi-Saab en el caso *Abaclat*, párr. 46 respaldando esta afirmación.

¹⁷⁹ Por ejemplo, la exclusión de personas que tengan doble nacionalidad de la jurisdicción *ratione personae* del Centro si una de las nacionalidades es aquella del Estado receptor; véase art. 25(2)(a) del Convenio; véase Schreuer, ICSID Convention Commentary, art. 25, párrs. 5 y 7.

¹⁸⁰ Véase, por ejemplo, art. 25 (2)(b) del Convenio conforme al cual las partes de una diferencia pueden estar de acuerdo en que una persona jurídica que tenga la nacionalidad del Estado receptor pero sometida al control extranjero deba ser tratada como un nacional de otro Estado Contratante a los fines del Convenio. Aunque normalmente estas personas estarían excluidas del alcance de aplicación *ratione personae* del Convenio, el acuerdo de las partes conforme a lo autorizado por el art. 25 las coloca nuevamente bajo el paraguas protector del Convenio.

individual (*C I §§ 210, 219; C III § 119*), la Demandada asevera lo contrario y refuta que el art. 25 deba estar sujeto a una interpretación amplia (*R II § 234*).

442. Como reconocen las mismas Partes, el sentido otorgado al término “inversión” debe ser el resultado de una interpretación de la disposición en cuestión de acuerdo a las normas de derecho internacional. El intenso debate, por no decir la controversia, con respecto del término “inversión” que se ha vuelto manifiesto en varias decisiones arbitrales que tratan el art. 25 del Convenio CIADI pero también en los círculos académicos pertinentes, revela que el sentido del término está lejos de ser claro.

443. Teniendo en cuenta el hecho de que el art. 41 del Convenio CIADI convierte al Tribunal en juez de su propia competencia, es la responsabilidad del Tribunal aclarar la interpretación que se debe dar al término de manera sistemática y bien razonada y decidir sobre esta base si el concepto de “inversión” es susceptible de cubrir los bonos soberanos o derechos sobre títulos como aquellos pertinentes al presente caso. En esta operatoria, el Tribunal se guiará – y las Partes están absolutamente de acuerdo en este sentido – por las normas generalmente aceptadas de interpretación de los tratados según se prevén en el art. 31 de la CVDT, en particular, la norma general de que “[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”.

444. Adicionalmente, de conformidad con el art. 32 de la CVDT,

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

a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o

b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

445. El Tribunal es consciente de que el art. 32 de la CVDT sólo prevé medios de interpretación *complementarios* que por ende sólo entran en juego en el supuesto y en la medida en que la aplicación de las normas codificadas en el art. 31 de la Convención de Viena resulte en que el sentido de la disposición en cuestión sigue siendo “ambiguo u

oscuro”. El Tribunal también es consciente de que no se puede llegar a una conclusión tal en esta etapa del razonamiento.

446. Habiendo hecho esta salvedad, el Tribunal considera - de todos modos - preferible, a la luz de las circunstancias del caso y en aras de claridad del argumento, centrar su atención en primer lugar en el proceso de redacción del Convenio CIADI, en particular con respecto al origen del art. 25. Este curso de acción ayudará a ilustrar el contexto en el cual se adoptó la disposición y a preparar el terreno para un análisis adecuado del término “inversión” de acuerdo con las reglas de interpretación consagradas en el art. 31 de la CVDT.
447. Es a través de esta forma de proceder que el Tribunal podrá asegurarse si, por una parte, los criterios de interpretación establecidos por el art. 31 de la CVDT conducen a una comprensión suficientemente clara del término “inversión” en el art. 25 del Convenio CIADI que pueda ulteriormente ser confirmada mediante referencia a los *travaux préparatoires* o si, por otra parte, esos criterios dejan el sentido del término “ambiguo u oscuro” de modo que se deba buscar refugio en los trabajos preparatorios y las circunstancias de celebración del Convenio CIADI a fin de determinar el sentido del término “inversión”. En ese aspecto, los siguientes comentarios no pretenden modificar las reglas consolidadas de interpretación de tratados ni substituir una interpretación correcta de la disposición en cuestión a la luz del art. 31 de la CVDT.

a) *El contexto de la adopción del art. 25(1) del Convenio CIADI*

448. De conformidad con el Informe de 1965 de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio CIADI, “[n]o se ha intentado definir el término ‘inversión’, teniendo en cuenta el requisito esencial del consentimiento de las partes, y el mecanismo a través del cual los Estados Contratantes pueden dar a conocer de antemano, si así lo desean, las clases de diferencias que estarán o no dispuestos a someter a la jurisdicción del Centro (Artículo 25 (4))¹⁸¹”. Aunque este comentario comúnmente se cita como comentario autoritativo para

¹⁸¹ Informe de los Directores Ejecutivos (nota 97), n° 27.

la interpretación del art. 25 del Convenio CIADI, muy pocas veces se lo somete a mayor análisis.

449. Para comenzar, la afirmación debe ser calificada en tanto se habían realizado realmente varios intentos, aunque infructuosos, de definir el término “inversión” en el proceso de negociación que llevó a la adopción del Convenio CIADI en el año 1965¹⁸². En efecto, uno de los temas más controvertidos en ese proceso fue la cuestión de si definir el concepto de inversión y cómo hacerlo. Mientras que un primer grupo, mayormente compuesto por Estados desarrollados (a saber, estados exportadores de capital), propuso abstenerse de cualquier definición de inversión y dejar el asunto completamente librado al consentimiento de los Estados involucrados, otro grupo de Estados, dominado por Estados en vías de desarrollo (a saber, estados importadores de capital), se encontraban fuertemente a favor de una definición precisa y estrecha que limitaría el alcance de aplicación del Convenio *ratione materiae* a un listado bien definido (y en lo posible incluso exhaustivo) de inversiones protegidas¹⁸³. Cuando las negociaciones se encontraban al borde del fracaso debido al punto muerto al que habían llegado los dos grupos, una propuesta de compromiso introducida por el Reino Unido logro un avance, permitiendo que en el voto final se adoptara el Convenio por una abrumadora mayoría¹⁸⁴.
450. Esta propuesta de compromiso pretendía tomar en cuenta las preocupaciones de ambos grupos. A este fin, combinaba dos aspectos: Por un lado, optó por el simple uso del término “inversión”. Esto constituyó una concesión a los proponentes del enfoque de no-definición, implicando que el Convenio no impondría límites, o sólo límites muy débiles,

¹⁸² Schreuer, ICSID Convention Commentary, art. 25,párr. 119.

¹⁸³ Para una historia detallada de las negociaciones, en particular respecto de las propuestas jurisdiccionales “maximalistas” y “minimalistas” en oposición véase *J. D. Mortenson*, The Meaning of “Investment”: ICSID’s *Travaux* and the Domain of International Investment Law, 51 Harvard International Law Journal (2010) 257, en 281 y ss.; véanse, asimismo, *Schreuer*, ICSID Convention Commentary, art. 25,párrs. 113 y ss.; *D. R. Sedlak*, ICSID’s Resurgence in International Investment Arbitration: Can the Momentum Hold?, 23 Penn State International Law Review (2004) 147, en 156, 157.

¹⁸⁴ *Mortenson*, The Meaning of “Investment” (nota 183) 289 y ss. y 301, en particular refiriéndose a la síntesis de Aron Broches de los arreglos en su informe a los Directores Ejecutivos permitiéndole a “cada Estado Contratante, en efecto, escribir su propia definición” de “inversión” [Traducción del Tribunal], véase, Memorando de la Asamblea del Comité de la Totalidad, 16 de febrero de 1965, en los Documentos concernientes al Origen y Formulación del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, (1968), Tomo II, 972; véase, en una línea similar, *Schreuer*, ICSID Convention Commentary, art. 25, párr. 115.

en lo que se refiere a la jurisdicción *ratione materiae* del Centro con respecto a la cuestión de si una determinada operación económica calificaría como inversión en virtud del art. 25 del Convenio CIADI.

451. Por otro lado, este enfoque liberal fue complementado, y contenido, mediante el establecimiento de un mecanismo por medio del cual los Estados (en particular, los estados importadores de capital) podrían excluir de la jurisdicción del Centro asuntos que no consideraban apropiados para ser abordados por esta institución. El resultado inmediato de la maniobra para acomodar las inquietudes de los Estados fue la introducción del art. 25(4) del Convenio CIADI – una disposición que no se encontraba anteriormente en los borradores del Convenio. Esta disposición permite a cualquier Estado Contratante, con anterioridad a la ratificación del Convenio o con posterioridad a ella, “notificar al Centro la clase o clases de diferencias que aceptarían someter, o no, a su jurisdicción [...] Esta notificación no se entenderá que constituye el consentimiento a que se refiere el apartado (1) anterior”.
452. En consecuencia, los Estados tuvieron la posibilidad de restringir la jurisdicción *ratione materiae* del Centro a las operaciones económicas y activos que consideraban que constituían inversiones, prestando, o no, consentimiento o calificando su consentimiento con determinadas restricciones¹⁸⁵ – sea vía su legislación nacional de inversión o vía el TBI aplicable. Además, las notificaciones en virtud del art. 25(4) del Convenio CIADI les permitían a los Estados hacer anuncios en términos generales en cuanto a las clases de controversias con respecto a las cuales estarían dispuestos a prestar su consentimiento. Aunque tales notificaciones no equivalen a limitar como tal la jurisdicción *ratione materiae* del Centro y aunque esas notificaciones no puedan reemplazar el consentimiento específico al arbitraje exigido en virtud del art. 25 (véase la oración final del inciso 4, citada anteriormente), pueden tener una relación indirecta con la jurisdicción: una cláusula de consentimiento que no sea completamente clara puede ser

¹⁸⁵ Véase, asimismo, A. Broches, The Convention on the Settlement of Investment Disputes: Some Observations on Jurisdiction, 5 Columbia Journal of Transnational Law (1966), 261, en 268: “Durante las negociaciones se consideraron y rechazaron varias definiciones de ‘inversión’. Finalmente, se percibió que se podía dispensar de la definición ‘dado el requisito esencial del consentimiento de las partes’. Esto indica que el requisito de que una diferencia deba haber surgido de una ‘inversión’ puede fusionarse en el requisito del consentimiento a la jurisdicción” [Traducción del Tribunal].

interpretada por referencia a una notificación anterior de clases de controversias respecto de las cuales el Estado receptor haya expresado sus intenciones¹⁸⁶. Por consiguiente, el consentimiento de las partes en cuanto al alcance del término “inversión” debe ser considerado de gran importancia al momento de establecer el sentido del art. 25 del Convenio CIADI, sin que el concepto quede sujeto a la discreción irrestricta de las partes¹⁸⁷.

453. El alcance del término “inversión” en un caso dado sería por lo tanto el producto de un entendimiento liberal del concepto de “inversión”, combinado con posibles restricciones al consentimiento al arbitraje según lo preste el Estado receptor¹⁸⁸. Estas restricciones pueden ser efectuadas mediante la interacción de las declaraciones pertinentes realizadas por parte de los Estados involucrados, incluidas: i) las notificaciones en virtud del art. 25(4) y, en particular, las definiciones de inversión comprendidas en ii) las legislaciones nacionales de inversión así como iii) en los TBI aplicables.¹⁸⁹

¹⁸⁶ Schreuer, ICSID Convention Commentary, art. 25, párrs. 921 y ss. y 934.

¹⁸⁷ Broches, The Convention on the Settlement of Investment Disputes (nota 185) 268: “Supuestamente, se le dará gran peso al acuerdo de las partes de que una diferencia sea una ‘diferencia relativa a inversiones’ al momento de la determinación de la jurisdicción del Centro, aunque no será determinante” [Traducción del Tribunal].

¹⁸⁸ Véase, por ejemplo, E. C. Schlemmer, Investment, Investor, Nationality, and Shareholders, in: P. Muchlinksi et al., The Oxford Handbook of International Investment Law, Oxford 2008, 49, en 63: “Sin embargo, fue una decisión deliberada no incluir una definición de inversión en el Tratado, por temor a que un sentido concreto limite su alcance y plantee problemas jurisdiccionales innecesarios’ [...] [L]a definición de ‘inversión’ debería depender del consentimiento de las partes en los diversos acuerdos de inversión internacionales o en instrumentos internacionales [...] La ausencia de una definición hace posible tener una interpretación bastante liberal en lo que se refiere a decidir qué sería una inversión” [Traducción del Tribunal] (refiriéndose a D. A. Lopina, The International Centre for Settlement of Investment Disputes: Investment Arbitration for the 1990s, Ohio State Journal on Dispute Resolution (1988) 107, en 114 y a N. Rubins, The Notion of ‘Investment’ in International Investment Arbitration, in: Norbert Horn (ed.), Arbitrating Foreign Investment Disputes, The Hague 2004, 292 y ss.). Véase, asimismo, Mortenson, The Meaning of “Investment” (nota 183) 259, argumentando que no es correcto que “durante la convención celebrada a los fines de la redacción los delegados se vieron obligados a dejar sin definir el término ‘inversión’ debido a su incapacidad [...] de formular una definición única y clara [...] En cambio, la decisión de dejarle al término ‘inversión’ un final abierto tuvo un sentido específico como parte de un compromiso crucial resultante de una disputa apasionada de larga duración” [Traducción del Tribunal]. Véase adicionalmente *ibídem*, 280: “El no definir el término ‘inversión’ [...] fue una elección explícita que representó la adopción categórica de una posición jurisdiccional amplia a cambio de algunas disposiciones *opt-out* cruciales destinadas a tomar en consideración las preocupaciones de los países en vías de desarrollo”. Sin embargo, véase, Waibel, Opening Pandora’s Box (nota 178) 730: “Muchos comentaristas interpretan de manera errónea el silencio del Artículo 25 en cuanto a la definición en lo que concierne al término ‘inversión’ como una legitimación de una noción elástica de inversión; no obstante, *la falta de consenso* no se puede utilizar para adoptar *por defecto* una definición amplia” [Traducción del Tribunal] (énfasis en el original).

¹⁸⁹ Véase Mortenson, The Meaning of “Investment” (nota 183) 293 y ss.

454. Por lo tanto, es el propio art. 25(1) del Convenio CIADI el que abre el alcance general del término “inversión” a la posibilidad de restricción. Es así como se ha entendido que opera al momento de la conclusión del Convenio CIADI (aunque la cuestión específica de la jurisdicción del Centro sobre los préstamos parece haber quedado abierta en ese momento¹⁹⁰). La mera cita del Informe de los Directores a la que se hizo referencia *supra* da testimonio de esta solución de compromiso (“*trade-off*”) cuando vincula en forma expresa la falta de la definición de “inversión”, en primer lugar, al “requisito esencial del consentimiento de las partes” y, en segundo lugar, al “mecanismo” del art. 25(4) del Convenio. Sin embargo, el lenguaje del Informe es impreciso puesto que la inexistencia de una definición de “inversión” en el art. 25(1) del Convenio CIADI se debió a una abstención deliberada de incluir una definición en lugar de a una falta de consenso respecto de una definición.

b) Interpretación del concepto de “inversión” a la luz del art. 31 de la CVDT y su aplicación a los instrumentos financieros en el presente caso

455. Como se estableciera *supra*, los comentarios anteriores respecto del origen del art. 25 del Convenio CIADI no pueden ser decisivos para la interpretación de la disposición como cuestión de derecho internacional, que permanece sujeta a las normas generales de interpretación de tratados según su codificación en el art. 31 de la CVDT. En particular, la invocación de los *travaux préparatoires* y de las intenciones de las partes no deben

¹⁹⁰ Véase Schreuer, ICSID Convention Commentary, art. 25, párr. 118, en general refiriéndose a los Documentos Relativos al Origen y Formulación del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (1968), Tomo II, 261, 474, 668, 709. Sin embargo, véase, el informe de Mortenson, The Meaning of “Investment” (nota 183) 299, n. 225 quien concluye que “se rechazaron todos los esfuerzos para eliminar la aplicación del Convenio a los bonos, préstamos y flujo de capital” [Traducción del Tribunal]. En ese sentido, se refiere a las fuentes pertinentes en los Documentos Relativos al Origen y Formulación del Convenio CIADI mencionados *supra*, en particular los Procedimientos Sumarios de la Asamblea del Comité Jurídico (27 de noviembre de 1964, Sesión Matutina), pág. 709 (Filipinas) (sugiriendo la eliminación de las reclamaciones fundadas en flujos de capital); Asamblea Consultiva de Expertos Jurídicos, Addis Ababa (16–20 de diciembre de 1963), pág. 261 (Burundi) (“[Una] empresa extranjera que le prestó dinero a un Estado no podría ser considerada como un inversor” [Traducción del Tribunal]); Asamblea Consultiva de Expertos Jurídicos, Addis Ababa (16–20 de diciembre de 1963), pág. 261 (Broches) (explicando que el borrador actual cubría préstamos); Asamblea Consultiva de Expertos Jurídicos, Bangkok (27 de abril–1 de mayo de 1964), pág. 474 (Australia) (declarando que el Convenio también cubre “los préstamos de efectivo que toma un país receptor por parte de inversores privados extranjeros” [Traducción del Tribunal]). Véase, asimismo, Waibel, Opening Pandora’s Box (nota 178) 720, n. 61, haciendo mayor referencia a la declaración del delegado austríaco de que “no deberían incluirse los préstamos o bonos públicos” [Traducción del Tribunal]; véase *ibidem*, 709.

llevar a un resultado que se desvíe de la interpretación del art. 25 “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”, incluso si los antecedentes históricos indicaran lo contrario. Los comentarios anteriores sólo pretenden proporcionar un antecedente útil para la tarea de interpretación a la cual procede a abocarse el Tribunal.

(1) Sentido corriente

456. Para comenzar, en lo que se refiere al sentido corriente del término “inversión”, esta es una noción que cubre una amplia gama de operaciones económicas que varían considerablemente en cuanto a su carácter y perfil. Por ejemplo, se ha definido a la inversión como “[l]a colocación de capital o el desembolso de dinero en una manera que pretende garantizar ingresos o beneficios derivados de su empleo”¹⁹¹ [traducción del Tribunal] o “[u]ndesembolso de dinero a los fines de la obtención de ingresos o beneficios o destinado a la compra de algo con valor intrínseco: desembolso de capital”¹⁹² [traducción del Tribunal]. La comparación de las definiciones corrientes del término “*investment*”, “*investissement*” e “inversión” en los tres idiomas oficiales del Convenio CIADI (es decir, inglés, francés y español)¹⁹³, aunque no ofrece contornos claros a la noción de inversión, confirma el carácter amplio del concepto. En consecuencia, el Tribunal opina que el sentido corriente del término “inversión” ciertamente no restringe el alcance de la noción de modo que excluya de su alcance a los bonos o derechos sobre títulos valores como los pertinentes en este caso, sino que es bastante susceptible de incluir dichos instrumentos financieros¹⁹⁴.

¹⁹¹ *Black’s Law Dictionary*, 4th ed. 1951.

¹⁹² *Webster’s Third New International Dictionary*, 3^o ed. 1961.

¹⁹³ Véanse *Waibel*, Opening Pandora’s Box (nota 178) 719, n. 55; *Mortenson*, The Meaning of “Investment” (nota 183) 310, n. 258-260.

¹⁹⁴ Sin embargo, cabe referirse a la salvedad del Profesor Amerasinghe en este contexto: “las definiciones de los diccionarios a los fines de la ciencia económica o el análisis financiero pueden ser irrelevantes a los fines de definir la inversión con relación a la jurisdicción del Centro. Así también las definiciones del derecho tributario o derecho de inversión en el derecho interno están diseñadas para relacionarse con objetivos especiales y tendrían una utilidad limitada” [traducción del Tribunal]; véase *idem*, El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones y Desarrollo (nota 101) 180. No obstante, incluso respaldar este argumento, no conduciría a la conclusión contraria de que los bonos/derechos sobre títulos *no* se encuentran cubiertos por el sentido corriente del término, sino que sugeriría que el término es “ambiguo” en el sentido del art. 32 de la CVDT o que este es el caso de

(2) Contexto

457. Asimismo, el art. 31 de la CVDT le recuerda al intérprete que los términos utilizados en el tratado no deberían ser analizados en forma aislada, sino comprendidos en su contexto, es decir, fundándose en el método de interpretación sistemática. En ese sentido, el Tribunal puede referirse de manera útil al apartado anterior¹⁹⁵ conforme al cual la posibilidad de notificación, como lo establece el art. 25(4) del Convenio CIADI, y la posibilidad de que los Estados restrinjan la jurisdicción del Centro *ratione materiae* al limitar su consentimiento al arbitraje mediante su legislación sobre inversiones y sus TBI, operan como mecanismos compensatorios que neutralizan un entendimiento amplio y posiblemente, incluso de gran alcance, del término “inversión” en el art. 25(1) del Convenio CIADI. La existencia de este mecanismo de balance militaría en favor de una interpretación que no coloca de manera indebida restricciones al concepto de “inversión” en el inciso 1 sino que le otorga un amplio alcance de aplicación, sujeto a la posibilidad de restricciones ulteriores de las partes.

(3) Objeto y fin

458. Cuando se trata, en tercer lugar, del objeto y fin, la situación es menos clara. El usualmente citado primer párrafo del preámbulo del Convenio CIADI que pone énfasis en “la necesidad de la cooperación internacional para el desarrollo económico, y la función que en ese campo desempeñan las inversiones internacionales de carácter privado”¹⁹⁶ puede entenderse de diferentes maneras. En tanto la Decisión en el caso *Abaclat* entendió que el objetivo del Convenio era el “promover la inversión privada y, a la vez, dar a las Partes las herramientas necesarias para definir mejor qué tipo de inversión quieren promover”¹⁹⁷[traducción del Tribunal], la Opinión Disidente del Profesor Abi-Saab ha criticado duramente este enfoque como

un término al que se le dio “[un] sentido especial [...] si consta que tal fue la intención de las partes” (art. 31(4) de la CVDT).

¹⁹⁵ Véase párr. 453 *supra*.

¹⁹⁶ Véase, asimismo, el Informe de los Directores Ejecutivos (nota 97), n. 9 conforme el cual el Convenio estuvo “impulsado por el deseo de fortalecer la asociación de los países en la causa del desarrollo económico”.

¹⁹⁷ Decisión *Abaclat* párr. 364.

una interpretación puramente subjetiva, trunca y parcial del objeto y del fin del Convenio CIADI y del TBI [...] [S]e describe que el objeto y el fin de estos dos tratados – el Convenio CIADI y el TBI – es exclusivamente el de proporcionar la máxima protección a las inversiones y a los inversores extranjeros; como si estos tratados fueran “contratos unilaterales” que generan derechos solo en beneficio de una de las partes¹⁹⁸[Traducción del Tribunal].

459. En la opinión del Profesor Abi-Saab, “[e]sta visión unilateral contrasta notablemente con el ‘objeto y fin’ del Convenio CIADI¹⁹⁹” [Traducción del Tribunal], en particular como se torna manifiesto en el Informe de los Directores Ejecutivos²⁰⁰. El hecho que la interpretación del Convenio CIADI en términos de su objeto y fin pueda llevar tanto a una lectura amplia como restrictiva del término “inversión”, dependiendo de qué objetivo uno le adscriba al Convenio, se manifiesta, asimismo, tanto en la jurisprudencia arbitral²⁰¹ como en la literatura académica pertinente²⁰².

460. En esta lucha de opiniones judiciales y académicas, el Tribunal, a modo de conclusión tentativa, se resiste a respaldar una lectura extremadamente restringida del término

¹⁹⁸ Opinión Disidente del Profesor Abi-Saab en el caso *Abaclat*, párr. 157.

¹⁹⁹ *Ibidem*, párr. 159.

²⁰⁰ Véase Informe de los Directores Ejecutivos (nota 97), n. 13: “Aunque el objetivo general del Convenio es estimular las inversiones privadas internacionales, sus disposiciones mantienen un cuidadoso equilibrio entre los intereses del inversionista y los de los Estados receptores”.

²⁰¹ Véase, por ejemplo, *Československa obchodní banká, A.S. c. Eslovaquia*, Caso CIADI N° ARB/97/4, Decisión sobre Objeciones a la Jurisdicción, 24 de mayo de 1999, párr. 64: “Esta afirmación [la afirmación contenida en el Informe de los Directores Ejecutivos de 1965; véase nota 176 *supra*] indica también que la inversión como concepto debería ser interpretada en forma amplia porque los redactores del Convenio no impusieron restricción alguna a su sentido. El respaldo a una interpretación liberal de la cuestión de si una transacción particular constituye una inversión también se encuentra en el primer párrafo del Preámbulo del Convenio [...] Este lenguaje permite inferir que una transacción internacional que contribuye a la cooperación diseñada para promover el desarrollo económico de un Estado Contratante puede ser considerada como una inversión según se entiende el término en el Convenio”. [Traducción del Tribunal] Véanse las referencias a la jurisprudencia pertinente en *Schreuer*, ICSID Convention Commentary, art. 25, párr. 121, n. 145 y *Gaillard*, *Identify or Define?* (nota 169) 407-411.

²⁰² Véase en este sentido, por ejemplo, *D. A. R. Williams*, *Jurisdiction and Admissibility*, in: P. Muchlinksi et al., *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford 2008, 868, en 876 (“Una interpretación amplia de ‘inversión’ en el Artículo 25 es respaldada por distinguidos comentaristas y por los laudos de diferentes tribunales”, refiriéndose a *C. F. Amerasinghe*, *The Jurisdiction of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes* (nota 101) 181 así como a las decisiones de los casos *CSOB c. Eslovaquia* y *Fedax c. Venezuela* (véanse notas 164 y 196 *supra*); *Mortenson*, *The Meaning of “Investment”* (nota 183) 301 y ss., argumentando que los tribunales internacionales deben demostrar “deferencia” al juicio de los estados soberanos por tres razones: a) el beneficio de maximizar la flexibilidad política en un mundo cambiante y pluralista, permitiéndoles a los diferentes Estados Miembro reivindicar sus distintas políticas en cualquier momento y cambiar de opinión con el transcurso del tiempo, b) la sabiduría de investir la autoridad de decisión en el órgano con ventajas comparativas en experiencia y legitimidad política, y c) la falta de necesidad de proteger intereses vulnerables mediante un examen jurídico más rígido. Véase, asimismo, *Gaillard*, *Identify or Define?* (nota 169) 406 y ss.

“inversión” en el art. 25(1) del Convenio. En particular, al Tribunal quiere advertir contra la lectura restrictiva de las disposiciones jurisdiccionales del Convenio CIADI que no encuentra su fundamento en el propio Convenio, sino que resulta de preocupaciones respecto de la capacidad e idoneidad de los tribunales arbitrales de abordar las dificultades relativas a la parte substantiva de un caso. Esta es una cuestión a ser abordada en la etapa de fondo, pero no debería llevar a los tribunales a negarse a entender casos en “obediencia anticipativa” a miembros reales o imaginarios²⁰³.

461. Al mismo tiempo, el Tribunal reconocería que se requiere de una lectura restrictiva si el consentimiento prestado por un Estado indica que determinadas clases de inversión deberían excluirse de la protección del mecanismo de arbitraje del CIADI. La función principal del requisito de consentimiento (específico) al arbitraje por parte de los Estados ya se encuentra articulada en el último párrafo del preámbulo²⁰⁴ y se vuelve particular y reiteradamente manifiesta en el art. 24 del Convenio CIADI, en particular en la última oración de su inciso 4. No resulta sorprendente que el Informe de los Directores Ejecutivos²⁰⁵ se refiera, por lo tanto, al consentimiento como la “piedra angular” en que descansa la jurisdicción del Centro.
462. En el contexto actual, el argumento primordial que milita en contra de un entendimiento amplio del término “inversión” sería que puede tomar por sorpresa a los Estados que se suscribieron al arbitraje internacional. No obstante, el Tribunal no puede ver qué es lo que los Estados perderían en términos del carácter fundado en el consentimiento del Convenio CIADI, y los procedimientos arbitrales conducidos en base a eso, por el mero hecho de que el término “inversión” en el art. 25(1) sea interpretado en los términos amplios sugeridos por la propia disposición y apoyados por la definición del TBI que surge del propio consentimiento de las partes, conjuntamente con una autorización

²⁰³ *Mortenson*, The Meaning of “Investment” (nota 183) 272: “los tribunales pueden estar recortando su jurisdicción en un esfuerzo mal formulado (y tal vez incluso inconsciente) de comunicar modestia a los integrantes del estado y de evitar la aplicación de lo que algunos consideran como las normas *substantivas* cada vez más amplias del régimen de inversiones”. [Traducción del Tribunal] (énfasis en el original); véase, asimismo, *ibidem*, 313 y 314.

²⁰⁴ “Declarando que la mera ratificación, aceptación o aprobación de este Convenio por parte del Estado Contratante, no se reputará que constituye una obligación de someter ninguna diferencia determinada a conciliación o arbitraje”.

²⁰⁵ Informe de los Directores Ejecutivos (nota 97), n. 23.

expresa de los inversores de someter esta inversión protegida al arbitraje del CIADI. En este sentido, se le debería dar gran importancia al propio hecho de que los TBI usualmente combinen (y también lo hace el presente caso) una definición detallada del término “inversión” con la autorización explícita para que el inversor recurra al arbitraje del CIADI, al momento de decidir si la transacción en cuestión constituye o no una inversión a los fines del art. 25 del Convenio CIADI²⁰⁶. Como se señalara *supra*, los Estados tienen a su disposición una serie de formas para calificar su consentimiento y para excluir determinadas clases de inversión de su consentimiento al arbitraje²⁰⁷.

463. En lo que se refiere al caso ante este Tribunal, el art. 1(1) del TBI Argentina-Italia incluye un acuerdo detallado entre los dos Estados Parte en cuanto a qué operaciones económicas quisieron incluir en el término “inversión”. Suponiendo que los bonos soberanos/derechos sobre títulos valores estén cubiertos por esta definición²⁰⁸, el Tribunal del caso *Abaclat* concluyó de manera convincente que dejar a aquellos fuera del alcance de protección del Convenio CIADI debido a una supuesta definición más restringida de “inversión” en el art. 25 del Convenio CIADI “no tendría sentido a la luz del acuerdo expreso de Argentina e Italia de proteger el valor generado por esos tipos de contribuciones [...] [H]abría una inversión, que Argentina e Italia querían proteger y someter al arbitraje del CIADI, pero a la que no se podría dar protección alguna²⁰⁹”[traducción del Tribunal]. En este contexto, los Demandantes han observado correctamente que una definición restringida de inversión que excluya a los bonos, “negaría irrazonablemente a Estados soberanos [...] la posibilidad de promover la

²⁰⁶ Véase *Alcoa Minerals of Jamaica c. Jamaica*, Caso CIADI N° ARB/74/2, Decisión sobre Jurisdicción y Competencia, 6 de julio de 1975, 4 Anuario de Arbitraje Comercial (1979), 206, en 207; véase, asimismo, *Československa obchodní banká, A.S. c. Eslovaquia*, Caso CIADI N° ARB/97/4, Decisión sobre Objeciones a la Jurisdicción, 24 de mayo de 1999, párr. 66 conforme a la cual la aceptación de las partes de la jurisdicción del Centro “con respecto a los derechos y obligaciones que surgen de su acuerdo crea por lo tanto una fuerte presunción de que consideraron su transacción como inversión dentro del sentido del Convenio CIADI” [traducción del Tribunal].

²⁰⁷ Véase párr. 453 *supra*. El hecho de que el art. 25(4), una vez introducido en el Convenio, casi no se utilizara (véanse *Schreuer*, ICSID Convention Commentary, art. 25, párrs. 926, 927; *Mortenson*, The Meaning of “Investment” (nota 183) 294) no puede cambiar este resultado.

²⁰⁸ Véanse párrs. 488 y ss. *infra*.

²⁰⁹ Decisión *Abaclat*, párr. 364.

suscripción de su deuda pública otorgando la protección del CIADI a los bonistas extranjeros. Esa limitación artificial al poder soberano es injustificable” (C IV § 35).

(4) Práctica ulterior de los Estados

464. La práctica ulterior de los Estados que, en virtud del art. 31(3)(b) de la CVDT, también debe tenerse en cuenta en la tarea de interpretación conjuntamente con el contexto, no conduce a un resultado concluyente. Dada la existencia de definiciones tanto amplias como restrictivas del término “inversión” en los TBI y en la legislación nacional sobre inversiones, es difícil identificar un patrón común, al menos uno que excluiría los bonos soberanos del alcance del término “inversión” con la claridad necesaria²¹⁰. Por consiguiente, no se puede deducir ningún argumento en contra de este aspecto de interpretación de tratados.
465. Cabe observar en este sentido que muchos tribunales han utilizado lo que podría llamarse un “enfoque de práctica estatal” en el sentido de que analizaron si la inclusión general de obligaciones en “números muy importantes de TBI en el mundo” podría generar un “consenso internacional” de relevancia en la interpretación del art. 25 del Convenio CIADI²¹¹. Sin embargo, sobre la base de su propio análisis, el Tribunal no se halla en posición de llegar a estas conclusiones en el presente contexto.

(5) Jurisprudencia y doctrinas pertinentes

466. A la luz del art. 38(1)(d) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, uno podría referirse asimismo a “las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones” para la determinación de normas del derecho internacional. Ya se ha señalado que tanto a nivel judicial como académico, hay mucha controversia acerca del sentido que se le debe asignar al término “inversión” en el art. 25 del Convenio CIADI y si este debe considerarse en forma amplia o restrictiva.

²¹⁰ Véase *Mortenson*, The Meaning of “Investment” (nota 183) 312: “Por consiguiente, la práctica de los Estados parece en el peor de los casos ambigua respecto de la cuestión, y en ningún caso una fuente de una claridad tal que anule otras consideraciones delineadas aquí” [Traducción del Tribunal].

²¹¹ Véanse, por ejemplo, *Biwater Gauff (Tanzania), Ltd. c. Tanzania*, Caso CIADI N° ARB/05/22, Laudo, 24 de julio de 2008, párr. 314; *Fedax N.V. c. Venezuela*, Caso CIADI N° ARB/96/3, Decisión sobre Jurisdicción, 11 de julio de 1997, párrs. 34-36; véase *Mortenson*, The Meaning of “Investment” (nota 183) 277, n. 93 y 303, n. 238.

467. Que las inversiones financieras como los bonos soberanos/derechos sobre títulos valores en cuestión en el presente caso puedan constituir inversiones a los fines del art. 25(1) del Convenio CIADI ya ha sido confirmado en un caso comparable por el tribunal en *Fedax*²¹² y en otra serie de casos²¹³. Incluso el Tribunal del caso *Joy Mining* que es citado comúnmente por su enfoque estricto del art. 25 del Convenio CIADI, al distinguir a *Fedax* de los hechos del caso *Joy Mining*, ha señalado su aprobación del enfoque adoptado por el Tribunal *Fedax*²¹⁴.
468. En general, el Profesor Amerasinghe afirma que “se garantiza un enfoque amplio a la interpretación de este término en el Artículo 25²¹⁵”[traducción del Tribunal]. De manera similar, el Profesor Schreuer es renuente en cuanto a la posibilidad de derivar del propio Convenio CIADI una noción específica de “inversión” que delimitaría de manera significativa el alcance del art. 25(1) del Convenio. Afirma que la “única indicación posible de un sentido objetivo que pueda ser deducido del Convenio está incluida en la primera oración del Preámbulo [...] Por consiguiente, es discutible que el objeto y fin del Convenio indiquen que debería haber cierto impacto positivo en el desarrollo²¹⁶”

²¹² *Fedax N.V. c. Venezuela*, Caso CIADI N° ARB/96/3, Laudo, 11 de julio de 1997, párr. 29 donde el Tribunal concluyó, a la luz del amplio alcance del art. 25 del Convenio CIADI, que “los préstamos califican como inversiones dentro de la jurisdicción del CIADI como lo hace, en determinadas circunstancias, la compra de bonos. En tanto los pagarés constituyen una prueba de un préstamo y un instrumento financiero y crediticio bastante típico, no existe nada que impida que su compra califique como una inversión conforme al Convenio en las circunstancias de un caso particular como este” [Traducción del Tribunal].

²¹³ Véase *Schreuer*, ICSID Commentary, art. 25, párr. 149 y sus referencias a *Československa obchodní banká, A.S. c. Eslovaquia*, Caso CIADI N° ARB/97/4, Decisión sobre Objeciones a la Jurisdicción, 24 de mayo de 1999, párrs. 76-91; *Sempra Energy International c. Argentina*, Caso CIADI N° ARB/02/15, Laudo, 28 de septiembre de 2007, párrs. 214-216 así como *CDC Group plc c. Seychelles*, Caso CIADI N° ARB/02/14, Laudo, 17 de diciembre de 2003, párrs. 6, 8, 18, 21; sin embargo, véase también *Joy Mining Machinery Limited c. Egipto*, Caso CIADI N° ARB/03/11, Laudo, 6 de agosto de 2004, párrs. 42-50 y *PSEG Global Inc. y Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi c. Turquía*, Caso CIADI N° ARB/02/5, Decisión sobre Jurisdicción, 4 de junio de 2004, párr. 189. Véanse también en este sentido *Dolzer/Schreuer*, Principles of International Investment Law (nota 127) 66, 67; *Waibel*, Opening Pandora’s Box (nota 178) 720-722.

²¹⁴ *Joy Mining Machinery Limited c. Egipto*, Caso CIADI N° ARB/03/11, Laudo, 6 de agosto de 2004, párrs. 60 y 61: “Incluso el tan citado caso *Fedax* debe distinguirse del presente caso aunque admitió que las contribuciones financieras realizadas en la forma de pagarés calificaban como inversión. [...] [E]l elemento que persuadió al tribunal a llegar a esa conclusión fue que el financiamiento en cuestión *había sido y estaba siendo utilizado por el Estado para financiar su presupuesto conforme a una ley de crédito público* [...] La situación en el presente caso claramente no es de esa misma naturaleza” [Traducción del Tribunal] (énfasis agregado); véase *Fedax N.V. c. Venezuela*, Caso CIADI N° ARB/96/3, Laudo, 11 de julio de 1997, párr. 42 en este sentido.

²¹⁵ *Amerasinghe*, The Jurisdiction of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (nota 101) 181.

²¹⁶ *Schreuer*, ICSID Convention Commentary, art. 25, párr. 121, con referencias a la jurisprudencia pertinente.

[Traducción del Tribunal]. Adicionalmente, en la reciente segunda edición del Comentario sobre el Convenio CIADI y ya en vista de los casos que tratan el tema de los bonos soberanos argentinos pendientes ante tribunales del CIADI, el Profesor Schreuer afirma específicamente que “[l]os instrumentos financieros como los préstamos o la compra de bonos pueden calificar como inversiones²¹⁷” [Traducción del Tribunal].

469. Georges R. Delaume apoya tal posición y sostiene que “el determinar la clase de diferencias relativas a inversiones que un Estado Contratante considera arbitrable en el contexto del CIADI se encuentra dentro de la discreción exclusiva de cada Estado Contratante²¹⁸” [Traducción del Tribunal]. En particular, afirma que “la caracterización de los préstamos transnacionales como ‘inversiones’ no ha planteado dificultad alguna [...] [D]esde el origen del Convenio [se ha asumido] que los préstamos a largo plazo estaban incluidos en el concepto de “inversión”²¹⁹” [Traducción del Tribunal]. Comparado con ello, las voces disidentes han permanecido en la minoría²²⁰. Además, es interesante recordar en este contexto que en el proceso de redacción del Convenio CIADI hubo intentos para eliminar su aplicación a los bonos, préstamos y flujo de capital, pero todos estos fueron rechazados²²¹.

(6) Conclusión

470. Como resultado de ello, el Tribunal concluye que cuando es interpretado de conformidad con su sentido corriente, en su contexto y a la luz del objeto y fin del Convenio, al término “inversión” en el art. 25 del Convenio CIADI se le debe asignar un sentido amplio, es decir, con los límites jurisdiccionales que surgen de esta disposición sólo en

²¹⁷ *Ibidem*, art. 25, párr. 149 con más referencias en n. 191.

²¹⁸ G. R. Delaume, ICSID and the Transnational Financial Community, 1 ICSID Review (1986) 237, en 242.

²¹⁹ Véase *Ibidem*, 239 y 240; véase, asimismo, I.F.I. Shihata, Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Roles of ICSID and MIGA, 1 ICSID Review (1986) 1, en 4; sin embargo, véase, la crítica de Waibel, Opening Pandora’s Box (nota 178) 722.

²²⁰ Véanse, en particular, Waibel, Opening Pandora’s Box (nota 178); *idem*, Sovereign Defaults before International Courts and Tribunals, Cambridge 2011, 219 y ss.; Gaillard, Identify or Define? (nota 169) 404 y ss.

²²¹ Véanse referencias nota 190 *supra*. en particular, cabe ser mencionada la posición de Australia conforme a la cual el borrador del Convenio cubrió también fenómenos tales como “pedidos en préstamo de efectivo a inversores extranjeros privados por parte del Estado receptor”; véase Asamblea Consultiva de Expertos Jurídicos, Bangkok, 27 de abril-1 de mayo de 1946, en Documentos Concernientes al Origen y Formulación del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (1968), Vol. II, 474.

los márgenes exteriores de la actividad económica²²². No hay necesidad de que este Tribunal decida la cuestión de si uno debería ir tan lejos como para incluir cualquier “actividad o activo plausiblemente económicos” bajo el paraguas del art. 25 del Convenio en tanto los Estados estén preparados a someterlos a la jurisdicción del CIADI²²³. De hecho, existen buenas razones para dejar una transacción comercial individual como la entrega de un único cargamento de automóviles fuera del concepto de inversión y por ende, fuera de la competencia del Centro en razón de la materia²²⁴.

471. Sin embargo, los bonos soberanos y los derechos sobre títulos basados en ellos no son comparables de ninguna manera con las transacciones comerciales individuales. A pesar de las peculiaridades de estos instrumentos²²⁵, a la luz de la interpretación amplia a ser asignada al art. 25 del Convenio CIADI, el Tribunal no alberga duda alguna de que los bonos/derechos sobre títulos como los que se encuentran en cuestión en el presente procedimiento recaen dentro del término “inversión” según se utiliza en el art. 25 del Convenio.
472. En consecuencia, el Tribunal no encuentra ninguna razón por la cual los bonos soberanos/derechos sobre títulos deberían ser excluidos de la jurisdicción del Centro y, en

²²² Incluso el Profesor Abi-Saab en su ferviente Opinión Disidente en el caso *Abaclat* reconoce en los párrs. 45, 46 que “[e]s verdad que estos límites externos [de los tipos de diferencias que pudieran tratarse dentro del CIADI] tienen un vasto alcance [...] deja[ndo] mucha latitud y un amplio margen de interpretación y mayor especificidad a los Estados en sus TBI”. [Traducción del Tribunal] Sin embargo, insiste en que los límites “de todos modos existen” y que el término “inversión” en el art. 25(1) del Convenio CIADI “no es infinitamente elástico”, esta última afirmación refiriéndose a *Waibel*, Opening Pandora’s Box (nota 178) 722.

²²³ Véase, en particular, *Mortenson*, The Meaning of “Investment” (nota 183) 300.

²²⁴ Véanse *Dolzer/Schreuer*, Principles of International Investment Law (nota 127) 70; *Schreuer*, ICSID Convention Commentary, art. 25, párr. 122; *Mortenson*, The Meaning of “Investment” (nota 183) 269, n. 38 con referencias adicionales; véanse, *Fedax N.V. c. Venezuela*, Caso CIADI N° ARB/96/3, Decisión sobre Jurisdicción, 11 de julio de 1997, párr. 42; *Joy Mining Machinery Limited c. Egipto*, Caso CIADI N° ARB/03/11, Laudo, 6 de agosto de 2004, párrs. 43-45 y 52; véase, asimismo, la Opinión Disidente del Profesor Abi-Saab en el caso *Abaclat*, párr. 45, n. 7 con referencias adicionales.

²²⁵ Véase la descripción de los rasgos “anómalos” de estos instrumentos financieros en la Opinión Disidente del Profesor Abi-Saab en el caso *Abaclat*, párr. 57: “Esos productos financieros listos para usar y ampliamente dispersos, con su gran velocidad de circulación y su lejanía, igual que la de sus tenedores, del Estado en cuyo territorio tiene supuestamente lugar la inversión (que se negocian en segundos con sólo presionar un botón en los mercados de capital, sin que el país prestatario se involucre ni tenga conocimiento de la inversión ni que ésta atravesase el territorio o el sistema jurídico de dicho Estado), parecen a primera vista ser diametralmente opuestos al modelo de inversión extranjera directa, que generalmente se encuentra sujeto a largas negociaciones y muy integrado al medio jurídico del Estado receptor” [Traducción del Tribunal]. Véanse, en una línea similar, *ibídem* párrs. 108 y 118.

ese caso, de la competencia de este Tribunal, si y en la medida en que existan pruebas de que los Estados parte, es decir, Argentina e Italia, consideraron a aquellos como inversiones posibles de ser protegidas, en vista de lo cual, ambos prestaron su “consentimiento anticipado e irrevocable para que toda controversia [con esta base] pueda ser sometida al arbitraje” (art. 8(3) del TBI Argentina-Italia). Por lo tanto, los bonos soberanos/derechos sobre títulos están cubiertos por el término “inversión” en el art. 25(1) del Convenio CIADI.

473. Contra estos antecedentes, no hay necesidad de referirse al art. 32 de la CVDT, además de observar que la explicación de las circunstancias de adopción del art. 25(1) del Convenio CIADI “confirman el sentido que resulta de la aplicación” del art. 31 de la CVDT, según lo prevé el art. 32 de la Convención de Viena.
474. Alternativamente, incluso si uno no respaldara la conclusión del Tribunal en cuanto a que el sentido del término “inversión” en el art. 25 del Convenio CIADI incluye a los bonos/derechos sobre títulos, al menos uno debería reconocer que se dejó “ambiguo u oscuro” el sentido del término. El art. 32 de la CVDT demandaría entonces el uso, como medio complementario de interpretación, de los trabajos preparatorios del tratado y las circunstancias de su perfeccionamiento. Según se describiera *supra*²²⁶, esto apuntaría claramente en la dirección de que el término “inversión” abarca los instrumentos financieros como los bonos/derechos sobre títulos, sujetos a las declaraciones pertinentes de los Estados interesados que excluirían a dichos instrumentos del alcance de inversiones protegidas.

²²⁶ Véanse párrs. 448 y ss. *supra*.

5. La importancia de la denominada prueba de Salini en la interpretación del concepto de “inversión” en el art. 25(1) del Convenio CIADI

a) La naturaleza no jurisdiccional de la denominada prueba de Salini

475. En *Salini c. Marruecos*²²⁷, el Tribunal tuvo que abordar el tema de la construcción de una autopista en Marruecos por parte de contratistas italianos. La Demandada en este caso argumentó que el contrato de construcción no constituía una inversión. A fin de dar respuesta a esta cuestión, el Tribunal examinó varios criterios y concluyó que el contrato del caso calificaba como una inversión de conformidad con la definición del TBI pertinente en combinación con el art. 25(1) del Convenio CIADI²²⁸.
476. Desde entonces, varios tribunales han procedido de manera similar utilizando criterios similares con la consecuencia de que la prueba se haya vuelto conocida como la “prueba de Salini”²²⁹. Con determinadas variaciones²³⁰, incluye los siguientes elementos: a) la existencia de una contribución substancial, b) el proyecto debería tener una duración determinada, c) participación en los riesgos de la transacción más allá del simple riesgo de una transacción comercial, d) regularidad de ganancias y rendimiento para los inversores así como e) importancia de la operación para el desarrollo del Estado receptor²³¹.

²²⁷ *Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. c. Marruecos*, Caso CIADI N° ARB/00/4, Decisión sobre Jurisdicción, 23 de julio de 2001.

²²⁸ Véase *ibídem*, párr. 45; véase también en este sentido *Schlemmer*, Investment, Investor, Nationality, and Shareholders (nota 188) 67.

²²⁹ Véase discusión de casos en *Schreuer*, ICSID Convention Commentary, art. 25, párrs. 154 y ss. y 159, 160; *Dolzer/Schreuer*, Principles of International Investment Law (nota 127) 68, 69; *Gaillard*, Identify or Define? (nota 169) 404, 411; *Mortenson*, The Meaning of “Investment” (nota 183) 274 y ss. y 277, n. 91-93 con referencias adicionales.

²³⁰ Véase, por ejemplo, *Joy Mining Machinery Limited c. Egipto*, Caso CIADI N° ARB/03/11, Laudo, 6 de agosto de 2004, párrs. 53-57; *Mortenson*, The Meaning of “Investment” (nota 183) 273, n. 60-63 con referencias adicionales.

²³¹ Véanse *Schreuer*, ICSID Convention Commentary, art. 25, párr. 153; *Schlemmer*, Investment, Investor, Nationality, and Shareholders (nota 188) 65, con referencias adicionales.

477. Las decisiones en los casos *Fedax* y *Joy Mining*²³² revisten importancia particular para el caso que nos ocupa. En el primero de estos casos, *Fedax*, la cuestión en disputa era si los pagarés calificarían como una inversión, una cuestión que fue confirmada por el Tribunal²³³. En contraste, en *Joy Mining*²³⁴, el Tribunal tuvo que decidir si determinadas garantías de ejecución serían equivalentes a una inversión. Argumentando que no implicaban riesgo alguno y que el período pertinente era demasiado corto y también cuestionando implícitamente si las garantías contribuían al desarrollo económico del estado receptor, el Tribunal concluyó que las garantías de ejecución no calificarían como inversión²³⁵.
478. La prueba de *Salini* y las decisiones mencionadas *supra* se han convertido en el punto de partida para una línea de casos en los cuales los tribunales responsables de la decisión sintieron la necesidad de completar el concepto de “inversión” en el art. 25(1) del Convenio CIADI con un sentido independiente cuyos contornos se consideran expresados por los criterios de *Salini*. Esto implica que una inversión debe pasar no sólo el umbral del TBI pertinente y los requisitos bastante generales de una inversión conforme al art. 25 del Convenio CIADI, como se estableciera anteriormente. Debe superar, además, un obstáculo más elevado que subyace en el término “inversión” del art. 25, con una prueba obligatoria del estilo de la prueba de *Salini*. Este enfoque se ha vuelto el fundamento para una versión peculiar y ampliada de la prueba de doble enfoque. En consecuencia, lo que ha sucedido en varias instancias ha sido que, aunque una operación o activo económico superó la prueba con respecto al TBI pertinente, no cumplió los estándares que supuestamente regían - en la opinión del tribunal responsable de la decisión - la aplicación del art. 25 del Convenio CIADI, llevando, por lo tanto, a que el tribunal en cuestión rechazara el caso debido a la falta de jurisdicción *ratione materiae*.

²³² En cuanto a estos dos casos véase, asimismo, párr. 467 *infra*.

²³³ *Fedax N.V. c. Venezuela*, Caso CIADI N° ARB/96/3, Decisión sobre Jurisdicción, 11 de julio de 1997, párrs. 21-29 y 43.

²³⁴ *Joy Mining Machinery Limited c. Egipto*, Caso CIADI N° ARB/03/11, Laudo, 6 de agosto de 2004.

²³⁵ Véase, *ibídem*, párrs. 53-63; véase, asimismo, *Schlemmer*, Investment, Investor, Nationality, and Shareholders (nota 188) 68 en este sentido.

479. La cuestión de si uno debería fundarse en la prueba de *Salini* en general y, en particular, de si el Convenio CIADI justifica considerarla como abarcativa de requisitos jurisdiccionales, con la implicación de que la no ejecución de uno de los elementos de la prueba implicaría la falta de jurisdicción y por ende la obligación del Tribunal de desestimar el caso, ha sido objeto de debate. El análisis precedente también ha dejado en claro que el presente Tribunal respalda la opinión de que el término “inversión” en el art. 25(1) del Convenio CIADI no debería estar sujeto a una interpretación indebidamente restrictiva. Así, no se puede imaginar que los criterios de *Salini*, si fueran de algún modo útiles, expresen requisitos jurisdiccionales *stricto sensu*.
480. El Comentario al Convenio CIADI al cual ambas Partes han hecho referencia en el presente caso enfoca el asunto de manera similar. En la primera edición del Comentario, el Profesor Schreuer identificó los cinco criterios enumerados *supra*²³⁶ y los caracterizó como “típicos” para la “mayoría de las operaciones” que han estado sometidas a procedimientos CIADI. Posteriormente agregó una calificación importante: “Estos rasgos no deberían interpretarse necesariamente como requisitos jurisdiccionales sino simplemente como características típicas de las inversiones en virtud del Convenio²³⁷” [Traducción del Tribunal]. En la segunda edición del Comentario, el Profesor Schreuer comenta el auge de la prueba de *Salini* en estos términos: “El desarrollo en la práctica de un listado descriptivo de rasgos típicos hacia un conjunto de requisitos jurídicos obligatorios es desafortunado. La Primera Edición de este Comentario no puede servir como autoridad para este desarrollo²³⁸” [Traducción del Tribunal].
481. Siguiendo el enfoque del Profesor Schreuer, los criterios reunidos en la prueba de *Salini*, aunque no constituyen pre-requisitos obligatorios para la jurisdicción del Centro dentro del sentido del art. 25 del Convenio CIADI, pueden aún ser útiles, en tanto y en cuanto

²³⁶ Schreuer, ICSID Convention Commentary, 1st ed., art. 25, párr. 122: a) “una determinada duración” de la empresa, b) “una cierta regularidad de ganancia y rendimiento”, iii) una “asunción de riesgo”, iv) un compromiso “significativo” por parte del inversor, y e) alguna “importancia para el desarrollo del Estado” [Traducción del Tribunal]; véase párr. 476 *supra*.

²³⁷ *Ibidem*, párr. 122; véase, en este momento, Schreuer, ICSID Convention Commentary, art. 25, párr. 153.

²³⁸ Schreuer, ICSID Convention Commentary, art. 25, párr. 171.

sean considerados como directrices y sean aplicados en conjunto y de manera flexible²³⁹. En particular, pueden resultar de ayuda para identificar, y excluir, fenómenos extremos que deben permanecer fuera incluso de una lectura amplia del término “inversión” en el art. 25 del Convenio CIADI²⁴⁰. Sin embargo, el carácter básico, y el fundamento lógico, de la “no definición” de inversión le permite al art. 25(1) del Convenio CIADI cubrir una amplia gama de operaciones y activos económicos, susceptibles de incluir inversiones no convencionales o atípicas capaces de adaptarse a la naturaleza dinámica de la actividad económica²⁴¹.

b) La aplicación de la prueba de Salini a los bonos/derechos sobre títulos en el presente caso

482. Habiéndole otorgado a la “prueba de Salini” su lugar adecuado al momento de evaluar la jurisdicción *ratione materiae* en el presente caso, en la opinión del Tribunal, los bonos/derechos sobre títulos que están en juego en el presente caso cumplen los criterios generalmente atribuidos a la prueba de Salini. En este contexto, el Tribunal recuerda que es importante tener en cuenta que la inversión en cuestión constituye una unidad económica²⁴² y no debe separarse en operaciones económicas separadas.

²³⁹ Véase *Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. c. Marruecos*, Caso CIADI N° ARB/00/4, Decisión sobre Jurisdicción, 23 de julio de 2001, párr. 52: “En realidad, estos muchos elementos pueden ser interdependientes [...] En consecuencia, estos criterios diversos se deberían evaluar *en forma global* incluso si, en aras del razonamiento, el Tribunal en este caso los considera en forma individual” [Traducción del Tribunal]. (énfasis agregado) Véase, además, *Schreuer*, ICSID Convention Commentary, art. 25, párrs. 171, 172 y 174 (“De hecho, los tribunales han señalado en reiteradas oportunidades que los criterios que aplicaban estaban interrelacionados y no deberían observarse en forma aislada sino en conjunto. [...] Un listado rígido de criterios que deban cumplirse en la totalidad de los casos probablemente no facilitaría la tarea de los tribunales de adoptar decisiones más predecibles”), [Traducción del Tribunal] con referencias adicionales; véase, asimismo, *Dolzer/Schreuer*, Principles of International Investment Law (nota 127) 69, n. 141; *Schlemmer*, Investment, Investor, Nationality, and Shareholders (nota 188) 66: “Aunque generalmente se apliquen estos criterios básicos, no pueden considerarse *numerus clausus*. Hay una serie de instancias, que involucran transacciones de inversión de tipos no tradicionales, en las que uno no puede fundarse sólo en estos criterios *in abstracto* sino que tiene que observar todas las circunstancias del caso de manera flexible” [Traducción del Tribunal].

²⁴⁰ Véase párr. 470 *supra*.

²⁴¹ Véase *Mihaly International Corporation c. Sri Lanka*, Caso CIADI N° ARB/00/2, Laudo, 15 de marzo de 2002, párr. 33 caracterizando el hecho de que se deja sin definir el término “inversión” en el Convenio CIADI a modo de “preservar la integridad y flexibilidad y en pos de permitir el desarrollo progresivo del derecho internacional en materia relativa a inversiones”.

²⁴² Véanse párrs. 422 y ss. *supra*.

483. En lo que se refiere, en primer lugar, al requisito previo de una *contribución substancial por parte del inversor*²⁴³, no reviste importancia que la contribución del Demandante individual pudiera haber sido menor. Lo que cuenta es que los bonos emitidos como un todo equivalieron, sin duda alguna, a una contribución substancial por parte del inversor.
484. En segundo lugar, aunque la Demandada argumente que la *duración mínima* de una inversión es de dos a cinco años (*Tr pág. 144/22*)²⁴⁴ y que los Demandantes por lo general no serían titulares de esos derechos sobre títulos durante esa cantidad de tiempo (o al menos no han proporcionado pruebas de esto), lo que tiene importancia es la duración de los bonos emitidos. Esto fue confirmado también por el caso *Fedax* donde el Tribunal aceptó que el endoso de los pagarés negociables mantenía intacta la duración de la inversión²⁴⁵.
485. En tercer lugar, en términos del requisito de un riesgo *operacional*, en contraposición con un simple riesgo comercial, la Demandada afirma que el riesgo asumido por los Demandantes de no recibir el pago no difiere de aquel involucrado en cualquier contrato comercial entre un acreedor y un deudor y que estos contratos comerciales corrientes no pueden ser considerados una inversión (*R I §§ 164, 165*). Sin embargo, dado el riesgo de la intervención soberana del Estado receptor, un riesgo que se manifestó en la propia cesación de pagos y restructuración de Argentina, lo que está en juego no es un riesgo comercial ordinario²⁴⁶.

²⁴³ Véase en general *Schreuer*, ICSID Convention Commentary, art. 25, párr. 161 con referencias adicionales; véase, asimismo, *Schlemmer*, Investment, Investor, Nationality, and Shareholders (nota 188) 68; *Gaillard*, Identify or Define? (nota 169) 415, 416.

²⁴⁴ Véanse en general *Schreuer*, ICSID Convention Commentary, art. 25, párrs. 162-170 y 173, 174; *Waibel*, Opening Pandora's Box (nota 178) 724-726; *Gaillard*, Identify or Define? (nota 169) 404, 405; véase además *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrate S.p.A. c. Marruecos*, Caso CIADI N° ARB/00/4, Decisión sobre Jurisdicción, 23 de julio de 2001, párr. 45.

²⁴⁵ Véase *Fedax N.V. c. Venezuela*, Caso CIADI N° ARB/96/3, Decisión sobre Jurisdicción, 11 de julio de 1997, párr. 43.

²⁴⁶ En lo concerniente a la aplicación generalmente generosa de este criterio véase *Schreuer*, ICSID Convention Commentary, art. 25, párr. 163; véanse también *Waibel*, Opening Pandora's Box (nota 178) 726; *Williams*, Jurisdiction and Admissibility (nota 202) 880; *Gaillard*, Identify or Define? (nota 169); *Mortenson*, The Meaning of "Investment" (nota 183) 298, n. 220.

486. En cuarto lugar, además de la existencia generalmente dudosa del criterio de *regularidad de ganancias y rendimientos* como un elemento independiente de la prueba de *Salini*²⁴⁷, el argumento de la Demandada de que los derechos sobre títulos se transfieren en forma rápida y frecuente no puede ser convincente. Nuevamente, los bonos y derechos sobre títulos deben ser considerados como una única operación económica, con intereses supuestamente pagaderos en forma periódica satisfaciendo el criterio de regularidad de ganancias y rendimientos.
487. En quinto lugar, con respecto al requisito previo de una *contribución significativa al desarrollo del país receptor*, no puede haber duda, dada la unidad de la operación económica en cuestión, de que los fondos generados a través del proceso de emisión de bonos a fin de cuentas se pusieron a disposición de Argentina y debe considerarse que han contribuido a su desarrollo económico²⁴⁸. Teniendo en cuenta la cantidad del volumen de participación de los bonos, la contribución fue absolutamente significativa para el desarrollo de Argentina²⁴⁹.

6. El sentido de “inversión” en virtud del art. 1(1) del TBI Argentina-Italia

488. La definición del término “inversión” en el art. 1(1) del TBI Argentina-Italia contiene una lista no exhaustiva de los distintos tipos de inversiones que recaen bajo el paraguas de protección del TBI (*arg.* “los siguientes son considerados en particular como inversiones, aunque no en forma exclusiva²⁵⁰”).

²⁴⁷ Véase *Schreuer*, ICSID Convention Commentary, art. 25, párr. 157.

²⁴⁸ Véase, asimismo, Decisión *Abaclat*, párr. 378.

²⁴⁹ En lo que se refiere al criterio controvertido de una contribución al desarrollo del Estado receptor véase *Schreuer*, ICSID Convention Commentary, art. 25, párr. 164 así como párrs. 173, 174: “Una prueba que se centra en la contribución al desarrollo del Estado receptor debería tratarse con particular cuidado. [...] Cualquier concepto de desarrollo económico, si debiera servir como estándar de comparación para la existencia de una inversión y por ende, para la protección en virtud del CIADI, debería ser tratado con alguna flexibilidad.” [Traducción del Tribunal]. Véanse, asimismo, *Schlemmer*, Investment, Investor, Nationality, and Shareholders (nota 188) 68; *Mortenson*, The Meaning of “Investment” (nota 183) 274; *Waibel*, Opening Pandora’s Box (nota 178) 723, 724; *Gaillard*, Identify or Define? (nota 169) 413, 414.

²⁵⁰ Véanse también la versión auténtica italiano: “sono considerati specificamente come investimenti, anche se non in forma esclusiva”.

489. En particular, el sub-inciso *c* aborda específicamente estos instrumentos. Sin embargo, ha habido un fuerte desacuerdo entre las Partes en cuanto a cómo entender correctamente los términos utilizados en las versiones auténticas del TBI en español e italiano²⁵¹ y cómo traducirlas en forma correcta al idioma inglés. En particular, ha sido motivo de controversia el tema de si el término “obligaciones” en español y “obbligazioni” en italiano debería traducirse como “*bonds*” (bonos), como lo sugieren los Demandantes, u “*obligations*” (obligaciones), como lo argumentó la Demandada.
490. El Tribunal considera a este respecto, cualquiera sea la posición que uno quiera adoptar respecto de la cuestión de la traducción, que no puede haber duda de que el art. 1(1) del TBI Argentina-Italia cubre los bonos/derechos sobre títulos en juego en el presente procedimiento.
491. Para comenzar, incluso siguiendo el argumento de la Demandada en cuanto a la traducción de los términos “obligaciones” y “obbligazioni”, esto sólo significaría reemplazar el concepto de “*bonds*” por el concepto reconocidamente más amplio de “*obligations*” que, sin embargo, incluiría aún bonos/derechos sobre títulos. Aunque la Demandada ha centrado su argumento en la cuestión de la traducción, no ha explicado a satisfacción del Tribunal de qué manera de las redacciones de las versiones auténticas en español e italiano se puede llegar a la conclusión de que las Partes excluyeron a los bonos/derechos sobre títulos del ámbito del TBI Argentina-Italia porque no emplearon las palabras “bonos” en español o “*titoli obbligazionari*” en italiano (*R II* §§ 292, 296). A lo sumo, podría argumentarse que las Partes optaron por la utilización de un término genérico que abarcara todos los tipos de obligaciones, por ende, incluyendo los bonos/derechos sobre títulos. En el supuesto de que las Partes hubieran pretendido excluir realmente esos instrumentos del alcance de aplicación del TBI, lo tendrían que haber expresado en forma explícita.

²⁵¹ Véanse la versión auténtica en italiano: “obbligazioni, titoli pubblici o private o qualsiasi altro diritto per prestazioni o servizi che abbiano un valore economico, come altresì redditi capitalizzati”.

492. Esta conclusión está corroborada por el hecho que el subinciso *c* incluye además “cualquier otro derecho a prestaciones o servicios que tengan un valor económico”²⁵². La utilización de esta cláusula residual o “cláusula general” indica claramente que las Partes del TBI Argentina-Italia pretendieron hacer del subinciso *c* una disposición integral que abarque todos los tipos de obligaciones y derechos comparables en tanto y en cuanto tengan un valor económico. Es evidente que el propio objeto de esta cláusula residual es incluir la totalidad de derechos que tengan un valor económico, incluso si debieran considerárseles como “no convencionales” o “atípicos”, en lugar de excluir cualquiera de estos derechos, sin una razón específica para hacerlo. No obstante, esta razón no ha sido planteada en el presente procedimiento.
493. Además, en el mismo espíritu, el art. 1(1)(f) del TBI Argentina-Italia contiene una cláusula general adicional que introduce al ámbito del TBI a “cualquier derecho de tipo económico conferido por ley o por contrato”²⁵³. El Tribunal respalda la conclusión de la decisión de la mayoría en el caso *Abaclat* que, al pronunciarse acerca de su jurisdicción sobre la base del mismo TBI Argentina-Italia, concluyó que “la definición que contiene el art. 1(1) no es restrictiva. A la luz de su redacción, no puede entenderse que dicho artículo haya sido redactado con el fin de adoptar un enfoque restrictivo en cuanto al tipo de actividad o negocio que se deseaba calificar como inversión”²⁵⁴, [traducción del Tribunal]. Dada este estado de las cosas, el presente Tribunal no puede ver así de qué manera se podría concluir que los bonos/derechos sobre títulos en cuestión en el presente procedimiento no recaerían bajo al menos una de estas disposiciones.
494. Merece una mención particular que esta fue también la posición adoptada por el Profesor Abi-Saab en su Opinión Disidente en el caso *Abaclat* en la cual fue de otro modo muy crítico del enfoque adoptado por la decisión de la mayoría reconociendo a los bonos/derechos sobre títulos como “inversiones” en virtud de las disposiciones pertinentes del Convenio CIADI y el TBI Argentina-Italia. El Profesor Abi-Saab declaró específicamente que “el Artículo 1(1)(c) comprende instrumentos financieros y que su

²⁵² Pie de página omitido (véase versión en inglés).

²⁵³ Pie de página omitido (véase versión en inglés).

²⁵⁴ Decisión *Abaclat*, párr. 354.

lenguaje es lo suficientemente amplio como para incluir los títulos sobre valores en los bonos argentinos²⁵⁵” [Traducción del Tribunal].

495. Por lo tanto, el Tribunal está totalmente convencido de que los bonos/derechos sobre títulos pertinentes al presente caso recaen dentro del ámbito de aplicación de la lista de inversiones fijadas por el art. 1(1)(a)-(f) del TBI Argentina-Italia.

7. Inversión realizada “en el territorio” de Argentina

496. Las Partes coinciden en que, además de tener que encontrarse en la lista de inversiones mencionada anteriormente, el encabezamiento del art. 1(1) del TBI Argentina-Italia también requiere que la contribución en cuestión se invierta “en el territorio” del Estado receptor a fin de que la contribución califique como inversión protegida “a los fines del presente Acuerdo”. El requisito de territorialidad es reforzado al ser reiterado en el segundo párrafo del preámbulo y en el art. 1(2) del TBI Argentina-Italia.
497. Las Partes han expresado opiniones muy divergentes acerca de la cuestión que consiste en determinar si el requisito de territorialidad se cumple en el caso que nos ocupa. En esencia, la Demandada alega que es imposible que un instrumento financiero que fue emitido fuera del territorio argentino y que no está físicamente en la Argentina, se encuentre sujeto a legislación extranjera y sea susceptible de ejecución en jurisdicciones extranjeras, y que esté registrado en las cuentas de los bancos ubicados fuera de la Argentina y cuyo producido no le correspondía a Argentina, califique como inversión “en el territorio” de Argentina. Los Demandantes rechazan este argumento y se concentran en quién fue el beneficiario de la inversión en cuestión en aras de identificar la ubicación de la inversión en juego. Los Demandantes no consideran que las cláusulas de elección de foro y elección de derecho aplicable que señalan otros ordenamientos jurídicos distintos del derecho argentino demuestren que una inversión no es argentina.
498. Con respecto al requisito de territorialidad, consagrado en el art. 1(1) del TBI Argentina-Italia, el Tribunal considera que, dado el carácter de las inversiones en cuestión, el

²⁵⁵ Opinión Disidente del Profesor Abi-Saab en el caso *Abaclat*, párr. 68; véase, en una línea similar, *Waibel*, *Opening Pandora’s Box* (nota 178) 730.

criterio decisivo no puede consistir en si aquellas se encuentran físicamente ubicadas en Argentina, como sugiere la Demandada. Por su propia naturaleza, los instrumentos financieros tales como los bonos/derechos sobre títulos no son inversiones físicas como un terreno, una planta industrial o una mina, como los Demandantes correctamente señalaron.

499. El Tribunal está convencido de que, a efectos de identificar en el territorio de qué Estado se realizó una inversión, primero se debe determinar qué Estado es beneficiario de esta inversión. La mayoría de los observadores coincidirá en que uno de los criterios que pueden extraerse del propio Convenio CIADI al momento de determinar la naturaleza de una inversión en virtud del presente Convenio es el de un aporte “para el desarrollo económico” en los términos del primer párrafo del preámbulo del Convenio CIADI²⁵⁶. Por consiguiente, a fin de evaluar dónde se realizó una inversión, el criterio debe consistir en determinar al desarrollo económico de quién contribuyó la inversión.
500. De este modo, el presente Tribunal no puede llegar a ninguna otra conclusión más que identificar a la Demandada como beneficiaria de la inversión en juego en el marco del presente procedimiento. En este contexto, cabe recordar la importancia de concebir la inversión en cuestión como una operación económica unificada²⁵⁷. Todo el proceso de emisión de bonos, el cual incluye notablemente la circulación de derechos sobre títulos en el mercado secundario - fue diseñado y específicamente destinado a ello por la propia Demandada para recaudar dinero en aras de satisfacer las necesidades presupuestarias de Argentina y, así, promover el desarrollo de dicho Estado.
501. Por lo tanto, el Tribunal no puede apoyar el argumento de la Demandada según el cual, si bien la emisión de bonos podría haber beneficiado a Argentina y permitido refinanciar parte de su deuda externa, las ganancias derivadas de las adquisiciones de derechos sobre títulos por los Demandantes no le correspondían a la Demandada (*R II § 357*), puesto que

²⁵⁶ Véase *Schreuer*, ICSID Convention Commentary, art. 25, párr. 121, con referencias a la jurisprudencia pertinente (n. 145): “la primera oración del Preámbulo contiene sólo un posible indicio del sentido objetivo que puede extraerse del Convenio [...] Por lo tanto, el hecho de que el objeto y fin del Convenio señalen que debería haber algún impacto positivo en el desarrollo es discutible” [Traducción del Tribunal].

²⁵⁷ Véase párr. 429 *supra*.

semejante enfoque ignora las realidades del proceso de emisión de bonos y anula las propias razones por las cuales la Demandada se comprometió a emitir los bonos en cuestión con los suscriptores.

502. En este contexto, el presente Tribunal también comprende la afirmación del Tribunal del caso *Abaclat*²⁵⁸ que apoyó un tipo de razonamiento análogo y concluyó

que la determinación del lugar de la inversión depende, en primer lugar, de la naturaleza de esa inversión. Con respecto a las inversiones de carácter exclusivamente financiero, los criterios pertinentes no pueden ser idénticos a los aplicados a una inversión consistente en operaciones de negocios y/o que tengan que ver con personal y bienes. Con respecto a las inversiones puramente financieras, esos criterios deben consistir en el lugar y/o el beneficiario de la utilización final de los fondos, y no en el lugar en que los fondos se hayan pagado o transferido. Por lo tanto, la cuestión pertinente consiste en establecer si, en última instancia, los fondos invertidos se pusieron a disposición del Estado receptor y si respaldaron el desarrollo económico de este último²⁵⁹. [Traducción del Tribunal].

503. En forma similar, el Tribunal no advierte necesidad alguna de que los Demandantes demuestren que los fondos en cuestión pueden adjudicarse a un proyecto, empresa o

²⁵⁸ Decisión *Abaclat*, párr. 374.

²⁵⁹ En este sentido, cabe destacar que el Tribunal del caso *Abaclat* hace referencia al caso *Fedax N.V. c. Venezuela*, Caso CIADI N° ARB/96/3, Decisión sobre Jurisdicción, 11 de julio de 1997, párr. 41: “Es un rasgo característico de muchas transacciones financieras internacionales que los fondos involucrados no sean físicamente transferidos al territorio del beneficiario, sino puestos a su disposición en otro lugar. De hecho, muchos préstamos y créditos no abandonan el país de origen en absoluto, sino que se ponen a disposición de proveedores y otras entidades. [...] La cuestión importante consiste en determinar si los fondos puestos a su disposición son utilizados por el beneficiario del crédito, como en el caso de la República de Venezuela, para financiar sus diversas necesidades gubernamentales. En este caso, no se pone en duda que la República de Venezuela, mediante los pagarés, recibió un monto de crédito que se puso en funcionamiento durante un período de tiempo a efectos de sus necesidades financieras” [Traducción del Tribunal]. Véase, asimismo, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Pakistán*, Caso CIADI N° ARB/01/13, Decisión sobre Jurisdicción, 6 de agosto de 2003, párrs. 136-140, donde se resaltó el hecho de que el propósito de la actividad de SGS era “aumentar los ingresos financieros del Estado” [Traducción del Tribunal] (*ibidem*, párr. 139); *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Filipinas*, Caso CIADI N° ARB/02/6, Decisión sobre Jurisdicción, 29 de enero de 2004, párr. 111; *Československa obchodní banká, A.S. c. Eslovaquia*, Caso CIADI N° ARB/97/4, Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción, 24 de mayo de 1999, párrs. 78, 79. Véase, asimismo, *Schreuer*, ICSID Convention Commentary, art. 25, párrs. 192 y ss., en particular, párrs. 197, 198: “Cuando el documento que constituye el fundamento del consentimiento se refiere a una inversión en el territorio de un Estado, se necesita cierto grado de flexibilidad. No todas las actividades de inversión se encuentran físicamente ubicadas en el Estado receptor. Esto ocurre, en particular, respecto de los instrumentos financieros. [...] Si un tratado incluye préstamos y reclamaciones de dinero en su definición de inversión, no sería realista exigir la presencia física en el Estado receptor o la transferencia de fondos hacia él [...] En los casos que involucran obligaciones financieras, la ubicación de la inversión a menudo puede determinarse por referencia al deudor y su ubicación. De esta manera, los instrumentos financieros emitidos por los Estados se encuentran ubicados en dicho Estado” [Traducción del Tribunal].

actividades específicos en el territorio del Estado receptor. Ninguna disposición del TBI Argentina-Italia contiene dicho “requisito de especificidad” que complementa al prerequisite de territorialidad²⁶⁰. Los Demandantes están en lo cierto al señalar que, al menos al comienzo, el producido de las emisiones de bonos estaba incluido en el presupuesto oficial de Argentina y que la legislación argentina pertinente debía prever que la finalidad de cada financiamiento debía ser autorizada y especificada por la ley (C IV § 45, 47)²⁶¹.

504. La medida y las maneras en que los fondos puestos a disposición de la Demandada se utilizaron efectivamente a fin de promover el desarrollo económico de Argentina no le incumbe a los Demandantes. Tampoco es pertinente si los Demandantes individuales, al momento de adquirir los derechos sobre títulos, realmente creían o sabían que estaban realizando “una inversión en Argentina”. Basta con saber que, en virtud del proceso de emisión de bonos y la circulación de bonos/derechos sobre títulos, los fondos se pusieron a disposición de la Demandada a efectos de promover su desarrollo económico, siendo esto suficiente para calificar la inversión en cuestión como una inversión realizada “en el territorio” de la Argentina.
505. Una vez más, el Tribunal considera que corresponde señalar que el Tribunal del caso *Abaclat* llegó a una conclusión similar según la cual

[n]o cabe duda de que los fondos generados a través del proceso de emisión de bonos en definitiva se pusieron a disposición de Argentina y sirvieron para financiar el desarrollo económico de ese país. Carece de pertinencia el que efectivamente se hayan destinado a reembolsar deudas preexistentes de Argentina o a financiar el gasto público. En ambos

²⁶⁰ Véase, asimismo, Decisión *Abaclat*, párr. 375: “Una cuestión adicional consiste en establecer si es necesario que una inversión de carácter exclusivamente financiero esté además vinculada con una empresa u operación económica específica existente en el territorio del Estado receptor. A la luz de la consideración que antecede de que, en el artículo 1 del TBI, Argentina e Italia designaron las operaciones en instrumentos financieros como un tipo de inversión expresamente cubierto por el TBI y, por lo tanto, se propusieron dotar a esa inversión de la protección del TBI, el Tribunal considera que habría sido contrario a la redacción y a la finalidad del TBI someter a una condición adicional la protección de los instrumentos de inversiones financieras”. [Traducción del Tribunal].

²⁶¹ Véase, asimismo, Decisión *Abaclat*, párr. 44, donde se menciona que la emisión de los bonos de deuda soberana de la Argentina, que se regían por la Ley N° 24.156 sobre Administración Financiera y de los Sistemas de Control (LAF), exigía que una ley específica autorizara el préstamo o que éste se incluyera en una autorización general contenida en la ley de presupuesto anual. Allí, *inter alia*, debía indicarse el “destino del financiamiento” (véase art. 60 de la LFA; véase, asimismo, C IV § 45, que se refiere al art. 56 de la LFA).

casos, Argentina los utilizó para realizar la gestión de sus finanzas, por lo cual debe considerarse que contribuyeron al desarrollo económico de Argentina y, por lo tanto, se efectuaron en ese país²⁶². [Traducción del Tribunal].

506. Por el contrario, el Tribunal no le atribuye especial importancia al hecho que los distintos contratos involucrados en la compleja maquinaria y en los distintos niveles del proceso de emisión de bonos se rijan por legislaciones distintas a las argentinas y sean susceptibles de ejecución en jurisdicciones fuera de Argentina. A los ojos del Tribunal, el argumento de los Demandantes en virtud del cual un proyecto de inversión físicamente ubicado en el territorio de la Demandada, pero en el que los contratos pertinentes contienen cláusulas de elección de foro y elección de derecho aplicable que señalan a otros ordenamientos jurídicos distintos del de Argentina, se consideraría un proyecto de inversión en el territorio de la Demandada (*C I §§ 287, 288; Tr pág. 199/2*) es convincente.
507. Asimismo, en la medida en que la Demandada alega que no podría ejercer derecho soberano alguno con relación a las supuestas inversiones de los Demandantes, al Tribunal no le convence este argumento. Cabe destacar que fue a través de la Ley N° 26.017²⁶³ que la Demandada persiguió influir en los términos de los bonos/derechos sobre títulos emitidos por ella. Además, ninguna disposición del Convenio CIADI o del TBI Argentina-Italia establece que una inversión podrá considerarse realizada en el territorio del Estado receptor sólo si dicho Estado puede ejercer derechos soberanos plenos o, en particular, de otro modo, control pleno respecto de tales inversiones.
508. En síntesis, el Tribunal está convencido de que, al analizar la operación de inversión en cuestión en su totalidad y en términos de sus realidades económicas, resulta difícil imaginar que la inversión se encuentre ubicada en un lugar que no sea Argentina. Si bien la Demandada indica correctamente que diversos “puntos de conexión” (*R IV pág. 15*) no señalan a Argentina, el Tribunal no puede suscribir la conclusión de la Demandada según la cual la inversión no se realizó en el territorio de la Demandada, puesto que los elementos decisivos, en particular, el hecho de que los fondos involucrados estuvieran

²⁶² Decisión *Abaclat*, párr. 378.

²⁶³ Véase nota 285 *infra*.

destinados a contribuir al desarrollo económico de Argentina y efectivamente se hubieran puesto a su disposición a tal efecto califican a las inversiones pertinentes al caso que nos ocupa como realizadas en Argentina.

509. En cuanto a los bonos/derechos sobre títulos, la única conclusión alternativa que puede extraerse consistiría en afirmar que estos no se encuentran ubicados en ningún lugar, dado que la Demandada no pudo señalar ninguna otra jurisdicción que tuviera vínculos más estrechos con las inversiones en cuestión. Sin embargo, esto implicaría que tales inversiones se encuentran completamente fuera de la protección del derecho de inversiones. No obstante, en lo que respecta al presente Tribunal, dicha posición no puede reconciliarse con la evidente intención de las Partes, al momento de concluir el TBI Argentina-Italia, de lograr que el art. 1(1) del TBI comprenda diversos tipos de obligaciones, incluidos los instrumentos financieros tales como bonos/derechos sobre títulos, en vista de la cual deben haber sabido que a menudo estos no tendrían una *ubicación* tan claramente identificable como la de una mina o planta industrial.
510. En consecuencia, el Tribunal concluye que los bonos/derechos sobre títulos en cuestión en el marco del presente procedimiento son inversiones realizadas en el territorio de Argentina a efectos del art. 1(1) del TBI Argentina-Italia.

8. Inversión realizada “de conformidad con el ordenamiento jurídico” de Argentina

511. Por último, la Demandada ha mencionado un requisito adicional contenido en el encabezamiento del art. 1(1) del TBI Argentina-Italia, a saber, que la inversión en cuestión debe realizarse “de conformidad con el ordenamiento jurídico” del Estado receptor, a fin de que una inversión se encuentre dentro del ámbito de aplicación *ratione materiae* del TBI.
512. El Tribunal no encuentra razón alguna por la cual las inversiones en cuestión no deberían considerarse como realizadas de conformidad con el ordenamiento jurídico del Estado receptor, es decir, Argentina. A lo largo del procedimiento, no se ha planteado ningún argumento ante el Tribunal según el cual los bonos/derechos sobre títulos habrían violado alguna disposición del derecho argentino.

513. Sin embargo, la Demandada alega que, conforme al art. 8(7) del TBI Argentina-Italia, el Tribunal “decidirá sobre la base del derecho de la Parte Contratante parte en la controversia -incluyendo las normas de esta última relativas a conflictos de leyes-, las disposiciones del presente Acuerdo, los términos de eventuales acuerdos particulares concluidos con relación a la inversión, como así también los principios de derecho internacional en la materia”. Asimismo, la Demandada argumenta que el derecho argentino establece que la validez y la naturaleza de los contratos celebrados fuera del territorio de Argentina se regirán por las leyes del lugar en que los contratos fueron celebrados, es decir, Italia, de modo tal que el derecho italiano debe aplicarse a los derechos sobre títulos del caso (*R I § 205; Tr pág. 151/20*).
514. En ese aspecto, el Tribunal suscribe a la posición del Tribunal del caso *Abaclat* que entiende que el art. 8(7) del TBI Argentina-Italia se refiere exclusivamente al derecho aplicable al fondo de la diferencia, pero no sirve como fundamento para ampliar la definición de inversión en los términos del art. 1(1) del TBI, ya que ambas disposiciones “tienen contextos y objetos diferentes”²⁶⁴.
515. El presente Tribunal recuerda con respecto a esto que ya abordó una cuestión relacionada, vinculada al consentimiento de los Demandantes y, en particular, relativa a la cuestión de la supuesta invalidez del Poder de Representación. El Tribunal concluyó que esta cuestión debe tratarse exclusivamente con base en el art. 25(1) del Convenio CIADI (como disposición pertinente a efectos de evaluar las cuestiones de jurisdicción), por oposición al art. 42 del Convenio que debe abordar el derecho aplicable al fondo de la diferencia²⁶⁵. En este contexto, el Tribunal adopta la posición en virtud de la cual un razonamiento análogo debería aplicarse *mutatis mutandis* a la cuestión objeto de debate en el caso que nos ocupa.
516. Asimismo, este resultado también tiene sentido a la luz del objeto y fin de esta disposición. El Tribunal coincide con el alegato de los Demandantes según el cual las disposiciones del derecho del Estado receptor contempladas por la cláusula “de

²⁶⁴ Véase Decisión *Abaclat*, párr. 383.

²⁶⁵ Véanse párrs. 233 y ss. *supra*.

conformidad con el ordenamiento jurídico” están esencialmente vinculadas a “las normas de derecho público o administrativo del Estado receptor que prohíben ciertas clases de inversión, o exigen que las mismas sean efectuadas respetando ciertos principios, destinados a proteger los intereses del Estado receptor” (C I § 300). Por lo tanto, cabe destacar que las operaciones económicas se encuentran excluidas de la esfera de las inversiones protegidas cuando no son compatibles con el *ordre public* del Estado receptor.

517. En conclusión, la cuestión de la jurisdicción *ratione materiae* con respecto a la cláusula “de conformidad con el ordenamiento jurídico” debe resolverse sobre la base exclusiva del art. 1(1) del TBI, es decir, por referencia al derecho argentino, y no invocando el art. 8(7) del TBI. Por consiguiente, puesto que nada indica que las disposiciones del derecho argentino hayan sido violadas por los bonos/derechos sobre títulos pertinentes al presente caso, el Tribunal debe concluir que este requisito de jurisdicción *ratione materiae* también se cumple.
518. Sin embargo, aún si fuera a adoptarse la posición según la cual el derecho de fondo de Italia era aplicable a la cuestión en disputa, esto no derivaría en un resultado diferente. Asumiendo hipotéticamente que las restricciones de venta respecto de los derechos sobre títulos contenidas en el derecho italiano tuvieran el alcance sugerido por la Demandada, la supuesta ilegalidad no habría sido incurrida por los Demandantes, sino por un tercero, a saber, los bancos e intermediarios financieros italianos. Además, esta ilegalidad habría sido incurrida a expensas de los propios Demandantes, y no en perjuicio de la Demandada. Dado que la cláusula “de conformidad con el ordenamiento jurídico” sirve para proteger el *ordre public* del Estado receptor, el Tribunal no advierte cómo tales violaciones del derecho italiano, aun si se demostrara que han tenido lugar, podrían afectar de forma negativa la calificación de las inversiones en cuestión como realizadas de conformidad con el ordenamiento jurídico del Estado receptor²⁶⁶.

²⁶⁶ En ese aspecto, véase, asimismo, Decisión *Abaclat*, párr. 385: “El incumplimiento de normas aplicables en que se basa la Demandada se refiere a supuestos incumplimientos de los bancos italianos, no de las Demandantes. Como ya se señaló, esos incumplimientos no deberían ser pertinentes a los efectos de examinar los derechos de las Demandantes y las obligaciones de Argentina en virtud del TBI. Por lo tanto, una supuesta transgresión cometida

519. Por consiguiente, de acuerdo con el art. 1(1) del TBI Argentina-Italia, los bonos/derechos sobre títulos se emitieron de conformidad con el ordenamiento jurídico de Argentina.

9. Conclusión

520. Luego de haber rechazado todas las excepciones preliminares de la Demandada en cuanto a la supuesta ausencia de jurisdicción *ratione materiae* y de haberse asegurado de que todos los requisitos a este respecto se han cumplido con relación a los bonos y los derechos sobre títulos pertinentes, tanto en virtud del art. 25 del Convenio CIADI como del art. 1(1) del TBI Argentina-Italia, el Tribunal concluye que, en lo que respecta al requisito de la existencia de una diferencia de naturaleza jurídica que surja directamente de una inversión, el Centro posee jurisdicción y, en consecuencia, el presente Tribunal goza de competencia para resolver el caso que nos ocupa.

por los bancos italianos no puede hacer ilegales los derechos sobre valores conforme al artículo 1(1) del TBI”.
[Traducción del Tribunal].

V. EXISTENCIA *PRIMA FACIE* DE RECLAMACIONES EN VIRTUD DE UN TRATADO

A. Posiciones de las Partes

1. Argumentos de la Demandada

521. La Demandada alega que ha sido bien establecido que una corte o tribunal internacional debe asegurarse, en la etapa de jurisdicción, que el caso presentado por el demandante puede encontrarse dentro de los límites del tratado invocado (*R I § 217; R III § 150; Tr pág. 106/7*). Con respecto a este denominado criterio *prima facie*, según la Demandada, las alegaciones de los Demandantes no pueden establecer violaciones a las disposiciones del TBI Argentina-Italia invocadas en la Solicitud (*R I § 219*). Los Demandantes no explican en ningún lugar el modo en que sus reclamaciones – primero, concentrándose en una reclamación por incumplimiento del pago de la deuda y, luego, recurriendo más aún a la Oferta de Canje 2005 y la Ley N° 26.017 (*R II §§ 362, 363*) – constituyen una violación del TBI Argentina-Italia (*R II 365*).
522. En este contexto, la Demandada señala que el Estado receptor es responsable del incumplimiento de un tratado de inversión sólo cuando actúa en ejercicio de su autoridad soberana o gubernamental y no meramente como una contraparte comercial (*R I § 220; R III § 153; Tr pág. 104/17*). A tal efecto, debe tenerse en cuenta la naturaleza del acto en cuestión y no su forma. El Estado puede haber actuado a través de leyes y decretos pero la naturaleza de tal acto, y más dentro del contexto del presente caso, puede ser comercial (*R III § 154; Tr págs. 111/8, 392/5*).
523. La Demandada insiste en que le era imposible ejercer autoridad soberana con respecto a los derechos sobre títulos de los Demandantes y los bonos subyacentes, ya que estos se rigen por el derecho extranjero y son exigibles en jurisdicciones extranjeras. Estos bonos y derechos títulos están, por lo tanto, más allá del ámbito de la jurisdicción legislativa de Argentina de modo tal que la Demandada no podía alterar ni alteró o canceló los derechos de los Demandantes. El poder soberano de un Estado de prescribir y ejecutar los derechos jurídicos se encuentra por definición limitado a su propia jurisdicción y, por ende, no puede afectar derechos regidos por las leyes de otros Estados o susceptibles de

ejecución en los tribunales extranjeros (*R I § 223; R II §§ 368, 373; R III § 155; Tr pág. 109/9*).

524. En particular, la Oferta de Canje que Argentina lanzó en 2005 fue absolutamente voluntaria en todo momento. Esta no fue sino una propuesta de pago y una oferta de reestructuración que los tenedores de derechos sobre bonos no estaban obligados —ni la Argentina pudo haberlos obligado— a aceptar. La Ley N° 26.017 no modifica sustancialmente los derechos sustantivos de aquellos que no aceptaron la Oferta de Canje 2005 (*R II §§ 369, 370; R III § 156; Tr pág. 110/11*).
525. En la medida en que los Demandantes alegan que hay jurisdicción sobre su reclamación por trato justo equitativo sobre la base de que Argentina se ha negado a cancelar y a reestructurar razonablemente sus deudas, dicha negativa a pagar no constituye fundamento de jurisdicción alguna porque la propia falta de pago no supone por si misma una violación del derecho internacional. Asimismo, según la Demandada, el trato justo y equitativo no prohíbe que los deudores ofrezcan opciones de cancelación de obligaciones en situaciones de necesidad y, en particular, que reestructuren sus deudas conforme a su verdadera capacidad de pago (*R I § 228; R II § 366; R III § 159*).
526. Las alegaciones que los Demandantes citan en sustento de su supuesta reclamación por expropiación son claramente erróneas, dado que los Demandantes no fueron privados de los bonos en cuestión, sino que continúan gozando de propiedad plena respecto de estos títulos. Estas alegaciones son simples aseveraciones de que Argentina no pagó a los Demandantes sus reclamaciones contractuales, una acción por falta de pago que no equivale a una expropiación en virtud del derecho internacional (*R I §§ 230, 231; Tr págs. 112/17, 398/8*).
527. Por último, en la medida en que los Demandantes pretenden invocar la cláusula de plena protección y seguridad en virtud del TBI Argentina-Italia a través de su cláusula de nación más favorecida, a los ojos de la Demandada, los Demandantes no presentan ningún argumento en cuanto a cómo esta cláusula permitiría la inclusión de un derecho extraño al TBI (*R I § 236*).

2. Argumentos de los Demandantes

528. Los Demandantes alegan que han establecido la violación *prima facie* de una serie de disposiciones del TBI Argentina-Italia (*Solicitud* §§ 39 y ss.; *C I* § 338; *C II* § 134; *Tr* pág. 169/17).
529. En primer lugar, al eliminar los derechos de los tenedores de bonos a capital e intereses y al negarse a restaurar sus derechos aún después de que la situación económica de Argentina volviera a la normalidad, la Demandada incurrió en una grave violación de la obligación de proteger las expectativas legítimas de los inversores y respetar la estabilidad del entorno de la inversión al igual que los requisitos de razonabilidad, proporcionalidad y debido proceso. Por consiguiente, la Demandada no cumplió con el deber de otorgar trato justo y equitativo en virtud del art. 2 del TBI Argentina-Italia (*Solicitud* §§ 40 y ss.; *C III* §§ 43, 44).
530. En segundo lugar, el hecho de que la Demandada haya utilizado sus poderes soberanos para privar a los tenedores de bonos de todos sus derechos económicos y no haya restituido sus derechos, constituye una violación de su obligación de abstenerse de adoptar medidas de expropiación de los derechos y bienes de los inversores, sin una indemnización adecuada, efectiva y sin demora, conforme lo establece el art. 5 del TBI Argentina-Italia (*Solicitud* §§ 51 y ss.; *C III* §§ 45, 46).
531. En tercer lugar, según los Demandantes, si bien no se encuentra expresamente prevista en el TBI, la obligación de protección y seguridad plenas es aplicable en este caso mediante la cláusula de nación más favorecida del art. 3 del TBI Argentina-Italia, que torna aplicable el art. 2(2)(a) del TBI Argentina-EE. UU. , el cual contiene dicha obligación. Esta obligación ha sido violada por la falta de provisión por parte de la Demandada de un marco jurídico seguro y transparente para los tenedores de bonos (*Solicitud* §§ 61 y ss.; *C III* §§ 47, 48).
532. Los Demandantes resisten el intento de la Demandada de reducir la controversia a una disputa contractual. De este modo, rechazan la defensa en virtud de la cual las reclamaciones planteadas en el marco del presente arbitraje se encuentran vinculadas a un

simple incumplimiento de una obligación de pago, que, como tal, no puede caracterizarse como una violación del TBI, y según la cual los actos de la Argentina impugnados por los Demandantes no se llevaron a cabo en ejercicio de la capacidad soberana de la Demandada (*C I § 323; C III § 51; Tr pág. 172/8*). Por el contrario, el caso que nos ocupa se trata precisamente de las consecuencias de un acto legislativo por parte de Argentina, a saber, la Ley N° 26.017, que derivó en la extinción - total e irreversible - de los derechos de los Demandantes. Un acto legislativo es la manifestación más típica de un acto soberano (*C I §§ 328, 329; C II § 127, 130*), ya que los titulares no participantes perdieron sus derechos en virtud de los bonos (*C II § 132*). Por lo tanto, la situación en cuestión no se trata de un incumplimiento contractual común, sino de una violación directa y paradigmática de una obligación de un Tratado (*C I § 332; C IV § 71*).

533. En este aspecto, el hecho que se estipulara que los bonos/derechos sobre títulos se registrarían por una ley extranjera y estarían sometidos a la jurisdicción de tribunales extranjeros no es suficiente para excluirlos de la jurisdicción legislativa de la Demandada. Argentina era al mismo tiempo deudora de los bonos y titular del poder soberano sobre su territorio y mantenía la facultad plena de modificar sus obligaciones (*C I § 330; C II § 130; C III § 52; Tr pág. 173/9*).

B. Conclusiones del Tribunal

534. Si bien las Partes coinciden en que existe una “diferencia de naturaleza jurídica” en los términos del art. 25(1) del Convenio CIADI (*Tr pág. 174/19*), se pone en duda el hecho de si las reclamaciones planteadas ante el Tribunal se encuentran dentro de la esfera de protección del TBI Argentina-Italia. En este aspecto, la Demandada alega que las reclamaciones en cuestión son simplemente de carácter contractual y no surgen de derechos y obligaciones contenidos en el TBI, mientras que los Demandantes afirman lo contrario. En particular, los Demandantes solicitan que el Tribunal declare que “la Demandada no ha cumplido con sus obligaciones internacionales en virtud del TBI y del derecho internacional al no garantizar trato equitativo y protección y seguridad plenas a sus inversiones y al expropiar dichas inversiones sin indemnización adecuada, efectiva y sin demora” [Traducción del Tribunal] (*Solicitud § 90*).

535. Cualquiera sea la posición que quiera adoptarse en este aspecto, la Demandada alega correctamente que todo tribunal internacional debe asegurarse, en la etapa de jurisdicción, de que el caso presentado por el demandante puede estar dentro de los límites del tratado invocado en el marco de la disputa en cuestión (*R I § 217; R III § 150*), es decir, en el caso que nos ocupa, el TBI Argentina-Italia. Esto hace referencia al denominado criterio *prima facie*, ejercicio que el Tribunal realizará a continuación.
536. Con respecto a esto, el Tribunal toma nota del hecho de que el Tribunal del caso *Abaclat* se ha embarcado en un análisis convincente de las cuestiones en disputa²⁶⁷, principalmente con relación a las mismas disposiciones del TBI Argentina-Italia que también son invocadas por los Demandantes en este caso. Siguiendo su enfoque general a fin de inspirarse en la Decisión *Abaclat*, toda vez que corresponda²⁶⁸, el presente Tribunal considera tanto legítimo como útil recurrir al razonamiento de su par al momento de abordar la cuestión de la existencia *prima facie* de reclamaciones en lo sucesivo.

1. Fundamento del criterio *prima facie*

537. Como el Tribunal del caso *Abaclat* declaró en forma convincente, “de acuerdo con la práctica generalmente aceptada, la tarea del Tribunal, en la etapa de determinación de si posee jurisdicción para entender en una reclamación basada en un tratado de inversiones, consiste exclusivamente en establecer si los hechos alegados por los demandantes, si se prueban, pueden constituir la violación de las disposiciones del TBI invocadas”²⁶⁹. [Traducción del Tribunal]. Asimismo, el Tribunal del caso *Abaclat* continúa de la siguiente manera: “Al cumplir esa tarea, el Tribunal aplica un criterio *prima facie* para determinar el significado y el alcance de las disposiciones pertinentes del TBI invocadas y para evaluar la cuestión de si los hechos alegados, tal como han sido enunciados, pueden constituir violaciones de esas disposiciones. En los términos utilizados por el

²⁶⁷ Véase, en particular, Decisión *Abaclat*, párrs. 311-332.

²⁶⁸ Véase párr. 12 *supra*.

²⁶⁹ Decisión *Abaclat*, párr. 303, que hace referencia al caso *Saipem S.p.A. c. Bangladesh*, Caso CIADI N° ARB/05/07, Decisión sobre Jurisdicción y Recomendación sobre Medidas Provisionales, 21 de marzo de 2007, párrs. 84 y ss, en particular, párr. 91.

tribunal que entendió en el caso *Saipem c. Bangladesh*, — ‘si el resultado es afirmativo, se habrá probado la existencia de jurisdicción, pero subsistirá el litigio sobre la existencia de incumplimiento, que se resolverá en la etapa de consideración del fondo del asunto’”²⁷⁰ [traducción del Tribunal].

538. En la misma línea, se ha afirmado que:

[e]l criterio *prima facie* se encuentra firmemente establecido como el umbral aplicable a fin de determinar la jurisdicción *ratione materiae* en el marco de casos en virtud de tratados de inversión. La formulación del enfoque y de la prueba *prima facie*, que parece más aceptada, es la siguiente: “El tribunal debería estar seguro de que, si finalmente se demostrara que los hechos alegados por el demandante son ciertos, ellos podrían encontrarse dentro de los límites (o estar comprendidos dentro de su ámbito de aplicación) (o constituir una violación) del tratado de inversión”. Esta formulación ha recibido especial apoyo de parte de los tribunales que entendían en los casos *Salini c. Jordania*, *Impregilo c. Pakistán* y *Saipem c. Bangladesh*. Se ha dicho que las diferencias semánticas de redacción entre ‘encontrarse dentro’, ‘estar comprendido dentro’ o ‘constituir una violación de’ revisten escasa importancia²⁷¹ [Traducción del Tribunal].

539. Asimismo, se ha declarado que:

Los tribunales han desarrollado una práctica en virtud de la cual ellos aplicarán una prueba *prima facie* en cuanto al fondo del caso en la etapa de determinación de la jurisdicción. En particular, se aplica cuando la reclamación alega la violación de un tratado invocado como fundamento de jurisdicción [...] [La prueba] requiere que los hechos alegados por la demandante, si se establecen, puedan constituir el fundamento de la violación de un tratado. Los tribunales han aplicado esta prueba en un gran número de casos. En principio, no parece ser una cuestión controvertida²⁷² [Traducción del Tribunal].

²⁷⁰ Decisión *Abaclat*, párr. 303, que hace referencia al caso *Saipem c. Bangladesh* mencionado *supra*, párr. 91.

²⁷¹ A. Sheppard, The Jurisdictional Threshold of a Prima-Facie Case, en: P. Muchlinksi et al., The Oxford Handbook of International Investment Law, Oxford 2008, 932, en 960, que hace referencia a *Salini Costruttori S.p.A. e Italstrate S.p.A. c. Marruecos*, Caso CIADI N° ARB/00/4, Decisión sobre Jurisdicción, 23 de julio de 2001, párr. 151; *Impregilo, S.p.A. c. Pakistán*, Caso CIADI N° ARB/03/3, Decisión sobre Jurisdicción, 22 de abril de 2005, párrs. 237-254; *Saipem S.p.A. c. Bangladesh*, Caso CIADI N° ARB/05/7, Decisión sobre Jurisdicción y Recomendación sobre Medidas Provisionales, 21 de marzo de 2007, párrs. 84-91.

²⁷² Schreuer, ICSID Convention Commentary, art. 41, párrs. 86, 87, con referencias adicionales; véase, asimismo, *ibídem*, art. 41, párrs. 88-92, y art. 42, párrs. 117, 118.

540. El criterio *prima facie* comúnmente se remonta al Fallo de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el marco del caso *Mavrommatis*²⁷³ y al Fallo de la Corte Internacional de Justicia en el contexto del caso *Ambatielos*²⁷⁴ al igual que, en particular, al Fallo de 1996 sobre Excepciones Preliminares de dicha Corte en el marco del caso *Plataformas Petrolíferas*²⁷⁵ y las Opiniones Separadas de los Jueces Shahabuddeen y Higgins en dicho caso²⁷⁶.

2. Supuestas violaciones del TBI Argentina-Italia

541. Con el criterio anterior en mente, a efectos de asegurarse de su jurisdicción, el Tribunal debe determinar que, si finalmente se demostrara que los hechos alegados por los Demandantes son ciertos, aquellos podrían constituir una violación del TBI Argentina-Italia. El presente Tribunal comparte la opinión del Tribunal del caso *Abaclat* según la cual “[a]l cumplir esa tarea, el Tribunal aplica un criterio *prima facie* tanto para determinar el significado y el alcance de las disposiciones pertinentes del TBI invocadas como para evaluar la cuestión de si los hechos alegados, tal como han sido enunciados, pueden constituir violaciones de esas disposiciones”²⁷⁷ [Traducción del Tribunal].
542. Los Demandantes afirman que – en virtud de los actos de la Demandada con relación a su cesación de pagos de diciembre de 2001 y su posterior negociación con sus acreedores, en particular, respecto de la Oferta de Canje 2005 y mediante la sanción de la Ley N° 26.017 y otros actos legislativos y regulatorios adoptados en este contexto – han sido objeto de distintos tipos de violaciones del TBI Argentina-Italia, especialmente, respecto de lo siguiente: a) el deber de la Demandada de otorgar a los Demandantes trato justo y

²⁷³ *Concesiones Palestinas Mavrommatis (Grecia c. Reino Unido)*, Fallo, 30 de agosto de 1924, PCIJ Series A, N° 2, 16.

²⁷⁴ *Ambatielos (Grecia c. Reino Unido)*, Fondo: Obligación de Arbitraje, Fallo, ICJ Reports 1952, 10, 18.

²⁷⁵ Véase *Plataformas Petrolíferas (Irán c. EE. UU.)*, Excepciones Preliminares, Fallo, ICJ Reports 1996, 803, párrs. 16 y ss.

²⁷⁶ Véase *ibídem*, 822 y ss. y 847 y ss. (en particular, en 586, párr. 33); véase, asimismo, *Sheppard*, The Jurisdictional Threshold of a Prima-Facie Case (nota 266) 934-938; *Schreuer*, ICSID Convention Commentary, art. 41, párr. 86; *Zeiler*, Jurisdiction, Competence, and Admissibility Claims in ICSID Arbitration Proceedings, en: C. Binder et al. (eds.), *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford, 2009, 76, en 86, 87.

²⁷⁷ Decisión *Abaclat*, párr. 311.

equitativo conforme al art. 2(2) del TBI, b) su obligación en virtud del art. 5 del TBI de no expropiar las inversiones de los Demandantes sin el pago de indemnización adecuada, efectiva y sin demora, al igual que c) su deber de otorgar a los Demandantes protección y seguridad plenas en virtud de la cláusula de trato de nación más favorecida prevista en el art. 3(1) del TBI conjuntamente con el art. 2(2)(a) del TBI Argentina-EE. UU.

543. En lo que respecta al argumento en contrario de la Demandada según el cual, cualesquiera sean los actos que pudiera haber establecido, ellos no representaban más que la falta de pago de una deuda contractual y una oferta de reestructuración absolutamente voluntaria y, por lo tanto, sólo darían lugar a un reclamo *contractual*, pero no a una reclamación en virtud de un tratado, el Tribunal considera que no fue tanto el incumplimiento de la obligación de pago, sino el uso por parte de la Demandada de sus prerrogativas soberanas al momento de la reestructuración de su deuda, incluida, en particular, la adopción de la Ley N° 26.017, lo que califica a los actos de la Demandada como posibles violaciones del TBI Argentina-Italia y, por consiguiente, reclamaciones en virtud de un *tratado*.
544. Esta distinción es pertinente ya que, como también se reconoció en el marco del caso *Abaclat*, por lo general, se admite que, con respecto a una reclamación en virtud de un TBI,

un tribunal arbitral carece de jurisdicción cuando esa reclamación es puramente contractual [...] En el contexto de reclamaciones surgidas de una relación contractual, la jurisdicción del tribunal con respecto a reclamaciones basadas en TBI solo se da, en principio, en los casos en que, además del supuesto incumplimiento contractual, el Estado receptor viola obligaciones que haya asumido en virtud de un tratado pertinente. [...]

Una reclamación ha de considerarse como puramente contractual si el Estado receptor que sea parte de un contrato específico falta al cumplimiento de obligaciones surgidas exclusivamente en virtud de ese contrato. Ello no ocurre si el Estado receptor, a través de un acto soberano, altera unilateralmente el equilibrio del contrato y las disposiciones que él contiene. Así sucede cuando las circunstancias y/o el comportamiento de dicho Estado parecen emanar del ejercicio de su potestad como Estado soberano. Si bien el ejercicio de esa potestad puede influir sobre el contrato y sobre su equilibrio, su origen y su naturaleza son totalmente extraños al contrato.

La Ley de Emergencia²⁷⁸ surtió el efecto de modificar unilateralmente las obligaciones de pago de Argentina [...].

En el presente caso, la situación es un tanto peculiar, ya que el deudor es un Estado soberano. Argentina, que se consideró insolvente, decidió promulgar una ley que le permitía no cumplir parte de sus obligaciones, que Argentina había asumido antes de dicha promulgación, y establecía en forma soberana las modalidades y condiciones de esa liberación. Ese comportamiento emana del ejercicio, por Argentina, de potestades soberanas. Por lo tanto, lo dispuesto por Argentina se basó en las potestades soberanas de la Demandada: no se basó en fundamentos o mecanismos contractuales ni emana de ellos.

En otros términos, la presente controversia no surge del mero hecho de que Argentina haya faltado al cumplimiento de las obligaciones de pago que le imponían los bonos, sino del hecho de que intervino en forma soberana, en virtud de sus potestades como Estado, para modificar sus obligaciones de pago frente a sus acreedores en general, incluidas, sin carácter limitativo, las Demandantes.

[...] [Por lo tanto,] la controversia y, en especial, las reclamaciones de las Demandantes y la defensa de la Demandada frente a ellas guardan relación con las medidas que adoptó Argentina para remediar su insolvencia financiera. Esas medidas se basaron en una decisión soberana de Argentina, ajena a un marco contractual y, por lo tanto, fueron la expresión de su potestad como Estado, y no de sus derechos u obligaciones como deudora en virtud de determinado contrato²⁷⁹. [Traducción del Tribunal].

545. A la luz de este razonamiento de su par con el cual el presente Tribunal coincide plenamente, en definitiva, los intentos de la Demandada de presentar sus acciones como si operaran exclusivamente a nivel contractual y no como equivalentes al uso del poder soberano no son convincentes.
546. En particular, esto es cierto respecto del argumento según el cual aun cuando un Estado actúa a través de leyes y decretos, esto no implicaría necesariamente el ejercicio de autoridad gubernamental o soberana, sino que también podría constituir un acto de naturaleza comercial. En función de lo que se ha dicho anteriormente, cualesquiera sean los tipos de actos legislativos y las distintas consecuencias jurídicas engendrados por ellos que pudieran preverse, la Ley N° 26.017 y los actos legislativos y regulatorios

²⁷⁸ Esta hace referencia a la Ley N° 26.017; véase Decisión *Abaclat*, párr. 78 y nota 335 *infra*.

²⁷⁹ Decisión *Abaclat*, párrs. 316, 318, 321, 323-325.

vinculados efectivamente modificaron la obligación de pago de la Demandada en forma unilateral.

547. Con relación a ello, como alega la Demandada, bien puede ser cierto que los bonos/títulos de deuda en cuestión en el marco del presente procedimiento se rijan por el derecho extranjero y sean susceptibles de ejecución en jurisdicciones extranjeras. No obstante, en la medida en que la Demandada pretende concluir a partir de la existencia de dichas cláusulas de elección de foro y elección de derecho aplicable que, por definición, tales instrumentos se encontraban fuera del alcance de la jurisdicción legislativa de Argentina, el presente Tribunal no puede seguir este razonamiento. Si bien es evidente que la Demandada no podía modificar los términos de los derechos y obligaciones legales como si surgieran de distintas legislaciones y jurisdicciones, sin embargo si podía influir en los bonos/derechos sobre títulos dentro del alcance de la jurisdicción (en particular, territorial) de la Demandada, a modo de ejemplo, prohibiendo legalmente que las autoridades ejecutivas celebraran acuerdos de conciliación respecto de las reclamaciones en cuestión o, en el supuesto de que se le presentara un bono “antiguo”, ordenando a las autoridades judiciales locales que sustituyeran *ipso jure* los antiguos bonos por los bonos recientemente emitidos²⁸⁰.

548. Por lo tanto, no resulta descabellado concluir – en particular, teniendo en cuenta que a esta altura del procedimiento el Tribunal debe aplicar el estándar *prima facie* – que es plausible entender que dicho curso de acción ha alterado unilateralmente el equilibrio contractual y ha trascendido el ámbito de la acción exclusivamente no soberana. En consecuencia, a la luz de esta evaluación *prima facie*, el Tribunal no se encuentra en presencia de una reclamación puramente contractual, sino de una reclamación en virtud de un tratado. Los actos de la Demandada relativos a su cesación de pagos de diciembre de 2001 y sus posteriores acciones, incluidas, especialmente, la sanción de la Ley N° 26.017, bien pueden haber sido equiparable, tal como alegaran los Demandantes, a la violación de al menos una de las disposiciones del TBI Argentina-Italia que los Demandantes han invocado en el procedimiento que nos ocupa.

²⁸⁰ Con respecto a los arts. 3 y 6 de la Ley N° 26.017, véanse notas 285 y 286 *infra*.

549. En este contexto, el presente Tribunal apoya plenamente las conclusiones pertinentes del Tribunal del caso *Abaclat*:

El Tribunal considera *prima facie* que [los] hechos [mencionados anteriormente], si se prueban, pueden llegar a constituir la violación de por lo menos una de las disposiciones del TBI invocadas por las Demandantes; en especial: [...] La promulgación y la aplicación arbitrarias de reglamentos y leyes pueden, en ciertas circunstancias, representar un tratamiento injusto y contrario a la equidad, e incluso un acto de expropiación si las nuevas regulaciones privan a un inversor del valor o la rentabilidad de su inversión²⁸¹. [Traducción del Tribunal].

3. Conclusión

550. De este modo, el Tribunal concluye a esta altura del procedimiento que los alegatos de los Demandantes y los hechos en los que tales alegatos se basan son, en el supuesto de que queden probados, susceptibles de constituir una violación de las disposiciones del TBI invocadas por los Demandantes. En caso de ser necesario y en dicha medida, la cuestión que consiste en determinar si la presentación de los hechos por parte de los Demandantes es precisa será examinada durante la etapa de fondo del procedimiento.
551. Asimismo, el Tribunal concluye que, a la luz de su evaluación *prima facie*, los actos de la Demandada, como alegan los Demandantes, comprenden el ejercicio de autoridad soberana por parte de la Demandada y, dentro de la esfera de protección del TBI Argentina-Italia, constituyen reclamaciones en virtud de un tratado. En consecuencia, a efectos de esta evaluación *prima facie*, las reclamaciones en cuestión surgen de los derechos y obligaciones contenidos en el TBI Argentina-Italia de modo tal que la controversia que nos ocupa se encuentra dentro del ámbito de la jurisdicción *ratione materiae* del Centro y de la competencia del presente Tribunal.

²⁸¹ Decisión *Abaclat*, párr. 314.

VI. EL CUMPLIMIENTO CON EL ARTÍCULO 8 DEL TBI ARGENTINA-ITALIA. LOS PRERREQUISITOS DE CONSULTAS AMISTOSAS Y RECURSO A LOS TRIBUNALES ARGENTINOS

A. Posiciones de las Partes

1. Argumentos de la Demandada

552. La Demandada argumenta que el art. 8 del TBI Argentina-Italia establece un sistema de resolución de disputas secuencial de múltiples capas (*R I § 269; R II § 429; R III § 88*). Da lugar a requisitos jurisdiccionales obligatorios; cuya violación implica un impedimento para la jurisdicción del Tribunal (*Tr pág. 25/21*). Dado que los prerequisites del art. 8 del TBI deben cumplirse para que se pueda considerar que Argentina ha prestado su consentimiento para el arbitraje a través del TBI, y dado que los Demandantes han incorrectamente pasado por alto los dos primeros pasos (es decir, las consultas amistosas y el recurso a los tribunales argentinos), Argentina no ha prestado su consentimiento, y el Centro carece de jurisdicción (*R I § 273; R II § 431; R III § 84*).
553. Respecto del requisito de las *consultas amistosas* del art. 8(1), la Demandada señala que los Demandantes han reconocido que no han intentado resolver las reclamaciones que alegan contra Argentina (*R I § 271*). Asimismo, la Demandada aduce que ha realizado consultas de buena fe con innumerables grupos de acreedores y compradores desde la cesación de pagos en el año 2001, y que la Oferta de Canje de 2005 fue producto de estas conversaciones sustanciales y reflejó los aportes de muchos grupos de acreedores (*R I §§ 278, 279; R II §§ 459, 460; Tr pág. 436/5*). Por otra parte, la Ley N° 26.017 no convirtió los acuerdos con Argentina en algo imposible o inefectivo. Sólo exigió el consentimiento del poder legislativo para los acuerdos corroborados por la reapertura de la Oferta de Canje en 2010 (*R I § 280; R II § 462*). Argentina también aduce que los Demandantes podrían haber intentado negociar con la Demandada antes de que se aprobara la Ley N° 26.017 (*R II § 461; Tr pág. 38/9*).
554. Asimismo, la Demandada considera que el requisito de *recurso a los tribunales locales* por un plazo de 18 meses es obligatorio. Se trata de una precondition para el arbitraje internacional de conformidad con el art. 8(3) del TBI Argentina-Italia (*R I §§ 283, 286*,

- 287). La Demandada destaca en este respecto que los Demandantes no niegan el hecho de que no sometieron sus reclamaciones al entendimiento de los tribunales argentinos (*R I § 282*).
555. Asimismo, la Demandada objeta que los Demandantes puedan invocar “la llamada excepción de ineffectividad” (*R I § 288*). En este respecto, la Demandada aduce que los Demandantes se equivocan al reclamar por ineffectividad sobre la base de que sería imposible que los tribunales argentinos resolvieran la disputa dentro del plazo de 18 meses. Por empezar, dista de ser imposible que los tribunales argentinos resuelvan un caso similar al que nos ocupa en 18 meses (*R I §§ 289, 293*). Y lo que es más importante, el art. 8(3) del TBI no exige que la disputa se *resuelva* dentro del plazo allí establecido, sino sólo que la disputa se *someta* a los tribunales internos (*R I §§ 291, 294; R II § 466; R III § 94*).
556. En opinión de la Demandada, existen al menos dos motivos para la inclusión del requisito del recurso a los tribunales internos en el TBI Argentina-Italia: Por un lado, las Partes Contratantes tuvieron la intención de dar a los tribunales locales la oportunidad de resolver una disputa antes de que se pudiera someter al arbitraje internacional para que las autoridades judiciales tuvieran la oportunidad de revisar –y, si correspondiera, de corregir– los actos del Gobierno antes de poner en marcha las complicaciones y las consecuencias asociadas con el arbitraje internacional en materia de inversión. La disposición le otorga al Estado receptor la oportunidad de tratar el supuesto hecho ilícito dentro del marco de su sistema jurídico interno, para evitar la eventual responsabilidad internacional causada por ello. Por otra parte, las Partes Contratantes podrían tener la oportunidad de resolver la controversia en sus territorios en un período de tiempo menor que el del arbitraje internacional (*R I §§ 292, 293; R II §§ 467, 468*).
557. Respecto de la referencia de los Demandantes a la Ley N° 26.017, Argentina sostiene que esta Ley de ningún modo inhibe a los Demandantes de someter la disputa a los tribunales locales (*R I § 297*). Asimismo, la Demandada considera que la referencia de los Demandantes a la Sentencia pronunciada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Argentina en el marco del caso *Galli* en el año 2005²⁸² y su progenie son infructuosas, ya que se trataba de un caso meramente interno. En virtud del art. 75, inciso 22 de la Constitución de la Nación Argentina, los tratados internacionales, como el TBI Argentina-Italia, tienen una jerarquía superior a la del derecho nacional en la jerarquía legal²⁸³. Por consiguiente, los Demandantes podrían haber invocado el TBI ante los tribunales argentinos a fin de que los tribunales anularan la Ley N° 26.017 por inconstitucional (suponiendo que no fuera conforme con las obligaciones internacionales de Argentina, lo que la Demandada objeta) (*R I* § 296; *R II* § 473; *Tr págs. 40/19, 449/13, 451/16*).

558. Respecto de los argumentos de los Demandantes acerca de la ineffectividad debido a los elevados costos de entablar un proceso ante los tribunales locales, Argentina sostiene que el mero hecho de que tal recurso pueda ser oneroso o podría hacer que el inversor incurra en costos no invalida el requisito de que los Demandantes cumplan con las condiciones del art. 8 del TBI. Los costos elevados no implican que la opción de recurso local sea inútil, sino simplemente costosa (*R II* §§ 470, 471). Asimismo, la Demandada sostiene que los recursos planteados ante los tribunales argentinos no son costosos (*Tr pág. 452/11*). Cualquier costo que un inversor debiera enfrentar para cumplir con las condiciones del TBI y que considerara irrazonable, podría luego intentar recuperarlo a través de su reclamación frente al tribunal arbitral internacional (*R III* § 114).
559. En lo que concierne al argumento de la cláusula de la nación más favorecida (en adelante, la “cláusula NMF”) esgrimido por los Demandantes, la Demandada aduce que, en primer lugar, la cláusula NMF no se aplica a los mecanismos de solución de controversias (*R I* § 272; *R II* § 477). En segundo lugar, la cláusula NMF sólo se aplica a las inversiones en el territorio argentino (*R II* § 491). En tercer lugar, incluso si la cláusula se aplicara a las disposiciones de resolución de controversias, los Demandantes no han demostrado que

²⁸² Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Galli, Hugo G. y otro/Poder Ejecutivo Nacional s/ amparo*, Sentencia Definitiva, 5 de abril de 2005 (Fallos: 328:690), Caso N° G. 2181 XXXIX; véase Anexo CLA 37.

²⁸³ Constitución Argentina, promulgada por el Congreso General Constituyente el 1 de mayo de 1853, reformada por la Convención Nacional “ad hoc” el 25 de septiembre de 1860 y con las Reformas de las Convenciones de 1866, 1898, 1957 y 1994, Art. 75 inciso 22: “Corresponde al Congreso [...] Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.”

las disposiciones de resolución de controversias del TBI Argentina-EE. UU.²⁸⁴, en particular el art. VII(3), sean más favorables que las del TBI Argentina-Italia. En particular, el hecho de que se les exija a los Demandantes intentar primero resolver la cuestión en los tribunales internos no puede ser considerado como tratamiento menos favorable (*R II* §§ 494, 495).

2. Argumentos de los Demandantes

560. Los Demandantes aceptan que las Partes tienen la obligación, de conformidad con el art. 8 del TBI Argentina-Italia, de recurrir a las consultas amistosas y a los tribunales locales antes de someter la controversia al arbitraje internacional (*Tr pág.* 232/16). No obstante, en su opinión, esta disposición no establece requisitos jurisdiccionales obligatorios, sino que sólo proporciona prerequisites procesales que no necesitan ser seguidos de forma estricta. Por consiguiente, la falta de satisfacción de los mismos no menoscaba la jurisdicción de los tribunales del CIADI (*C I* § 382; *C II* § 164). Según los Demandantes, estos prerequisites procesales constituyen un paso previo razonable a fin de evitar un arbitraje internacional, el cual podría resultar inútil si se pudieran encontrar otras soluciones, más simples o menos costosas, a la controversia. Sin embargo, la posibilidad de recurrir al arbitraje internacional no debería ser puesta en peligro indebidamente ni dilatada, cuando no existen expectativas realistas de que los otros medios para la resolución de disputas resulten viables o exitosos (*C I* § 379). Los Demandantes sostienen que, en el caso que nos ocupa, el recurso a los mecanismos indicados en el art. 8(1) y (2) del TBI habría resultado ser de la mayor inutilidad, dado que no había oportunidad prometedora de que las partes llegaran a un acuerdo sobre la presente controversia o de obtener justicia en los tribunales de Argentina (*C I* § 388).
561. Respecto del prerequisite de las *consultas amistosas* en particular, de conformidad con el art. 8(1) del TBI, los Demandantes aducen que la Demandada siempre se ha mostrado hostil y poco dispuesta a colaborar con ellos (*Solicitud* § 87). Los Demandantes refutan el argumento de que la Oferta de Canje de 2005 demostró la voluntad de Argentina de

²⁸⁴ Tratado entre la República Argentina y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, de fecha 14 de noviembre de 1991; véase Anexo CA 39 (en adelante, el “TBI Argentina-EE. UU.”).

consultar a los tenedores de bonos, dado que los términos de la Oferta fueron elaborados de manera unilateral por Argentina y luego impuestos a los tenedores de bonos quienes no participaron en las negociaciones (*C I §§ 391 y ss.; C II § 170; Tr pág. 233/7*).

562. Según los Demandantes, la posibilidad de alcanzar una resolución amistosa se vio finalmente imposibilitada por el Art. 3 de la Ley N° 26.017, que prohíbe a la Demandada realizar cualquier acuerdo judicial, extrajudicial o privado con los tenedores de bonos que no participaron de la Oferta de Canje de 2005 (*Solicitud § 87; C I §§ 393 y ss; C II § 178; Tr pág. 235/22; C III § 174*). Los Demandantes consideran que la falta de consultas con anterioridad a la sanción de la Ley N° 26.017 es irrelevante, dado que las consultas son requeridas antes del inicio del procedimiento arbitral internacional, de modo que los Demandantes ciertamente no estaban obligados a realizar consultas antes del año 2005 (*Tr págs. 235/12, 482/11; C III § 173*). Dado que el art. 8(1) del TBI Argentina-Italia sólo establece que debe procurarse un arreglo amistoso “en la medida de lo posible”, no puede culparse a los Demandantes de no haber recurrido a las consultas, ya que éstas eran imposibles (*C I § 387; C II § 180*).
563. Respecto del prerequisite de *recurrir a los tribunales locales* del Estado receptor por un período de 18 meses antes de recurrir al arbitraje internacional, de conformidad con el art. 8(2) del TBI, los Demandantes han sostenido que no se trata de un requisito obligatorio, sino que es simplemente una opción para el inversor (*C I § 398*). A tal efecto, los Demandantes invocan la redacción de la disposición según la cual la controversia “podrá” ser sometida a los tribunales. Los Demandantes comparan esta redacción con la del art. 10 del TBI Argentina-Alemania (“será sometida”), que fue pertinente en el marco del caso *Wintershall*, y pretenden diferenciar ese caso del presente invocando ese fundamento (*C I §§ 385, 387*).
564. Además, incluso si se considerara que el recurso a los tribunales locales fuera obligatorio, los Demandantes argumentan que el inicio de acciones legales ante los tribunales argentinos habría sido enteramente inútil, por sendos motivos: En primer lugar, es ciertamente imposible que los tribunales locales decidan un caso de esta magnitud en tan sólo 18 meses (*Solicitud § 89; C I § 419; C II §§ 208, 211; Tr pág. 240/22*).

565. En segundo lugar, los Demandantes consideran que la Ley N° 26.017, en particular en sus arts. 3²⁸⁵ y 6²⁸⁶, es absolutamente categórica al cerrar la puerta a cualquier posibilidad de que los Demandantes obtuvieran una reparación ante los tribunales de Argentina (*Solicitud* § 88; *C I* § 411; *C II* § 201). Esto se puede corroborar con la postura legal tomada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en la sentencia mencionada *supra*, dictada en el marco del caso *Galli*²⁸⁷, que demuestra que cualquier tenedor de bonos que intente obtener el pago recurriendo a los tribunales de Argentina se enfrentará al rechazo de sus reclamaciones, de modo que recurrir a los tribunales argentinos habría sido totalmente inútil y frustrante (*C I* §§ 415, 418; *C II* § 203; *Tr* pág. 237/14). Asimismo, los Demandantes refutan el argumento de la Demandada de que el caso *Galli* se relacionó únicamente con casos locales y de que los Demandantes podrían haber presentado sus reclamaciones ante los tribunales argentinos sobre la base de la supremacía del TBI Argentina-Italia sobre la Ley N° 26.017, en virtud del art. 75 inciso 22 de la Constitución de la Nación Argentina (*C II* § 204; *Tr* pág. 240/5; *C III* § 179). En *Galli*, la Corte Suprema declaró que la legislación de reestructuración era una

²⁸⁵ Ley N° 26.017, Art. 3: “Prohíbese al Estado nacional efectuar cualquier tipo de transacción judicial, extrajudicial o privada, respecto de los bonos a que refiere el artículo 1° de la presente ley.” (para ver el original en español, véase el Anexo RA 72). Véase también la traducción proporcionada por la Demandada: “The national Government is precluded from entering into in [*sic*] any type of judicial, extra-judicial or private settlement with respect to the bonds to which Article 1 of the present law refers” (Anexo RA 72). Las traducciones suministradas por los Demandantes dicen: “It is prohibited to the National Government to make any kind of [*C II*: The national Government is precluded from entering into in (*sic*) any type of] judicial, out-of-court or private settlement, in respect of the bonds referred to in article 1 of this Act [i.e. the bonds that were not tendered for exchange in the 2005 Exchange Offer].” (*C I* § 393, n. 326; *C II* § 174 n. 76).

²⁸⁶ Ley N° 26.017, Art. 6: “Sin perjuicio de lo establecido precedentemente, los bonos del Estado nacional elegibles de acuerdo a lo dispuesto por el Decreto N° 1735/04, depositados por cualquier causa o título a la orden de tribunales de cualquier instancia, competencia y jurisdicción [...] quedarán reemplazados, de pleno derecho, por los ‘BONOS DE LA REPÚBLICA ARGENTINA A LA PAR EN PESOS STEP UP 2038’, en las condiciones establecidas para la asignación, liquidación y emisión de tales bonos por el Decreto N° 1735/04 y sus normas complementarias.” La traducción al inglés suministrada por la Demandada dice: “Notwithstanding the above established, the bonds of the national Government eligible under the terms of Decree No. 1735/04, deposited pursuant to any cause or title on the order of any court of any venue, competence, and jurisdiction [...] shall be replaced, by operation of law, with the ‘BONDS OF THE ARGENTINE REPUBLIC AT PAR IN PESOS STEP UP 2038,’ according to the terms established for the assignment, liquidation and issue of such bonds by Decree No. 1735/04 and its complementary norms.” (Véase el Anexo RA 72). Para ver la traducción de los Demandantes, véase *C II* § 174, n. 76: “Notwithstanding the above provisions, the bonds of the national Government eligible under the terms of Decree No. 1735/04, deposited pursuant to any cause or title to the order of any court or any instance, competence, and jurisdiction [...] shall be replaced, by operation of law, with the ‘BONDS OF THE ARGENTINE REPUBLIC AT PAR IN PESOS STEP UP 2038,’ according to the terms established by Decree No. 1735/04 and its complementary norms for the assignment, liquidation and issue of such bonds.”

²⁸⁷ Véase nota 282 *supra*.

cuestión política no justiciable y reconoció la constitucionalidad de la Ley N° 26.017 en ésta y otras decisiones ulteriores (*C II § 205; C III § 180*). Además, la postura adoptada por el Gobierno argentino, en este proceso, se contradice totalmente con la posición que ese mismo Gobierno defendió enérgicamente en los procesos sustanciados ante los tribunales locales (*C I §§ 416-418; C II § 206; Tr pág. 240/16*).

566. En tercer lugar, los Demandantes argumentan que a los efectos de iniciar un procedimiento ante los tribunales argentinos, los Demandantes tendrían que pagar una tasa judicial (tasa de justicia) por un valor del 3% del monto reclamado. Asimismo, debido a que éstos no se encuentran domiciliados ni tienen bienes inmuebles en Argentina, también deberían ofrecer una garantía (garantía de arraigo) la que puede ser muy costosa. Además, si los Demandantes desistieran del procedimiento una vez transcurridos los dieciocho meses, se les exigiría el pago de las costas del procedimiento y no tendrían derecho a recuperar sus propios costos (*C I § 422; Tr pág. 241/17; C III § 182*).
567. En cualquier caso, los Demandantes sostienen que no tienen la obligación de recurrir a los tribunales locales sobre la base de la cláusula NMF contenida en el art. 3 del TBI Argentina-Italia. En opinión de los Demandantes, esta cláusula se aplica a todas las cuestiones cubiertas por el TBI (*C I § 406*). Según los Demandantes, tanto la redacción de la disposición, como la jurisdicción del CIADI admiten que las cláusulas NMF se aplican a los mecanismos de resolución de controversias (*C I §§ 404, 406*). Por ende, el art. 3 del TBI Argentina-Italia les permite a los Demandantes invocar el art. VII(3) del TBI Argentina-EE. UU. y, así, someter la disputa al arbitraje del CIADI sin necesidad de cumplir con el período de 18 meses ante los tribunales locales (*C I § 400; C II § 189*).

B. Conclusiones del Tribunal

568. De conformidad con el art. 8(1)-(3) del TBI Argentina-Italia,

(1) Toda controversia relativa a las inversiones que surja entre un inversor de una de las Partes Contratantes y la otra Parte, respecto a cuestiones reguladas por el presente Acuerdo será, en la medida de lo posible, solucionada por consultas amistosas entre las partes en la controversia.

(2) Si esas consultas no aportaran una solución, la controversia podrá ser sometida a la jurisdicción administrativa o judicial competente de la Parte Contratante en cuyo territorio está situada la inversión.

(3) Si todavía subsistiera una controversia entre inversores y una Parte Contratante, luego de transcurrido un plazo de dieciocho meses desde la notificación del comienzo del procedimiento ante las jurisdicciones nacionales citadas en el párrafo 2, la controversia podrá ser sometida a arbitraje internacional.

569. La Demandada ha afirmado, y los Demandantes han consentido (*Tr* pág. 232/16), que estas disposiciones generan obligaciones para la parte que quiere aprovechar el mecanismo de resolución de controversias ofrecido por el TBI Argentina-Italia. Sin embargo, las Partes no están de acuerdo en lo que respecta a la naturaleza jurídica de estas obligaciones (1) así como acerca del alcance del requisito previo de consultas amistosas (2) y del recurso a los tribunales internos (3).

1. Naturaleza de las obligaciones consagradas en el art. 8(1)-(3) del TBI Argentina-Italia

570. La Demandada ha insistido a lo largo del procedimiento que el art. 8(1)-(3) del TBI Argentina-Italia crea un “sistema de resolución de disputas secuencial de múltiples capas” que constituyen “requisitos jurisdiccionales obligatorios”. Por el contrario, en la opinión de los Demandantes, estos sólo generan “pre-requisitos procesales”. Ambas Partes han atraído la atención del Tribunal a numerosas autoridades y casos en los cuales estaban en cuestión asuntos jurídicos que consideraron comparables con aquellos en juego en la presente controversia. En particular, la Corte Internacional de Justicia, fundándose en su jurisprudencia sobre el tema, recientemente ha calificado los requisitos de negociación que surgen del art. 29 del *Convenio sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer* como requisitos que afectan a su jurisdicción²⁸⁸. En contraste, el Tribunal en el caso *Abaclat*— que tuvo ante sí el mismo

²⁸⁸ Véase *Actividades Armadas en el Territorio del Congo (Nueva Solicitud: 2002) (República Democrática de Congo c. Ruanda)*, *Jurisdicción y Admisibilidad, Fallo*, ICJ Reports 2006, 6, párr. 88; en cuanto al art. 75 de la Constitución de la OMS, art. XIV(2) de la Constitución de la Unesco, y el art. 14(1) del Convenio de Montreal para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil véase, en una línea similar, *ibídem*, párrs. 99 y ss., 107 y ss. así como 117 y ss. Adicionalmente, en *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de toda Forma de Discriminación Racial (Georgia c. Rusia)*, *Sentencia sobre Objeciones Preliminares, 1 de abril de 2011*, párr. 141, el requisito de negociación del art. 22 de la Convención fue considerado como una condición previa que debía cumplirse con anterioridad al sometimiento al Tribunal, es decir, una condición previa al

TBI que el presente Tribunal – concluyó que el art. 8(1)-(3) del TBI Argentina-Italia constituía un requisito de admisibilidad y no de jurisdicción²⁸⁹.

571. Se podrían agregar ejemplos adicionales a discreción. Sin embargo, la conclusión más importante a la que se puede llegar es que no ha habido un enfoque consistente respecto de estas cuestiones por parte de los tribunales en materia de tratados de inversión²⁹⁰, menos aún de forma más general en el derecho internacional. Esto no toma por sorpresa ya que cada tribunal arbitral internacional o entidad judicial debe elaborar su decisión sobre la base de las disposiciones sustanciales aplicables del derecho internacional y dentro del marco institucional y procesal específico en el cual está incorporado. Esto limita la medida en la cual un tribunal como el presente puede fundarse en distinciones realizadas por otros tribunales que perfectamente pueden tener sentido desde su respectivo punto de vista.
572. Se convoca al presente Tribunal a interpretar y aplicar el TBI Argentina-Italia que no marca una diferencia entre los requisitos “obligatorios” y “no obligatorios” así como entre requisitos previos “jurisdiccionales”, “de admisibilidad” o “procesales”. Tampoco se incluye esta distinción en el Convenio ni en las Reglas de Arbitraje CIADI. Por ende, en lo que se refiere al derecho aplicable, *a priori*, no existe razón alguna para que el Tribunal examine las complejidades teóricas de estas distinciones y el discurso académico y judicial relacionado.
573. Habiendo dicho eso, el mandato otorgado por las Partes al Tribunal establece que en primer lugar debería haber “una fase preliminar en los procedimientos que cubra la *jurisdicción y admisibilidad*²⁹¹” [Traducción del Tribunal]. Por esta razón, estos conceptos son de relevancia para el Tribunal y esto se manifiesta en el mismo título de su

ejercicio de la jurisdicción de la Corte (*ibídem*, párr. 183). Véase, sin embargo, la *jurisprudence constante* de la Corte Internacional de Justicia que trata el requisito de agotamiento de los recursos locales (en el contexto de protección diplomática) como una cuestión de admisibilidad; véase, por ejemplo, *Caso Interhandel* (Suiza c. Estados Unidos de América), *Fallo sobre Objeciones Preliminares*, ICJ Reports 1959, 6, 23 y ss.; véase, asimismo, I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 7^o ed., 2008, 492 y ss.

²⁸⁹ Decisión *Abaclat*, párr. 496.

²⁹⁰ Véase *Williams*, *Jurisdicción y Admisibilidad* (nota 202) 919.

²⁹¹ Véase Acta de la Primera Sesión, punto 14 (énfasis agregado); párr. 5 *supra*.

presente Decisión, es decir “Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad”. A la vez, esto no obliga al Tribunal a trazar una clara línea divisoria entre estos dos conceptos ni respaldar una de las muchas visiones controvertidas articuladas en cuanto a dónde yace la diferencia exacta entre ellos. Al Tribunal le gustaría observar en este contexto que la terminología aplicada por las propias Partes no parece estar exenta de ambigüedades²⁹².

574. El Tribunal considera que la misión que las Partes le han confiado no exige, en primer lugar, que brinde una respuesta en cuanto a si los asuntos jurídicos en cuestión se deben clasificar como cuestiones de jurisdicción o admisibilidad. El mandato del Tribunal – y es a este mandato al que se refiere el título de la presente Decisión – exige en cambio que tome razón y examine minuciosamente la totalidad de los reclamos realizados por las Partes bajo el rótulo de tanto la jurisdicción como la admisibilidad y que decida si estos son justificados o no conforme a derecho.
575. Por lo tanto, lo que resulta crucial en la opinión del Tribunal, es que todas las reclamaciones de falta de jurisdicción y admisibilidad presentadas por la Demandada en su Memorial y elaboradas en sus demás presentaciones escritas y orales sean examinadas en detalle y, en el supuesto de que se las considere injustificadas, sean rechazadas antes de que la controversia proceda a la etapa de fondo. La distinción entre cuestiones jurisdiccionales y de admisibilidad no sugiere de modo alguno un grado diferente de “obligatoriedad”. Por lo tanto, independientemente de si otros pueden identificar un grado distinto de “obligatoriedad” con respecto a estas dos nociones, en la opinión de este Tribunal y al menos en lo que se refiere a los requisitos establecidos por el art. 8(1)-(3) del TBI Argentina-Italia, si alguno de estos requisitos, en su interpretación por parte del Tribunal y aplicados a los hechos del caso, no ha sido cumplido por parte de los Demandantes, el Tribunal tendría que desestimar el caso independientemente de si el requisito calificaría como uno de jurisdicción o de admisibilidad.

²⁹² Por ejemplo, aunque algunas de las afirmaciones de la Demandada califican a las violaciones de las obligaciones en virtud del art. 8 del TBI Argentina-Italia como obstáculos a la admisibilidad de las reclamaciones en cuestión (*R I* § 282), otros pasajes sugieren lo contrario, es decir, que estas violaciones generarían obstáculos a la jurisdicción (*R I* §§ 273, 287, 298).

576. En pos de dar respuesta a estos interrogantes, el Tribunal pasará a examinar en este momento las afirmaciones de las Partes en cuanto a si los Demandantes han cumplido con los requisitos de consultas amistosas previas y recurso a los tribunales internos de Argentina respectivamente.

2. El prerrequisito de las consultas amistosas

577. El art. 8(1) del TBI Argentina-Italia establece el requisito de que toda controversia relacionada con inversiones que caiga dentro de su alcance de aplicación “será, en la medida de lo posible, solucionada por consultas amistosas”. En opinión del Tribunal, el texto de la estipulación sugiere con claridad que crea el deber de realizar consultas para las Partes. Esto es evidente en las versiones auténticas del art. 8(1) del TBI, donde el uso de “será [...] solucionada” en español y de “sarà [...] risolta” en italiano indica la existencia de una obligación legal²⁹³. Este resultado se corrobora con la cláusula condicional del inciso 2, que autoriza a las Partes a proceder a los mecanismos de resolución de controversias ulteriores (solamente) “[s]i esas consultas no aportaran una solución”.

578. Este Tribunal tiene conocimiento de que el Tribunal del caso *Abaclat* llegó a una conclusión distinta a la luz de la misma disposición del TBI Argentina-Italia. Concluyó notablemente que “el requisito de consulta estipulado en el artículo 8(1) del TBI no tiene que considerarse de obligado cumplimiento, sino como una expresión de buena voluntad de las Partes de intentar arreglar la diferencia de forma amistosa”²⁹⁴ [Traducción del Tribunal]. El Tribunal justificó esta conclusión basándose principalmente en la frase “en la medida de lo posible” (en italiano: “per quanto possibile” y en inglés “insofar as possible”), del art. 8(1) del TBI Argentina-Italia.

²⁹³ Véase situación análoga en *Wintershall AG c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/04/14, Laudo, 8 de diciembre de 2008, en el que el artículo 10(2) del TBI Argentina-Alemania establecía, análogamente, que “la controversia [...] será sometida” en español y “Meinungsverschiedenheit [...] ist [...] zu unterbreiten” en alemán, y “dispute [...] shall [...] be submitted” en inglés y en el que el tribunal arbitral que entendió en el caso identificó acertadamente que el texto “denota, en sí mismo, una “obligación”, y no simplemente una elección u opción” y “es jurídicamente vinculante” (*ibídem*, párr. 119).

²⁹⁴ Decisión *Abaclat*, párr. 564.

579. Este Tribunal, en cambio, adhiere al razonamiento de la Opinión Disidente del profesor Abi-Saab, quien ha señalado acertadamente que la inclusión de esta frase no elimina el carácter vinculante de la disposición, sino que la caracteriza como un tipo determinado de disposición vinculante, a saber, una “obligación de medios” o de “emplear los mejores esfuerzos”²⁹⁵ [Traducción del Tribunal]. Tal como también lo ha destacado la Corte Internacional de Justicia en varias oportunidades, las estipulaciones que determinan que las partes deben realizar consultas o negociaciones pueden constituir obligaciones legales vinculantes, cuyo incumplimiento tiene efectos jurídicos, incluida la desestimación del caso. La medida en que establecen obligaciones vinculantes, o determinar si lo hacen, es una cuestión de interpretación de las estipulaciones en cuestión²⁹⁶.
580. Por ende, en la medida de lo posible, la parte que infrinja el deber de realizar consultas amistosas debería estar preparada para que se niegue la admisión de su reclamación a la fase del fondo. No obstante, antes de llegar a tal conclusión, el Tribunal debe aclarar la naturaleza exacta del “deber de realizar consultas en la medida de lo posible”. En este respecto, caben dos comentarios:
581. En primer lugar, de su misma naturaleza como obligación de medios y no de resultados se desprende que “una obligación de negociar no implica una obligación de llegar a un acuerdo” [Traducción del Tribunal]²⁹⁷. Algunos Tribunales llegan incluso a calificar las cláusulas que exigen las consultas o las negociaciones como meros requisitos procesales cuya violación carecería de efectos sobre la jurisdicción o la admisibilidad de la reclamación²⁹⁸. Sin embargo, esta no es la postura del presente Tribunal. Al mismo

²⁹⁵ Opinión en Disidencia del Profesor Abi-Saab en el caso *Abaclat*, párr. 26.

²⁹⁶ Véase, por ejemplo, *Tráfico ferroviario entre Lituania y Polonia*, Opinión Consultiva, 15 de octubre de 1931, CPIJ Serie A/B, N° 42, 116; *Plataforma continental del Mar del Norte (Alemania/Dinamarca; Alemania/Países Bajos)*, Fallo, ICJ Reports 1969, 3, párr. 85; *Papeleras en el Río Uruguay (Argentina c. Uruguay)*, Fallo, ICJ Reports 2010, 14, párrs. 149, 150; véase también nota 288 *supra*

²⁹⁷ *Tráfico ferroviario entre Lituania y Polonia*, Opinión Consultiva, 15 de octubre de 1931, CPIJ Serie A/B, N° 42, 116.

²⁹⁸ Véase, por ejemplo, UNCITRAL (TLCAN), *Ethyl Corp. c. Canadá*, Laudo sobre Jurisdicción, 24 de junio de 1998, párr. 85; *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. c. Marruecos*, Caso CIADI N° ARB/00/4, Decisión sobre Jurisdicción, 23 de julio de 2001, párrs. 74-88 y 187; CNUDMI, *Ronald S. Lauder c. República Checa*, Laudo Definitivo, 3 de septiembre de 2001, párr. 187; *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Pakistán*, Caso CIADI N° ARB/01/13, Decisión sobre Jurisdicción, 6 de agosto de 2003, párr. 184; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. Pakistán*, Caso CIADI N° ARB/03/29, Decisión sobre Jurisdicción, 14 de noviembre de 2005, párr.

tiempo, se debe tener en cuenta el hecho de que en los pocos casos en los que los tribunales en materia de inversión desestimaron casos por una violación al requisito de realizar consultas o negociaciones, esto se debió principalmente a que las cláusulas respectivas contenían períodos de tiempo mínimos para las consultas que no fueron respetados por los demandantes²⁹⁹. Este no es el caso aquí, sin embargo, donde nos encontramos frente a una *simple* cláusula que exige las consultas y no reserva un requisito de tiempo mínimo para las consultas.

582. En segundo lugar, la frase calificativa “en la medida de lo posible” de uso común en los tratados internacionales en materia de inversión³⁰⁰, indica que si los Demandantes pueden demostrar que las consultas *no eran posibles*, no se puede considerar que han violado su deber. Esto no significa que el art. 8(1) del TBI Argentina-Italia contenga una excepción de ineffectividad, pero es una consecuencia directa e independiente de la propia redacción de la disposición en cuestión. Asimismo, existen extensas fuentes que avalan la teoría de que el requisito de realización de consultas obligatorias con períodos de espera (más aún, el *simple* deber de realizar consultas, como en el presente caso) no presenta un obstáculo para que una reclamación proceda a la fase del fondo, si no hay oportunidades realistas de que se realicen consultas significativas, porque se han vuelto ineffectivas o se han estancado³⁰¹. En este respecto, y en particular si se considera el hecho de que el art. 8(1)

100; véase, sin embargo, el enfoque de *Antoine Goetz y otros c. Burundi*, Caso CIADI N° ARB/95/3, Laudo, 10 de febrero de 1999, párrs. 90-93; *Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. c. Argentina*, Caso CIADI N° ARB/01/3, Decisión sobre Jurisdicción, 14 de enero de 2004; véase, asimismo, *Schreuer*, Consent to Arbitration (nota 100) 844 y ss.

²⁹⁹ *Burlington Resources, Inc. c. Ecuador*, Caso CIADI N° ARB/08/5, Decisión sobre Jurisdicción, 2 de junio de 2010, párr. 315; *Murphy Exploration y Production Company International c. Ecuador*, Caso CIADI N° ARB/08/4, Laudo, 15 de diciembre de 2010, párrs. 90 y ss., en particular, párrs. 131 y 132.

³⁰⁰ Véase, por ejemplo, artículo 26(1) del Tratado sobre la Carta de la Energía; artículo XIII(1) del Tratado entre el Gobierno de Canadá y el Gobierno de Barbados sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones; artículo X(1) del Tratado entre el Reino de Noruega y el Gobierno de la República de Hungría sobre promoción y protección Recíproca de Inversiones; artículo 8(1) del Tratado entre la República de Austria y Rumania sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones.

³⁰¹ En cuanto a la jurisprudencia pertinente de la Corte Internacional de Justicia, véanse las referencias en *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Georgia c. Rusia)*, Excepciones Preliminares, Fallo, 1 de abril de 2011, párr. 159. En materia de arbitraje, véase, por ejemplo, *Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration y Production Company c. Ecuador*, Caso CIADI N° ARB/06/11, Decisión sobre Jurisdicción, 9 de septiembre de 2008, párr. 92: “los intentos de llegar a una solución negociada [han resultado] inútiles, *Biwater Gauff (Tanzania), Ltd. c. Tanzania*, Caso CIADI N° ARB/05/22, Laudo, 24 de julio de 2008, párr. 343: “resolución obviamente imposible” [Traducción del Tribunal] y “negociaciones obviamente inútiles”; CNUDMI, *Ronald S. Lauder c. República Checa*, Laudo Definitivo, 3 de septiembre de 2001,

del TBI Argentina-Italia contempla las consultas en aras de “resolver” la controversia en cuestión, el Tribunal respaldaría la conclusión del Tribunal del caso *Abaclat* de que en cuanto a las consultas “lo razonable es entender que esos términos se refieren no sólo a la posibilidad técnica de que se celebren conversaciones para solucionar la diferencia, sino también a la posibilidad, esto es, la probabilidad, de que se produzca un resultado positivo” y de que “sería fútil forzar a las Partes a celebrar unas consultas que, desde el principio, se considera que fracasarán. La buena predisposición en aras de arreglar la diferencia es condición *sine qua non* para que toda conversación para el arreglo de una diferencia dé buenos resultados”³⁰². [Traducción del Tribunal].

583. Entonces, si bien el requisito de que *las consultas deben celebrarse en la medida de lo posible* consagrado en el art. 8(1) del TBI Argentina-Italia crea una obligación legal, dicha obligación no se ve infringida si se determina que: a) se celebraron, o al menos se ofrecieron, la cantidad mínima de consultas, o que b) no fue posible, en primer lugar, celebrar consultas amistosas a fin de resolver el caso.
584. Si se aplican estas consideraciones a los hechos del caso que nos ocupa, no se han realizado consultas entre las Partes. Sin duda, los Demandantes aducen que después de 2001 “hubo varios intentos de llevar a cabo negociaciones con la Argentina, por parte de grupos de tenedores de bonos argentinos, a fin de obtener una propuesta razonable” (*C II § 167*). Sin embargo, la Demandada sostiene (*R I § 271; R IV § 16*), y los Demandantes aceptan, que “los Demandantes no intentaron personalmente realizar consultas con la Argentina antes del inicio de este procedimiento” (*C IV § 19*). En este respecto, el Tribunal concluye que los Demandantes no pudieron establecer que se haya celebrado esa mínima cantidad de consultas entre ellos y la Demandada.

párrs. 188-191; *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Pakistán*, Caso CIADI N° ARB/01/13, Decisión sobre Jurisdicción, 6 de agosto de 2003, párr. 184. Véase también *Schreuer*, Consent to Arbitration (nota 100) 846, donde se estableció lo siguiente en relación con los períodos de espera obligatorios: “Lo que importa es si hubo una oportunidad prometedora para llegar a una resolución. No tiene mucho sentido rechazar la jurisdicción y enviar a las partes nuevamente a la mesa de negociaciones si las negociaciones son a todas luces ineficaces” [Traducción del Tribunal].

³⁰² Decisión *Abaclat*, párr. 564.

585. El Tribunal entonces pasa a examinar la segunda alternativa, es decir, que no fue posible realizar consultas significativas tendientes a resolver la diferencia en cuestión. En el año 2005, cuando la Oferta de Canje se abrió para la aceptación de los acreedores de Argentina, el Congreso de la Nación Argentina aprobó la Ley N° 26.017, que le prohibió al Gobierno efectuar cualquier tipo de transacción judicial, extrajudicial o privada con los tenedores de bonos que no participaran, así como reabrir la Oferta³⁰³. En efecto, esta Ley le impidió al Gobierno argentino “realizar negociaciones tendientes a un acuerdo, y no simplemente atravesar el proceso formal de negociaciones como una suerte de precondition” [Traducción del Tribunal]³⁰⁴. El Gobierno pudo haber cumplido con su deber “actuando de modo que las negociaciones fueran significativas, lo que no sucederá si alguna de las partes insiste en su propia postura sin contemplar cualquier modificación” [Traducción del Tribunal]³⁰⁵, solo a costa de violar la Ley N° 26.017. Por ende, al menos desde que se sancionó esta Ley, quedó claro que no existió posibilidad realista alguna de realizar consultas significativas para resolver la controversia con el Gobierno argentino.
586. Este resultado no se altera por el hecho que el Congreso de la Nación Argentina podría haber suspendido o eliminado la prohibición de realizar consultas o negociaciones en cualquier momento, ni de que en efecto lo hizo en el año 2010 a fin de forjar el camino para la nueva Oferta de Canje (*R I* § 280; *R II* § 462). Lo fundamental en este respecto es, en primer lugar, que el potencial socio para las negociaciones, es decir, el Gobierno argentino, no estaba en condiciones de actuar en consecuencia mientras la Ley se mantuviera en vigencia, es decir, a partir del año 2005, y, en segundo lugar, que la misma razón de la falta de disponibilidad de un espacio para consultas significativas era sobre todo la sanción de la Ley N° 26.017 en el Congreso.
587. En cuanto al argumento de la Demandada de que los Demandantes tuvieron la posibilidad de iniciar las consultas *antes* de la sanción de la Ley N° 26.017, el Tribunal considera que

³⁰³ Respecto del artículo 3 de la Ley N° 26.017 véase nota 285 *supra*.

³⁰⁴ *Casos de la Plataforma Continental del Mar del Norte (Alemania/Dinamarca; Alemania/ Países Bajos)*, Fallo, ICJ Reports 1969, 48, párr. 85.

³⁰⁵ *Ibidem*, párr. 85.

los Demandantes no tenían esta obligación a fin de cumplir con el art. 8(1) del TBI Argentina-Italia. La disposición no dice nada en absoluto respecto del momento en el que deben realizarse las consultas. El único requisito temporal que puede extraerse de la estipulación es que las consultas deben realizarse antes de que la parte en cuestión recurra a los tribunales locales y proceda al arbitraje internacional. Como la Solicitud se presentó el día 23 de junio de 2008, el Tribunal no puede ver por qué los Demandantes habrían violado el art. 8(1) del TBI por no haber iniciado las consultas antes del año 2005 (es decir, el año de la sanción de la Ley N° 26.017).

588. Por consiguiente, el Tribunal concluye que los Demandantes no violaron el requisito de celebrar consultas amistosas impuesto por el art. 8(1) del TBI Argentina-Italia.

3. El prerrequisito de recurrir a los tribunales locales

a) Carácter vinculante del requisito

589. Con respecto al segundo elemento del sistema de resolución de controversias de tres etapas, a saber, el requisito de recurrir a los tribunales locales, el Tribunal considera que la clara redacción del art. 8(2) y (3) del TBI Argentina-Italia no permite ninguna otra conclusión más que la disposición establece una condición vinculante previa al acceso al arbitraje internacional.
590. En primer lugar, esto deriva del término “si” sin salvedades al comienzo del párr. (3) – “Si esas consultas no aportaran una solución” (en italiano: “Se tali consultazioni non consentissero una soluzione”; en inglés: “if such consultations do not provide a solution”) – que hace que el propio derecho a iniciar un procedimiento de arbitraje dependa del sometimiento previo de la controversia a los tribunales locales de la Demandada y del transcurso de un período de 18 meses desde la notificación del inicio del proceso interno.
591. En segundo lugar, esto es cierto a pesar del uso de la palabra “podrá” (en italiano: “potrà”; en inglés: “may”) en el art. 8(2) del TBI. Este párrafo se refiere a la posibilidad de someter una controversia a los tribunales locales del Estado receptor en el supuesto de que la controversia subsistiera luego de las consultas (o a causa de su ausencia). Si un inversor no desea abandonar sus reclamaciones a esta altura, “podrá” proceder en el

orden previsto por el sistema de arreglo de diferencias del TBI acudiendo a los tribunales del Estado receptor. Lejos de caracterizar el recurso a los tribunales locales como un ejercicio voluntario hacia el arbitraje internacional, el párr. 2 debe interpretarse en el contexto del párr. 3. Allí, la posibilidad adicional (en español: “podrá”; en italiano: “potrà”; en inglés: “may”) de someter la controversia a arbitraje internacional se ve condicionada por la obligación dual de: a) recurrir previamente a los tribunales locales del Estado receptor, y b) notificar acerca del inicio de estos procesos nacionales. En consecuencia, la *posibilidad* de proceder al arbitraje internacional se encuentra a disposición del inversor sólo cuando el mismo ha cumplido con la *obligación* de recurrir a los tribunales locales.

592. En tercer lugar, la referencia al caso *Wintershall*, según el cual, en el art. 10(2) del TBI Argentina-Alemania pertinente, la frase “será sometida” (“ist [...] zu unterbreiten” en alemán; “shall [...] be submitted” en inglés) se utiliza con relación al recurso a los tribunales locales³⁰⁶, por oposición a la frase “podrá ser sometida” del art. 8(2) del TBI Argentina-Italia, es inútil para los Demandantes. Como se ha destacado, el término “podrá” alude a la posibilidad de que el inversor avance con la reclamación, pero no elimina la necesidad de hacer uso de esta posibilidad en la forma establecida por el TBI, a saber, su obligación de recurrir a los tribunales locales antes de presentar una solicitud de arbitraje. En este caso, sugerir un *argumentum e contrario* equivaldría a ignorar la estructura lógica del art. 8(1)-(3) del TBI Argentina-Italia y la interdependencia de las distintas etapas.
593. El presente Tribunal no es convocado a interpretar disposiciones similares de otros tratados. Sin embargo, al menos por aplicación de los fallos específicos relativos al art. 8 del TBI, por los motivos que anteceden, al presente Tribunal no le convencen las inquietudes y críticas planteadas frente a las cláusulas “que prevén un intento obligatorio de resolver la controversia en los tribunales locales del Estado receptor durante un

³⁰⁶ *Wintershall AG c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/04/14, Laudo, 8 de diciembre de 2008, párrs. 119 y ss.

período de tiempo determinado”³⁰⁷ [Traducción del Tribunal] en la medida en que esto ha impulsado a tribunales de arbitraje en materia de inversión o a distinguidos doctrinarios en dicho ámbito a impugnar el carácter vinculante de tales cláusulas³⁰⁸. El Tribunal no puede ignorar el hecho de que dichas cláusulas se encuentran habitualmente en los tratados de inversión³⁰⁹ y que, por lo común, se encuentran redactadas de modo tal que manifiestan su naturaleza vinculante. Estas características son claros indicios de que las Partes Contratantes del TBI respectivo tuvieron la intención de dotar a dichas cláusulas de cierto efecto. Las disposiciones de los tratados no deberían interpretarse de manera tal que les quita todo efecto útil (*ut res magis valeat quam pereat*). Por lo tanto, el tribunal que tenga que interpretar una cláusula semejante debe reconocer debidamente su carácter vinculante e identificar los fines que podría perseguir en el marco del TBI aplicable. Esto también ocurre en el caso que nos ocupa.

b) Consecuencias jurídicas de ignorar el requisito de recurrir a los tribunales de la Demandada

594. Dado el hecho que el art. 8(2) y (3) del TBI Argentina-Italia da lugar a un requisito legalmente vinculante de recurso previo a los tribunales de la Demandada y que no es objeto de debate entre las Partes que los Demandantes no sometieron la controversia a los tribunales argentinos antes de iniciar el presente procedimiento de arbitraje el día 23 de junio de 2008³¹⁰, la Demandada sostiene que el Tribunal debería rehusarse a entender en el caso.

³⁰⁷ Schreuer, Consent to Arbitration (nota 100) 847; véase, asimismo, L. Markert, Streitschlichtungsklauseln in Investitionsschutzabkommen (2010) 210, que se refiere a dichas cláusulas como “cláusulas temporarias de recursos locales limitados” (“befristete local remedies-Klauseln”).

³⁰⁸ Plama Consortium Limited c. Bulgaria, Caso CIADI N° ARB/03/24, Decisión sobre Jurisdicción, 8 de febrero de 2005, párr. 224, que, con respecto a una cláusula análoga del TBI aplicable, alude a un “requisito curioso” y “comprende a un tribunal que intente neutralizar una disposición semejante que carece de sentido desde un punto de vista práctico” [Traducción del Tribunal]. Véase, asimismo, C. Schreuer, Calvo’s Grandchildren: The Return of Local Remedies in Investment Arbitration, 4 The Law and Practice of International Courts and Tribunals (2005) 1, en 4, 5; en forma similar, véase *idem*, ICSID Convention Commentary, art. 26, párr. 204; P. Peters, Exhaustion of Local Remedies: Ignored in Most Bilateral Investment Treaties, 44 Netherlands International Law Review (1997) 233, en 245.

³⁰⁹ Véase Schreuer, Calvo’s Grandchildren (nota 308) 16.

³¹⁰ Véase R I § 282, que hace referencia a la Respuesta de los Demandantes a la Primera Solicitud de Documentos de la Demandada, párr. 25 (Anexo RA 113, párr. 25): “No hay documentos relativos a un intento de NASAM o de

595. En este aspecto, el Tribunal del caso *Abaclat* que tuvo que abordar una situación similar y el mismo TBI llegó a la siguiente conclusión: “[L]os términos del propio artículo 8 del TBI no bastan para llegar a conclusiones concretas en cuanto a las consecuencias del incumplimiento del orden establecido en ese artículo. [...] [E]l hecho de que las Demandantes no respetaran el requisito de los 18 meses de litigio no es suficiente en sí mismo para impedir que las Demandantes puedan recurrir a un procedimiento de arbitraje”³¹¹ [Traducción del Tribunal]. Estas declaraciones fueron duramente criticadas en la Opinión Disidente del Profesor Abi-Saab, en la que fueron calificadas como “bastante extrañas” [Traducción del Tribunal], puesto que ignoraban que

[e]n ningún instrumento el establecimiento de límites jurisdiccionales o condiciones de admisibilidad especifica las consecuencias legales del incumplimiento de dichos límites o condiciones. Estas consecuencias están arraigadas en la mismísima clasificación legal de estos como límites jurisdiccionales o condiciones de admisibilidad. Según los principios generales del derecho y las normas de derecho internacional general, el incumplimiento deriva en la inevitable sanción legal de la desestimación del caso por considerarlo inadmisibile o fuera de la jurisdicción del tribunal³¹² [Traducción del Tribunal].

596. El presente Tribunal se inclina por apoyar esta última posición. Si un requisito establecido por el art. 8 del TBI Argentina-Italia no se cumpliera, la vía hacia el arbitraje internacional no estaría abierta. No obstante, en esta etapa, el Tribunal considera prematuro llegar a dicha conclusión. Los Demandantes alegan que no han incumplido el prerequisite de recurrir a los tribunales locales de la Argentina o que tal prerequisite no es aplicable a ellos, por dos razones. En primer lugar, afirman que el art. 8(2) y (3) del TBI no es aplicable al caso que nos ocupa, puesto que el recurso a los tribunales de la Demandada habría sido ineficaz. En segundo lugar, los Demandantes pretenden refugiarse en la cláusula de NMF del art. 3(1) del TBI Argentina-Italia conjuntamente con el art. VII(3) del TBI Argentina-EE. UU. El Tribunal pasará a examinar el argumento de ineffectividad (c) seguido del argumento de la cláusula de NMF (d).

cualquiera de los Demandantes de resolver algunas de las reclamaciones en cuestión en el marco del presente arbitraje mediante el recurso a los tribunales locales [...]” [Traducción del Tribunal].

³¹¹ Decisión *Abaclat*, párrs. 579, 580.

³¹² Opinión Disidente del Profesor Abi-Saab en el caso *Abaclat*, párr. 28.

c) La excepción de ineffectividad

1) Existencia de la excepción de ineffectividad

597. Los Demandantes alegan que existe una excepción al deber de recurrir a los tribunales de la Demandada en el supuesto de que dicho recurso fuera ineficaz. La Demandada acepta implícitamente la existencia de una excepción de ineffectividad, aunque argumenta que el umbral pertinente es muy elevado y que los hechos del caso no se prestan a dar lugar a una situación de ineffectividad (*R I §§ 290, 291*).
598. Por consiguiente, si bien las Partes no disienten en cuanto a la *existencia* de una excepción de ineffectividad con respecto al prerequisite de recurrir a los tribunales locales, como lo establece el art. 8(2) y (3) del TBI Argentina-Italia, el Tribunal debe asegurarse de que esta opinión de las Partes constituya una interpretación correcta de estas disposiciones. La cuestión del *umbral* aplicable sólo puede abordarse una vez que quede claro que la excepción existe en primer lugar³¹³.
599. Parece estar generalmente aceptado en el marco del derecho internacional que las obligaciones que requieren que un individuo se acerque a los tribunales locales de un Estado antes de poder llevar una reclamación al plano internacional no son aplicables de forma incondicional. En ciertas circunstancias, la ausencia de sumisión previa de una reclamación a los tribunales locales no lleva al rechazo de la reclamación, en particular, en virtud del derecho en materia de protección diplomática. En efecto, para que un Estado presente una reclamación en nombre y representación de uno de sus nacionales bajo el título de protección diplomática, el individuo en cuestión debe, en principio, agotar los recursos legales que se encuentren a su disposición en el Estado en el que el supuesto daño o perjuicio tuvo lugar³¹⁴. Sin embargo, sólo deben emplearse los recursos que se encuentren a su disposición “como una cuestión de posibilidad razonable”³¹⁵ [Traducción

³¹³ Véanse párrs. 608 y ss *infra*.

³¹⁴ Véase *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (EE. UU. c. Italia)*, Fallo, ICJ Reports 1989, 15, párr. 50; véase, asimismo, art. 14 del Proyecto de Artículos sobre la Protección Diplomática de la CDI de 2006; *Brownlie*, Principles of Public International Law (nota 288) 492.

³¹⁵ Véase *Ciertos Empréstitos Noruegos (Francia c. Noruega)*, Fallo, ICJ Reports 1957, 9, Opinión Separada del Juez Lauterpacht, 34, en 39; *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Segunda Fase)*, Fallo, ICJ

del Tribunal]. Esta excepción a la regla de los recursos locales, la denominada regla de *inefectividad*, goza ahora de reconocimiento universal en el ámbito del derecho en materia de protección diplomática. Se establece en el art. 15(a) del Proyecto de Artículos sobre la Protección Diplomática de la Comisión de Derecho Internacional de 2006 (en adelante, “Proyecto de Artículos sobre la Protección Diplomática de la CDI de 2006”) del siguiente modo: “No será necesario agotar los recursos internos cuando [...] [n]o haya razonablemente disponibles recursos internos que provean una reparación efectiva o los recursos internos no ofrezcan ninguna posibilidad razonable de obtener esa reparación”³¹⁶.

600. Dicho esto, el art. 8(3) del TBI Argentina-Italia no menciona dicha excepción ni hace referencia alguna a ella. Sin embargo, este no es el fin de la cuestión. Conforme a las reglas generales de interpretación de los tratados codificadas en el art. 31 de la CVDT, se exige que, al momento de interpretar una disposición de un tratado, “[j]untamente con el contexto, [se tenga] en cuenta” “toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes” (art. 31(3)(c) de la CVDT)³¹⁷. El término “forma pertinente de derecho internacional” también comprende el derecho internacional consuetudinario pertinente³¹⁸.

Reports 1970, 3, Opiniones Separadas del Juez Tanaka, 114, en 144, 145, y del Juez Gros, 267, en 284; véase *Brownlie*, *Principles of Public International Law* (nota 283) 495 con referencias adicionales.

³¹⁶ Art. 15(a) del Proyecto de Artículos sobre la Protección Diplomática de la CDI de 2006.

³¹⁷ En cuanto a la importancia de esta disposición a los fines de la interpretación de los tratados, véase, en particular, *Caso Relativo a las Plataformas Petrolíferas (Irán c. EE. UU.)*, *Fallo*, ICJ Reports 2003, 161, párrs. 41 y ss., al igual que *Ciertas Cuestiones de Asistencia Mutua en Materia Penal (Yibuti c. Francia)*, *Fallo*, ICJ Reports 2008, 177, párrs. 112 y ss.; en particular, respecto del derecho de las inversiones, véase *A. van Aaken*, *Fragmentation of International Law: The Case of International Investment Law*, 17 *Finnish Yearbook of International Law* (2008), 91 at 103 and 108; véase *Markert*, *Streitschlichtungsklauseln in Investitionsschutzabkommen* (nota 302) 167, 168 y 213 y ss. Cabe destacar que la Opinión Disidente del Profesor Abi-Saab en el marco del caso *Abaclat*, párr. 28, también se refiere a la importancia de “los principios generales del derecho y las normas de derecho internacional general” [Traducción del Tribunal].

³¹⁸ *Ioannis Kardassopoulos c. Georgia*, Caso CIADI Nº ARB/05/18, Decisión sobre Jurisdicción, 6 de julio de 2007, párr. 208; *C. McLachlan*, *The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention*, 54 *International and Comparative Law Quarterly* (2005) 279, en 310 y ss. con referencias adicionales a la jurisprudencia pertinente; Comisión de Derecho Internacional, *Informe sobre Fragmentación del Derecho Internacional* (2006), 7; *A. van Aaken*, *Defragmentation of Public International Law Through Interpretation: A Methodological Proposal*, 16 *Indiana Journal of Global Legal Studies* (2009), 483, en 497, 498.

601. De este modo, a fin de determinar si la excepción de ineffectividad es también aplicable en el contexto de una disposición como el art. 8(3) del TBI Argentina-Italia, es necesario que el Tribunal evalúe si la excepción de ineffectividad del derecho consuetudinario relativa a la regla de agotamiento de los recursos locales en el ámbito de la protección diplomática es suficientemente similar al requisito de recurso a los tribunales locales del art. 8(3) del TBI Argentina-Italia de modo tal que se pueda identificar a la primera como una regla de derecho internacional “pertinente” a la segunda.
602. En ese aspecto, el Tribunal considera que las cláusulas de agotamiento de los recursos locales y del prerrequisito de recurrir a los tribunales locales durante un período de tiempo determinado son similares en la medida en que ambas exigen acercarse a las autoridades judiciales locales antes que la reclamación pueda presentarse con éxito en el plano internacional. Ambas cumplen el objetivo de honrar la soberanía del Estado receptor al brindarle a este último la oportunidad de resolver una diferencia en sus propios fueros antes de pasar a la esfera internacional. En una línea similar, la Demandada ha alegado que las cláusulas del tipo del art. 8(3) del TBI Argentina-Italia pretenden darles a los tribunales locales la oportunidad de resolver una controversia antes de acercarse al arbitraje internacional de modo tal que las autoridades judiciales tuvieran la oportunidad de revisar —y, si resultara apropiado, corregir— los actos gubernamentales antes de poner en funcionamiento un arbitraje internacional en materia de inversiones, con todas sus complejidades y consecuencias. De hecho, la disposición permite al Estado receptor analizar la supuesta irregularidad en el marco de su propio sistema de derecho interno, y evitar así cualquier posible responsabilidad internacional (*R I* § 292; *R II* § 467). Asimismo, las Partes Contratantes tendrían la posibilidad de resolver la controversia en su territorio en un plazo más breve que el del arbitraje internacional (*R I* § 293; *R II* § 468)³¹⁹.
603. Por consiguiente, en vista de los fuertes paralelos estructurales entre estos dos tipos de cláusulas, el Tribunal no considera descabellado concluir que asumir que, a la luz del art. 31(3)(c) de la CVDT, la excepción de ineffectividad a la regla de agotamiento de los

³¹⁹ Para razones adicionales, véase CNUDMI (CPA), *ICS Inspection and Control Services Limited c. Argentina*, Caso CPA N° 2010-9, Laudo sobre Jurisdicción, 10 de febrero de 2012, párr. 269, n. 298.

recursos locales en el ámbito de la protección diplomática también es aplicable a las cláusulas que requieren el recurso a los tribunales locales en el marco del derecho internacional en materia de inversiones. La conclusión según la cual la ineffectividad de los recursos locales constituye una excepción al deber de recurrir a los tribunales locales también es confirmada por la doctrina y la jurisprudencia³²⁰.

604. Sin embargo, existe una diferencia sustancial entre estos dos tipos de cláusulas. Mientras que, en el ámbito de la protección diplomática, por lo general, el individuo afectado debe “agotar” los recursos locales, en el caso del requisito de recurso a los tribunales locales, por lo común, el inversor debe someter la controversia a los tribunales locales durante un período de tiempo determinado. Dadas las realidades del arreglo de diferencias complejas y las múltiples etapas propias de los procesos judiciales locales, de las que los Estados Contratantes de los TBI tienen pleno conocimiento, es difícilmente factible (y hasta aquí todos parecen coincidir) asignar a dichas cláusulas el fin de resolver una diferencia relativa a inversiones pasando por el sistema jurídico local y obteniendo una sentencia definitiva dentro de ese período de tiempo. No obstante, la consecuencia del reconocimiento del propósito limitado de tales cláusulas no consiste en impugnar la corrección y relevancia de estas últimas en absoluto³²¹, sino en dirigir la atención hacia

³²⁰ *Biwater Gauff (Tanzania), Ltd. c. Tanzania*, Caso CIADI N° ARB/05/22, Laudo, 24 de julio de 2008, párr. 343; *Saipem S.p.A. c. Bangladesh*, Caso CIADI N° ARB/05/7, Decisión sobre Jurisdicción y Recomendación sobre Medidas Provisionales, 21 de marzo de 2007, párr. 153. Sin embargo, para la opinión contraria (con respecto al TBI Reino Unido-Argentina), véase CNUDMI, *BG Group Plc. c. Argentina*, Laudo Definitivo, 24 de diciembre de 2007, párr. 146 (si bien acepta una variación del argumento de ineffectividad en función del art. 32 de la CVDT; véase *ibidem*, párr. 147) al igual que la posterior decisión del Tribunal Federal de Apelaciones de los EE. UU. del Circuito del Distrito de Columbia, *Argentina c. BG Group Plc.*, 665 F.3d 1353 (D.C. Circuit, 17 de enero de 2012), 2 y 17; sobre el cual 106 AJIL (2012) 393 y ss. Un vez más con respecto al TBI Argentina - EE. UU., véase, asimismo, *ICS Inspection and Control Services Limited c. Argentina*, Caso CPA N° 2010-9, Laudo sobre Jurisdicción, 10 de febrero de 2012, párr. 263, que cita la Decisión *Abaclat* como la única decisión planteada ante el Tribunal en la que un elemento de ineffectividad se había utilizado con éxito a fin de permitir apartarse del prerrequisito de recurso a los tribunales locales, y concluye que la demostración de la ineffectividad no había sido satisfactoria para el Tribunal (véase *ibidem*, párrs. 269 y 273); en el mismo sentido (con respecto al TBI Alemania-Argentina), véase *Daimler Financial Services AG c. Argentina*, Caso CIADI N° ARB/05/1, Laudo, 22 de agosto de 2012, párr. 198, en el que el Tribunal parece confirmar, en principio, la existencia de una excepción de ineffectividad, pero concluye que los Demandantes no demostraron la ineffectividad en el marco del caso en cuestión (véase *ibidem*, párr. 191); no obstante, véase la Opinión Disidente del Juez Brower, párr. 15. Véase, en general, C. Schreuer, *Travelling the BIT Route. Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road*, *Journal of World Investment and Trade* (2004), 231, en 238.

³²¹ Sin embargo, véase P. Juillard, *Chronique de droit international économique – Investissements*, 41 *Annuaire Français de Droit International* (1995) 604, en 608; A. Crivellaro, *Consolidation of Arbitral and Court Proceedings in Investment Disputes*, 4 *Law and Practice of International Courts and Tribunals* (2005) 371, en 399.

estos fines específicos y averiguar cuales son las funciones que dichas cláusulas podrían cumplir efectivamente en el plazo limitado previsto, que, en el caso que nos ocupa, es de 18 meses³²².

605. Puede que dicho período de tiempo efectivamente sea suficiente para iniciar un proceso judicial formal a fin de impulsar a las Partes de la controversia a arribar a un acuerdo judicial o extrajudicial o para que los tribunales nacionales emitan una sentencia de primera instancia en favor del inversor que no sea apelada por el Estado receptor. Dado que puede que el sistema judicial local cumpla con tales propósitos cuando existan “razonablemente disponibles recursos internos que provean una reparación efectiva” y en tal medida, la excepción de ineffectividad parece ser el criterio adecuado también con respecto a las cláusulas de recurso a los tribunales locales.
606. Asimismo, puesto que la excepción de ineffectividad incluso puede dejar de lado el deber de agotar los recursos locales – es decir, el uso de (prácticamente) todos los medios que ofrece el sistema local de arreglo de diferencias durante un período de tiempo (prácticamente) ilimitado –, esto debe ser cierto *a fortiori* a efectos del deber de recurrir a los recursos locales durante un período de tiempo limitado. En este sentido, el único aspecto en el que existe una diferencia sustancial entre los dos tipos de cláusulas, a saber, el aspecto temporal, no impide establecer un paralelo entre ellos con respecto a la excepción de ineffectividad, sino que milita a favor de reforzar el establecimiento de este paralelo.
607. Por lo tanto, el Tribunal concluye que la interpretación de las cláusulas de un TBI como el art. 8(3) del TBI Argentina-Italia, a la luz del art. 31(3)(c) de la CVDT, deriva en la admisión de una excepción de ineffectividad también con respecto a dichas cláusulas, sobre la base del modelo de la excepción de ineffectividad a la regla del agotamiento de los recursos locales en el ámbito de la protección diplomática.

³²² Véase párr. 593 *supra*.

2) Umbral de la excepción de ineffectividad

608. Dados la estructura y los fines ampliamente análogos de las cláusulas de agotamiento de los recursos locales en el marco del derecho en materia de protección diplomática y las cláusulas que prevén el recurso a los tribunales locales como el art. 8(3) del TBI Argentina-Italia, el Tribunal considera adecuado referirse al trabajo de la Comisión de Derecho Internacional acerca de la protección diplomática con respecto al *umbral* de la excepción de ineffectividad. El criterio fue articulado en el art. 15(a) del Proyecto de Artículos sobre la Protección Diplomática de la CDI de 2006 mencionado *supra* de la siguiente manera: “No será necesario agotar los recursos internos cuando [...] [n]o haya razonablemente disponibles recursos internos que provean una reparación efectiva o los recursos internos no ofrezcan ninguna posibilidad razonable de obtener esa reparación [...]”³²³.
609. Este criterio fue cuidadosamente redactado y documentado por la Comisión de Derecho Internacional, como surge claramente del Comentario del Proyecto de Artículos.

(3) El criterio de la "inutilidad manifiesta", expuesto por el árbitro Bagge en el *Arbitraje relativo a los buques finlandeses*, fija un umbral demasiado alto. En cambio, el criterio de la "falta de perspectiva razonable de éxito", aceptado por la Comisión Europea de Derechos Humanos en varias decisiones, es demasiado generoso para el demandante. Esto deja la tercera opción, que evita los términos rigurosos de "inutilidad manifiesta", pero impone sin embargo una pesada carga al demandante al exigirle que pruebe que, en las circunstancias del caso, y atendiendo al ordenamiento jurídico del Estado demandado, no hay una posibilidad razonable de obtener una reparación efectiva.

Este criterio tiene su origen en el voto particular de Sir Hersch Lauterpacht en el asunto de los *Empréstitos noruegos* y es apoyado por una parte de la doctrina. [...]

De ese modo, el criterio encuentra apoyo en las resoluciones judiciales que han mantenido que no han de agotarse los recursos internos cuando el tribunal interno no sea competente para conocer de la controversia de que se trate, cuando la legislación nacional que justifica los actos impugnados por el extranjero no estén sujetos al control jurisdiccional de los tribunales internos, cuando sea notorio que los tribunales internos carecen de independencia, cuando una jurisprudencia constante y bien establecida sea contraria al extranjero, cuando los tribunales internos no ofrezcan al extranjero una vía de recurso apropiada y suficiente o cuando el Estado demandado no tenga un sistema adecuado de tutela judicial.

³²³ Véase párr. 599 *supra*.

(4) Para cumplir los requisitos del apartado a) no es suficiente que la persona perjudicada pruebe que las posibilidades de éxito son escasas o que sería difícil o costoso recurrir en apelación. El criterio no es si son probables o posibles unos resultados positivos, sino si el ordenamiento jurídico interno del Estado demandado es razonablemente capaz de ofrecer una reparación efectiva. Esto debe determinarse atendiendo al derecho interno y las circunstancias existentes. Es una cuestión que decidirá el tribunal internacional competente encargado de examinar la cuestión de si se han agotado los recursos internos. La decisión en esta materia debe tomarse sobre la base de que la reclamación es fundada³²⁴.

610. A la luz de la razonable y equilibrada reformulación por parte de la Comisión de Derecho Internacional del umbral aplicable a la excepción de ineffectividad, el Tribunal no considera necesario invocar los estándares alternativos propuestos por las Partes. En ese sentido, no suscribirá al alegato de los Demandantes según el cual el recurso al arbitraje internacional “no debería ser puesto en peligro indebidamente ni dilatado, cuando no existen expectativas realistas de que los otros medios para la resolución de disputas resulten viables o exitosos” (*C I* § 379). Del mismo modo, en vista de que lo que se ha afirmado previamente, el Tribunal no está convencido de que “según los tribunales arbitrales internacionales, la prueba de la ineffectividad consiste en la ‘obvious futility’ o ‘manifest ineffectiveness’, es decir, se requiere algo más que una alegada posibilidad de fracaso”, como alega la Demandada (*R I* §§ 290, 296, n. 402f.; *R II* §§ 465, 473)³²⁵.
611. Asimismo, el Tribunal desearía señalar que, dado que el caso que nos ocupa se refiere exclusivamente a un requisito de recurso temporal a los tribunales locales, por oposición a un verdadero requisito de agotamiento de los recursos locales, no es posible considerar que el umbral que debe alcanzarse para que la excepción de ineffectividad se produzca en el presente caso es más elevado que en el ámbito de la protección diplomática. Por el contrario, el umbral es considerablemente más bajo.

³²⁴ Proyecto de Artículos sobre la Protección Diplomática de la CDI, Comentario, art. 15(3) (notas al pie omitidas).

³²⁵ Cabe destacar que la Demandada hace referencia al *United States Restatement (Third) of Foreign Relations Law*, en virtud del cual las excepciones de ineffectividad se aplican únicamente cuando los recursos locales son “claramente ficticios o inadecuados, o se prolongan durante un plazo irrazonable”, § 713 cmt. f (1986).

3) Aplicación de la excepción de ineffectividad al presente caso

612. Los Demandantes presentan tres argumentos separados en favor del cumplimiento de la excepción de ineffectividad en el presente caso, la Demandada oponiéndose a estos tres. El Tribunal en este momento los examinará de a uno a la vez.
613. a) Los Demandantes afirman que cualquier acción legal de su parte ante los tribunales argentinos habría sido un ejercicio completamente inútil debido a que es claramente imposible que los tribunales internos decidan un caso de tal magnitud en sólo 18 meses (*Solicitud* § 89; *C I* § 419; *C II* §§ 208, 211; *Tr* pág. 240/22). Sin embargo, como ya se ha señalado *supra*³²⁶, la Demandada (*R I* §§ 291, 294; *R II* § 466; *R III* § 94) tiene razón al afirmar que no puede considerarse que el art. 8(3) del TBI exija que una controversia sea *resuelta* por una sentencia firme en el sistema de tribunales judiciales nacionales dentro de los 18 meses, sino sólo que la controversia sea *sometida* a los tribunales nacionales.
614. Para empezar, la disposición exige únicamente que la controversia no sea sometida al arbitraje internacional hasta tanto no haya transcurrido “un plazo de dieciocho meses desde la notificación del *comienzo* del procedimiento ante las jurisdicciones nacionales” (énfasis agregado). Adicionalmente, la propia existencia del art. 8(4) del TBI Argentina-Italia³²⁷ confirma que las Partes del TBI consideraron que no sería extraño que un procedimiento local estuviera aún en curso al momento de iniciarse el arbitraje. Además, al reconocer en forma expresa que un caso con una determinada complejidad en la esfera fáctica y jurídica difícilmente podría abordarse en un período de 18 meses en cualquier sistema jurídico (en particular teniendo además en cuenta la naturaleza de pluralidad de niveles de los sistemas de tribunales nacionales) (*Tr* pág. 485/20), los propios Demandantes sugieren que interpretar que la disposición establece un estándar temporal para la disposición definitiva de la controversia no puede ser una interpretación sensata de la disposición en cuestión. De otro modo, el período de 18 meses que fue acordado de

³²⁶ Véase párr. 604 *supra*.

³²⁷ “A partir del momento en que se inicie un procedimiento arbitral, cada una de las partes en la controversia adoptará todas las medidas necesarias a fin de desistir de la instancia judicial en curso”.

manera expresa por las Partes se declararía insignificante en la mayoría de las controversias relativas a inversiones de la vida real.

615. b) En la opinión de los Demandantes, la Ley N° 26.017 fue absolutamente categórica al cerrar la puerta a cualquier posibilidad de obtener una reparación ante los tribunales argentinos (*Solicitud* § 88; *C I* § 411; *C II* § 201). Consideran que en particular esto es cierto para el art. 6 de la Ley³²⁸ en tanto que impedía a los tribunales locales cumplir las propias funciones que el requisito previo de *recurso a los tribunales locales* decía servir. La Demandada refuta que los Demandantes podrían haber dejado de lado la Ley N° 26.017 (suponiendo que no estaba de acuerdo con las obligaciones internacionales de Argentina) argumentando ante los tribunales locales que, en virtud del art. 75, inciso 22 de la Constitución de la Nación Argentina, los tratados internacionales de los cuales Argentina es parte gozan de una jerarquía superior en el sistema jurídico argentino que la de las leyes adoptadas por el Congreso (*R I* § 296; *R II* § 473; *Tr págs.* 40/20; 449/13; 451/16).
616. Sin embargo, los Demandantes argumentan que no se podía esperar un curso de acción tal por parte de los tribunales argentinos, en tanto la orientación jurídica adoptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en su Sentencia en el marco del caso *Galli* del año 2005³²⁹ demostró que cualquier tenedor de bonos que intentara obtener el pago recurriendo a los tribunales nacionales argentinos se enfrentaría el rechazo de sus reclamaciones, de modo que cualquier intento habría resultado un ejercicio totalmente inútil y frustrante (*C I* §§ 415, 418; *C II* § 203; *Tr pág.* 237/14). La Demandada refuta este argumento poniendo énfasis en que el caso *Galli* fue un caso puramente interno que incluyó exclusivamente tenedores de bonos locales de modo tal que no puede ser adoptado como orientación de cómo habría tratado el sistema judicial argentino a los tenedores de bonos no nacionales, en particular en consideración del art. 75, inciso 22 de la Constitución.

³²⁸ Véase nota 286 *supra*.

³²⁹ Véase párr. 557 *supra*.

617. En el caso *Galli*, la Corte Suprema remitió un fallo del tribunal de apelaciones que había ordenado a la Demandada a pagar determinadas sumas debidas a determinados nacionales argentinos en virtud de los bonos que estos últimos no habían ofrecido para su intercambio, y sostuvo la compatibilidad de la legislación de restructuración de deuda con la Constitución de la Nación Argentina. En lo que se refiere a las razones de este fallo, estas se establecen en bastante detalle en la Opinión del Procurador General de la Nación (págs. 1-29) que los siete Jueces de la Corte Suprema respaldaron expresamente (pág. 30). Contra este contexto, se puede decir que la sentencia del caso *Galli* se funda en las siguientes conclusiones:

- Tanto el Procurador General como los Jueces de la Corte ponen énfasis en las facultades del Congreso, en virtud de los incisos 7 y 8 del art. 75 de la Constitución de la Nación Argentina, de arreglar el pago de la deuda interior y exterior de la Nación y de fijar el presupuesto general de gastos, y se refieren a la “soberanía monetaria” del Congreso (pág. 23; por los Jueces de la Corte Zaffaroni y Lorenzetti, § 10, pág. 55).
- Contra este contexto, el proceso de restructuración de deuda se califica como perteneciente a la esfera política y por lo tanto generalmente no sujeto a revisión judicial, a pesar de una prueba bastante genérica de “carácter razonable” y no discriminación de las medidas en cuestión, pero que no modifica la figura general de la deferencia judicial en relación con los escalones políticos (pág. 26; por los Jueces de la Corte Maqueda y Highton de Nolasco, § 12, pág. 42; por los Jueces de la Corte Zaffaroni y Lorenzetti, § 9, pág. 54; por el Juez de la Corte Argibay, § 4, pág. 64).
- Además, se señala que la participación en la Oferta de Canje constituyó una opción para los tenedores de bonos y que aquellos que no participaron actuaron en forma voluntaria y por lo tanto se expusieron a las consecuencias de su conducta (por los Jueces de la Corte Maqueda y Highton de Nolasco, §§ 18, 19, págs. 46, 47). Los inversores eran conscientes de que las leyes adoptadas por el Congreso prohibían al poder ejecutivo reabrir el proceso de oferta así como la posibilidad de celebrar cualquier tipo de transacción judicial, extra judicial o

privada con respecto a los bonos que no fueron intercambiados (por el Juez de la Corte Argibay, § 7, págs. 65, 66).

- El Procurador General y los Jueces de la Corte Suprema de Justicia recurrieron al caso de la Corte Suprema *Brunicardi*³³⁰ que abordó la deuda externa soberana de Argentina y las medidas adoptadas en este sentido por parte del Gobierno Argentino en el año 1983. Por consiguiente, si un Gobierno decidió suspender el pago de deuda por razones de necesidad financiera o interés público, esto fue generalmente aceptado por la comunidad internacional (pág. 20). De acuerdo con la Corte Suprema en el caso *Brunicardi*, existe un principio de derecho internacional que excluye la responsabilidad internacional de un Estado en caso de suspensión o modificación, en todo o en parte, del pago de la deuda externa, en el caso de que un Estado se vea obligado a hacerlo obedeciendo a razones de necesidad financiera (pág. 22; por los Jueces de la Corte Maqueda y Highton de Nolasco, § 10, pág. 39; por los Jueces de la Corte Zaffaroni y Lorenzetti, §§ 13, 14, págs. 59, 60).

618. El Tribunal considera que estos argumentos se aplican, en principio, con igual fuerza a los tenedores de bonos no nacionales. En particular, dada la postura de la Corte Suprema respecto del derecho internacional, es muy dudoso si una referencia al art. 75, inciso 22 de la Constitución de la Nación Argentina y a las obligaciones internacionales de Argentina en virtud del TBI habrían cambiado esta descripción. Bien puede ser que la Constitución dote a los tratados internacionales de una jerarquía normativa superior a la de las leyes, pero un TBI seguiría siendo inferior a las disposiciones de la propia Constitución. La Corte Suprema en el caso *Galli* pone énfasis en las facultades del Congreso de arreglar el pago de la deuda interna y externa, en particular en situaciones de emergencia, y acepta que el proceso de restructuración de deuda emana de esta facultad constitucional. El hecho de que la Corte Suprema califique la legislación de restructuración como generalmente no justiciable por parte de los tribunales y confirme su carácter razonable sugiere que la Corte Suprema no estaba preparada para interferir en

³³⁰ Fallos 319:2886.

el ejercicio de las facultades del Congreso, las cuales, en la opinión de la Corte Suprema, le estaban reservadas al Congreso por la propia Constitución.

619. Además, el caso *Galli* fue seguido por dos fallos posteriores de la Corte Suprema de la República Argentina en el año 2008 en los cuales ratificó expresamente el enfoque adoptado en el caso *Galli*³³¹. Por lo tanto, cuando los Demandantes presentaron la Solicitud en el año 2008 – y esta es la perspectiva desde la cual se debe evaluar la ineffectividad *vel non* de recurrir a los tribunales argentinos – fueron confrontados con una serie de casos ante la Corte Suprema que manifestaron que esta última no estaba dispuesta a dejar que el Poder Judicial interfiriera en las decisiones de restructuración de deuda del Congreso respecto de la situación de emergencia de comienzos de la década de 2000.
620. Dada la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina y a la luz de las circunstancias imperantes en el presente caso, el Tribunal concluye que recurrir a los tribunales nacionales argentinos y eventualmente a la Corte Suprema no les habría ofrecido a los Demandantes una posibilidad razonable de obtener una reparación efectiva de los tribunales nacionales y en consecuencia habría sido inútil. Por lo tanto, los Demandantes no violaron la obligación de haber recurrido a los tribunales argentinos conforme al art. 8(2) y (3) del TBI Argentina-Italia cuando presentaron la Solicitud de Arbitraje el día 23 de junio de 2008.
621. Al Tribunal le gustaría agregar que –conforme su entendimiento - desde el año 1994, es decir, desde la introducción del nuevo art. 75, inciso 22 a la Constitución de la Nación Argentina, ninguna ley nacional fue derogada por ser incompatible con un TBI.
622. c) En lo que se refiere al argumento de los costos, no puede caber duda de que recurrir a los tribunales nacionales generaría costos adicionales para el inversor. Sin embargo, como ha señalado correctamente la Comisión de Derecho Internacional en el contexto de la obligación de agotamiento de los recursos internos en los casos de protección

³³¹ *Lucesoli, Daniel Bernard c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ amparo*, Caso N° L. 542. XLIII, 9 de septiembre de 2008 (Anexo CLA-38) y *Rizzuti, Carlos Pablo c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ amparo*, Caso N° R. 483. XLIV, 22 de diciembre de 2008 (Anexo CLA-39).

diplomática, no es suficiente demostrar que esos recursos son “difíciles o costosos. La prueba es [...] si el sistema interno del Estado demandado es razonablemente capaz de proveer una reparación efectiva³³²”. Aunque los Demandantes argumentan que incoar sus reclamaciones ante los tribunales argentinos puede haber dado lugar a costos sustanciales, no han establecido que la carga financiera impuesta sobre ellos habría alcanzado la medida de que no se pueda considerar que el sistema de tribunales argentinos sea capaz de proveer una reparación efectiva. Llegar a esa conclusión sobre la base de simples razones financieras sólo puede concebirse, como mucho, en circunstancias excepcionales.

623. Además, el art. 8(4) del TBI Argentina-Italia dispone que “[a] partir del momento en que se inicie un procedimiento arbitral, cada una de las partes en la controversia adoptará todas las medidas necesarias a fin de desistir de la instancia judicial en curso”. Esta disposición puede ayudar a aliviar la carga financiera al evitar o reducir los costos que les corresponden a los Demandantes en tanto y en cuanto compromete, asimismo, a una Parte a adoptar las medidas necesarias para permitirle a la otra Parte desistir de los procedimientos locales. Por lo tanto, una vez que haya transcurrido el período de 18 meses y una Parte decida proceder al arbitraje internacional, la otra Parte debe, en la medida de lo posible, adoptar las medidas necesarias para que no surjan costos adicionales para la primera Parte debido al simple hecho de ejercer un derecho expresamente otorgado a ella por el TBI, a saber, el art. 8(3) del TBI. Cualquier otra interpretación no será congruente con el art. 8(4) de buena fe. Como consecuencia posible, si una Parte utilizó instrumentos del derecho interno a su disposición para hacer excesivamente costoso que la otra Parte abandone los procedimientos internos a fin de privarla realmente de proceder al arbitraje internacional, esto podría constituir una violación del art. 8(4) del TBI y podría llevar a la Parte agraviada a incoar acciones por las pérdidas incurridas en los procedimientos arbitrales ulteriores.

³³² Proyecto de Artículos sobre la Protección Diplomática de la CDI, art. 15(a), Comentario; véase nota 324 *supra*.

4) Las conclusiones del Tribunal y la Decisión en el caso *Abaclat*

624. El Tribunal en el caso *Abaclat* llegó al mismo resultado, a saber, que los Demandantes no violaron la obligación de recurrir a los tribunales argentinos, de conformidad con el art. 8(2) y (3) del TBI Argentina-Italia, aunque sobre la base de un razonamiento diferente. No quiso fundarse tanto en el “principio general de ineffectividad” sino en una “ponderación de los intereses específicos en cuestión”. Esta ponderación de los intereses de las Partes apunta a tener en cuenta seriamente los intereses del Estado receptor de tener una oportunidad de tratar el hecho supuestamente ilícito en el marco de su propio sistema jurídico nacional antes de recurrir al arbitraje internacional, y luego a comparar este interés con aquel de los Demandantes de que se les provea un mecanismo efectivo de resolución de diferencias. En la opinión del Tribunal de *Abaclat*, “la cuestión pertinente no es si ‘habría sido posible solucionar eficientemente la controversia en la justicia argentina’, sino ‘si se privó a la Argentina de una oportunidad justa de tratar la controversia en el marco de su propio sistema jurídico nacional debido a que las Demandantes no respetaron el requisito de los 18 meses de litigio³³³,” “[E]sta oportunidad no debe ser únicamente una oportunidad teórica, sino que debe existir una posibilidad real en la práctica de que el Estado receptor, a través de sus órganos judiciales, trate la cuestión de una forma que pueda conducir a un arreglo efectivo de la diferencia³³⁴.”[Traducción del Tribunal].
625. Sobre la base de ese enfoque de la cuestión, el Tribunal de *Abaclat* concluyó que “[a] la luz de la Ley de Emergencia³³⁵ y otras leyes y decretos pertinentes que prohíben los pagos de todo tipo por concepto de compensación a las Demandantes, el Tribunal concluye que Argentina no estaba en situación de tratar adecuadamente la presente diferencia en el marco de su sistema jurídico nacional. Como tal, el interés de Argentina

³³³ Decisión *Abaclat*, párr. 581 así como los párrs. 582 y 584.

³³⁴ *Ibidem*, párr. 582.

³³⁵ El Tribunal *Abaclat* por la presente se refiere a la Ley N° 26.017, a la que también se hace referencia como *ley Cerrojo* (véase *ibidem*, párr. 78). En cuanto a la ambigüedad de la decisión de la mayoría en este sentido (que también se refiere a la Ley de Emergencia Pública y Reforma del año 2002 como “Ley de Emergencia”; *ibidem*, párr. 60) véase *C IV § 19, n. 12* y *R IV 16, n. 62*.

de reclamar la utilización del recurso a la justicia local, no justifica privar a las Demandantes de su derecho de recurrir al arbitraje por la sola razón de que decidieron no presentar previamente su diferencia ante el sistema judicial argentino³³⁶.”[Traducción del Tribunal].

626. El razonamiento del Tribunal *Abaclat* se compromete con un enfoque que se centra en “el contexto, así como [...] el fin y el objeto del Artículo³³⁷”[Traducción del Tribunal]. Aunque esta redacción evoca a los elementos del art. 31 de la CVDT, la decisión del Tribunal fue criticada duramente en la Opinión Disidente del Profesor Abi-Saab por “toma[rse] la libertad de desoír, con una opinión puramente subjetiva, un claro requisito convencional³³⁸”[Traducción del Tribunal]. El presente Tribunal ha elegido un camino diferente para su razonamiento respecto del asunto y, en el apartado anterior, ha establecido en detalle como una interpretación estrictamente leal a los requisitos del art. 31 de la CVDT, en particular incluido el art. 31(c) de la Convención de Viena, lleva a identificar una excepción de ineffectividad en la *lex lata* pertinente, es decir, el art. 8(2) y (3) del TBI Argentina-Italia.
627. Sin embargo, el Tribunal no puede ignorar que en un nivel más general el razonamiento de “ineffectividad” que rige la presente Decisión y el enfoque de “oportunidad justa” respaldado por el Tribunal *Abaclat* no son mutuamente excluyentes, sino que se complementan. De hecho, parecen fundarse en perspectivas diferentes de la misma realidad de intereses en pugna. En tanto el razonamiento de “ineffectividad” más bien mira al problema desde la perspectiva de los *Demandantes*, el enfoque de “oportunidad justa”, al preguntarse si se le brinda a la *Demandada* una oportunidad justa de abordar la diferencia a través de sus tribunales nacionales, adopta la perspectiva de esta última. De manera similar, en tanto el énfasis del enfoque de “ineffectividad” es sobre la existencia de una reparación *efectiva* para los Demandantes, el enfoque de “oportunidad justa” recurre a la idea de *pérdida* del derecho de la Demandada de tratar el caso de manera

³³⁶ Decisión *Abaclat*, párr. 588.

³³⁷ *Ibidem*, párr. 579.

³³⁸ Opinión Disidente del Profesor Abi-Saab en el caso *Abaclat*, párr. 30.

preferencial debido a su incapacidad o falta de voluntad para proveer los medios jurídicos para resarcir al/ a los inversor(es).

628. En síntesis, el desafío es encontrar un justo equilibrio entre estos intereses igualmente legítimos e importantes en virtud de las circunstancias de un caso concreto. En vistas de los actos de la Demandada, en particular la adopción de la Ley N° 26.017, considerar que el art. 8 del TBI Argentina-Italia exige que los Demandantes recurran a los tribunales argentinos ante una situación como la presente y sancionar el que no lo hayan hecho rechazando el caso, sería para el Tribunal imponer una carga indebida sobre los Demandantes y no sería compatible con su responsabilidad de garantizar procedimientos arbitrales justos y efectivos. Después de todo, fueron actos claramente atribuibles a la Demandada, a saber los arts. 3 y 6 de la Ley N° 26.017, los que les impidieron a las autoridades ejecutivas y judiciales de Argentina por *fiat* legislativa del Congreso de la Nación Argentina – las leyes sancionadas por el Congreso, constituyendo, conforme al art. 13 de la Constitución de la Nación Argentina, conjuntamente con la propia Constitución, “la ley suprema de la Nación” – abordar, y mucho menos arreglar en forma efectiva, las reclamaciones de los Demandantes dentro del sistema jurídico argentino. En consecuencia, no se puede concluir que los Demandantes violaron el requisito de recurso a los tribunales nacionales de la Demandada, según se prevé en el art. 8(2) y (3) del TBI Argentina-Italia.

d) *Ausencia de necesidad de fundarse en la cláusula de nación más favorecida del art. 3(1) del TBI*

629. En vistas de este resultado, no es necesario que el Tribunal aborde la cuestión de si la cláusula de nación más favorecida incluida en el art. 3(1) del TBI Argentina-Italia puede haber autorizado a los Demandantes a fundarse en una cláusula de resolución de diferencias supuestamente más favorable, incluida en el art. VII(3) del TBI Argentina-EE. UU.

OPINIÓN DISIDENTE DEL ÁRBITRO TORRES BERNÁRDEZ

630. El Árbitro Dr. Torres Bernárdez emitirá una Opinión Disidente respecto de la presente Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad. Como se ha acordado con el Dr. Torres Bernárdez, el texto de la Opinión Disidente se publicará posteriormente.

DECISIONES ADOPTADAS POR EL TRIBUNAL

631. En vista del razonamiento precedente y sujeto al mandato de las Partes en virtud del cual, en esta etapa del procedimiento, debe limitar su decisión a “las excepciones preliminares de carácter general exclusivamente”³³⁹ [Traducción del Tribunal], el Tribunal:

- *Resuelve* que el caso que nos ocupa recae en la jurisdicción del Centro y que el Tribunal goza de competencia para resolverlo;
- *Resuelve* que las reclamaciones de los Demandantes son admisibles;
- *Por lo tanto, desestima* todas las excepciones planteadas por la Demandada en materia de jurisdicción y admisibilidad;
- *Toma nota* de la terminación del procedimiento a partir del día 8 de febrero de 2013 con respecto a los 29 Demandantes enumerados en el párr. 343 *supra*.
- *Ordena* que los Demandantes mencionados anteriormente y la Demandada se hagan cargo de las costas del arbitraje y de sus propios costos como se establece en los párrs. 348-352 *supra* y en una Resolución Procesal separada;
- *Reserva* la decisión en materia de costas no adoptada en la presente Decisión ni en la Resolución Procesal separada para la fase de fondo del procedimiento;
- *Resuelve* modificar el nombre del presente procedimiento a “*Ambiente Ufficio S.p.A. y Otros c. República Argentina*”.

³³⁹ Véase párr. 5 *supra*.

Hecho en inglés y español, ambas versiones siendo igualmente auténticas.

[FIRMADO]

Juez Bruno Simma
Presidente del Tribunal

[FIRMADO]

Profesor Karl-Heinz Böckstiegel
Árbitro

Dr. Santiago Torres Bernárdez
Árbitro