Ambiente Ufficio S.P.A. y Otros (Caso anteriormente denominado Giordano Alpi y Otros) (Demandantes)

y

República Argentina (Demandada)

(Caso CIADI N° ARB/08/9)

Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad

Opinión disidente del Árbitro Santiago Torres Bernárdez

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN1
1. El alcance general de mi disidencia
2. La reparación pretendida por los Demandantes y el fundamento de jurisdicción
invocado8
3. Las excepciones preliminares planteadas por la Demandada
4. La economía general de la presente Opinión
Capítulo I – Una cuestión preliminar planteada por la Decisión de la Mayoría: la
denominada "relación especial" entre el presente caso y el caso <i>Abaclat</i>
1. Reafirmación de la autonomía del presente caso como caso principal
2. La atracción para la presente Mayoría de la decisión mayoritaria del caso
Abaclat
3. La falacia del "argumento de la continuidad" que subyace la posición de la
Decisión de la Mayoría
4. La actitud de la Decisión de la Mayoría con respecto a la opinión disidente del
Profesor Abi-Saab en el caso <i>Abaclat</i>
5. Referencia selectiva de la Decisión de la Mayoría al compendio de antecedentes
fácticos de la decisión mayoritaria del caso Abaclat
Capítulo II - Comentarios sobre ciertas conclusiones bisagra y omisiones de la Decisión
de la Mayoría
1. La distinción entre "reclamos masivos", "acciones de clase" y "procesos
representativos" y "reclamos colectivos", "acciones de múltiples partes" y "reclamos
conjuntos": una distinción sin diferencia para la Decisión de la Mayoría que ignora
la regla del consentimiento al arbitraje del derecho internacional general y la regla
general de interpretación de los tratados codificada en la CVDT
2. El acuerdo de arbitraje entre las Partes de la controversia en virtud del sistema del
TBI: el desconocimiento por la Decisión de la Mayoría de aspectos fundamentales
de la formación de dicho acuerdo y su conclusión
3. La definición de "inversores protegidos" (jurisdicción ratione personae): las
decisiones anticipadas y los errores de la Decisión de la Mayoría en la interpretación
y aplicación de las disposiciones relevantes del Convenio CIADI y del TBI
Argentina-Italia
Capítulo III - El requisito de la "inversión" del Artículo 25(1) del Convenio CIADI de
1965 y la definición de "inversión" del párrafo 1 del Artículo 1 del TBI Argentina-Italia
de 1990: un análisis de las "inversiones protegidas" (jurisdicción <i>ratione materiae</i>) 54
1. La supuesta unidad económica general de las transacciones en cuestión
2. La caracterización afirmada de la unidad económica general de las transacciones
entendida como "operación de inversión"
3. El concepto de "inversión" en el Artículo 25(1) del Convenio CIADI de 1965 y su
relevancia para determinar la competencia de los tribunales arbitrales CIADI (la
prueba de "doble enfoque")
4. Determinación del sentido corriente del término "inversión" en el Artículo 25(1)
del Convenio CIADI por aplicación de las reglas de derecho internacional de
interpretación de los tratados codificadas por la CVDT
(a) El recurso de la Decisión de la Mayoría a los medios de interpretación
complementarios de los tratados del artículo 32 de la CVDT
(b) El sentido corriente del término "inversión" en el Artículo 25(1) del Convenio
CIADI determinado por la aplicación de regla general de interpretación de los
tratados del artículo 31 de la CVDT y de la denominada prueba de "Salini" 79

5. La definición de "inversión" del Artículo 1(1) del TBI Argentina-Italia	96
(a) Textos auténticos y economía general de la definición	96
(b) El texto de la definición de "inversión" en el encabezamiento del Arti	ículo
1(1) del TBI y su interpretación	98
(c) Requisitos que califican la expresión "aporte o bien invertido o reinve	rtido
por personas físicas o jurídicas de una Parte Contratante" del encabezamiento	
Artículo 1(1) del TBI	
(i) Consideraciones generales	
(ii) La inversión debe realizarse "en el territorio" de la otra Parte Contra	
(iii) La inversión debe realizarse "de acuerdo a las leyes y reglamentos"	
otra Parte Contratante	
6. Conclusión	. 113
Capítulo IV- El consentimiento al arbitraje de las Partes en la controversia	. 115
1. El consentimiento del Estado demandado	
(a) Algunas cuestiones de derecho internacional público	. 115
(i) La regla de derecho internacional del consentimiento del Estado	
jurisdicción	
(ii) El consentimiento del Estado a la jurisdicción debe ser voluntario, cie	erto e
inequívoco, sea cual fuere la forma de su manifestación o el título o	o los
fundamentos de jurisdicción invocados	. 120
(iii) La distinción entre disposiciones materiales o sustantivas, disposici	iones
sobre resolución de controversias y cláusulas finales en los tratados	. 122
(iv) El alcance de la aplicación de las cláusulas de la NMF redactada	is de
forma general y el principio ejusdem generis	. 127
(v) Como titulares de un derecho secundario, los inversores priv	ados
extranjeros tienen acceso al arbitraje internacional solo mediante la acepta	ación
de la "oferta permanente de arbitraje" con los términos, las precondici	ones
generales y los requisitos previos formulados por los Estados Contratante	s del
TBI	
(vi) Inaplicabilidad de las normas derecho internacional consuetudinario s	sobre
el previo agotamiento de los recursos internos y la protección diplomática	ca al
presente caso	
(b) El alcance del consentimiento de la Demandada al arbitraje internaci	
prestado en la "oferta permanente de arbitraje" del Artículo 8 del TBI Argen	
Italia de 1990	
(i) El consentimiento de la Demandada al arbitraje internacional dentro	o del
sistema de resolución de diferencias del TBI	
(ii) Precondiciones generales	
(iii) El prerrequisito de "consultas amistosas"	
(iv) El prerrequisito de "litigar durante 18 meses ante los tribunales loca	
(v) La naturaleza jurisdiccional de las obligaciones contempladas e	
Artículo 8 (1) – (3) del TBI Argentina-Italia	
2. Consentimiento de los Demandantes	
(a) El arbitraje internacional consentido por los Demandantes en su Solicitu	
Arbitraje	
(b) La invocación de la cláusula de la NMF del Artículo 3(1) del TBI Argen	
Italia como una base alternativa de jurisdicción	. 159

(c) La inadmisibilidad de la Solicitud de Arbitraje: presentación p	rematura e
incongruencia interna	166
(i) La cuestión de la existencia de una controversia entre las	Partes con
anterioridad a la fecha de la presentación de la Solicitud	166
(ii) La incongruencia interna de la Solicitud	169
V CONCLUSIONES FINALES	172

INTRODUCCIÓN

1. El alcance general de mi disidencia

- 1. Lamento disentir completamente de la Decisión de la mayoría. El motivo de mi disidencia es que considero que hay lugar a admitir la mayor parte de las excepciones preliminares planteadas por la Demandada en el presente caso, salvo la segunda parte de la excepción (b), dado que no se ha logrado probar suficientemente que los Demandantes hayan cometido conscientemente un abuso de derecho de mala fe al iniciar este procedimiento por medio de la Solicitud de Arbitraje presentada ante el CIADI el 23 de junio de 2008. Además, la relación entre *North Atlantic Société d'Administration* (NASAM) y los Demandantes en el presente caso no es tan rigurosa como la relación entre *Task Force Argentina* (TFA) y las demandantes en el caso *Abaclat*.
- 2. Por lo tanto, no estoy de acuerdo con mis co-árbitros por una serie de razones de principio que, según mi opinión, impiden al Tribunal -un tribunal internacional del CIADI- asumir jurisdicción en el caso. Estas razones, fundadas en consideraciones de derecho internacional público y en los argumentos y pruebas presentados, se pueden sintetizar de la siguiente manera:
 - (1) Los instrumentos de la deuda soberana argentina en que se asientan los reclamos de los Demandantes ("derechos sobre títulos" en bonos de la deuda soberana argentina) no constituyen una "inversión protegida" en virtud del Convenio CIADI, porque las supuestas "inversiones" se efectuaron sin la intención de desarrollar una actividad económica en el Estado receptor o en relación con un proyecto particular relacionado con una actividad de ese tipo en dicho Estado, como lo confirma el hecho de que ninguna de las supuestas "inversiones" se efectuaron "en territorio de la [República Argentina]" en el sentido del párrafo 1 y el párrafo 4 del Artículo 1 del TBI Argentina-Italia de 1990.
 - (2) Por consiguiente, los titulares italianos de dichos "derechos sobre títulos", en virtud del párrafo 2 del Artículo 1 del TBI Argentina-Italia, no son "inversores protegidos" *prima facie*, ya sea porque no son personas físicas o jurídicas de una Parte Contratante que hayan realizado inversiones en el territorio de la otra Parte Contratante, las estén realizando o se hayan comprometido a realizarlas, pero en las circunstancias particulares de este caso la excepción no posee sin embargo un carácter exclusivamente preliminar.
 - (3) El Convenio CIADI, las Reglas de Arbitraje, así como también el TBI Argentina-Italia, guardan silencio acerca de todo tipo de procesos colectivos (incluso los "arbitrajes de múltiples partes") y, por lo tanto, no puede considerarse que la Demandada haya aceptado someterse al tratamiento de un arbitraje de múltiples partes, a menos que haya prestado un *consentimiento adicional* a este tipo particular de procedimiento, lo que no ha sucedido en el presente caso.
 - (4) En virtud de las conclusiones anteriores -al igual que del hecho de que en virtud del derecho internacional general, la reestructuración de la deuda soberana de un Estado (o la devaluación de su moneda nacional) en situación de emergencia nacional

no es *prima facie* un hecho internacionalment ilícito - es difícil visualizar cómo la Demandada puede haber cometido una violación *prima facie* de las disposiciones sustanciales del TBI Argentina-Italia.

- (5) Como tenedores de los mencionados "derechos sobre títulos", los Demandantes son sin embargo titulares de derechos contractuales, cuya protección corresponde a los recursos legales para resarcir los supuestos daños, dado que dichos títulos se relacionan con bonos de deuda soberana argentina que se encuentran en Italia y cuya titularidad corresponde a los bancos italianos que los vendieron a los Demandantes y que los bonos emitidos por Argentina: (i) advierten a los compradores sobre los riesgos que implica la adquisición de dichos productos financieros y (ii) establecen que los bonos están regidos por leyes extranjeras y sometidos a la jurisdicción de tribunales extranjeros. Asimismo, cabe agregar que los Demandantes compraron a los bancos italianos sus "derechos sobre títulos" en el mercado minorista de Italia, no en Argentina, y que la cuestión de la validez de la transacciones correspondientes está sujeta al derecho italiano.
- (6) Al no cumplir con los prerrequisitos al arbitraje del Artículo 8 del TBI Argentina-Italia (consultas amistosas seguidas del sometimiento a los tribunales argentinos por un plazo de 18 meses previo al arbitraje), los Demandantes desatendieron el acuerdo jurisdiccional establecido entre Argentina e Italia en el TBI, el cual, bajo ningún punto de vista, contempla el acceso directo al arbitraje internacional de los inversores privados extranjeros nacionales de la otra Parte Contratante y, por consiguiente, ignora el alcance del consentimiento al arbitraje de la Demandada definido por la oferta de arbitraje establecida en el TBI. Los Demandantes admiten el incumplimiento de las precondiciones obligatorias y secuenciales del TBI al alegar principalmente su "futilidad", al igual que la cláusula de la NMF del Artículo 3 del TBI. Como se explicará más adelante en esta Opinión, considero que estas dos justificaciones del incumplimiento alegadas por los Demandantes no tienen sentido alguno a tenor del derecho internacional aplicable, de las circunstancias del presente caso y de los argumentos y pruebas presentados por las Partes.
- (7) Los Demandantes decidieron, como se admite en la práctica, manifestar su consentimiento al arbitraje del CIADI por medio de la presentación de una Solicitud de Arbitraje ante el CIADI el 23 de junio de 2008, pero la realidad de dicho consentimiento no ha quedado establecido porque: (i) la presentación de la Solicitud fue prematura en el tiempo, (ii) el alcance del consentimiento, según está expresado en la Solicitud, va más allá del consentimiento manifestado por la Demandada en la "oferta de arbitraje" contenida en el TBI Argentina-Italia y (iii) la Solicitud está viciada de incongruencia lo que no puede más que tener un efecto negativo en la determinación de la validez, formal y esencial, del consentimiento de los Demandantes expresado en dicha Solicitud de Arbitraje.

*

3. Con respeto a mis co-árbitros, lamento decir que no puedo concurrir con la Decisión de la mayoría y presento esta Opinión disidente. La Decisión de la mayoría en general no satisface los ítems que enumeré anteriormente, a causa del fervor excesivo por la protección de los intereses de los supuestos inversores extranjeros (que también se puede advertir en otras decisiones arbitrales de casos que contemplan controversias

entre un inversor y un Estado receptor). El enfoque de esta política no encaja bien con la realidad del sistema de derecho internacional público y desatiende las reglas que reglamentan la interpretación de los tratados que, curiosamente, al mismo tiempo se afirman como las reglas que deberán aplicar los tribunales arbitrales de una controversia entre un inversor y un Estado receptor para decidir sobre las cuestiones jurisdiccionales en el marco del sistema del TBI.

4. El siguiente pasaje del Laudo reciente del caso *Daimler Financial Services c. República Argentina* del 22 de agosto de 2012 describe con precisión mi posición sobre la cuestión enunciada anteriormente:

"El propósito general de los TBI consiste, por supuesto, principalmente en proteger y promover la inversión extranjera, pero dentro del marco aceptable para ambos Estados parte. Estos dos aspectos siempre deben mantenerse en tensión. Constituyen el yin y el yang de los tratados bilaterales de inversión y no pueden separarse sin vulnerar la voluntad de los Estados que celebran dichos tratados. Es en este contexto que la redacción exacta de las cláusulas de resolución de controversias desempeñan un rol clave, dado que tales cláusulas constituyen uno de los lugares de privilegio en los que los desequilibrios entre los intereses de ambas partes a menudo se definen exactamente como consecuencia del proceso de negociación del tratado" (la cursiva de la primera y la segunda línea fue agregada)¹.

5. Los TBI no son contratos normales, sino tratados bilaterales recíprocos regulados por el derecho internacional público y negociados entre dos Estados soberanos, cuya esencia "consiste precisamente en proteger las respectivas decisiones de política internacional soberana de los Estados parte por medio de la formalidad inherente a la naturaleza jurídica de tales instrumentos"². Tampoco se debe olvidar que cuando un inversor invoca un reclamo en virtud de un determinado TBI, se acude al tribunal arbitral en cuestión para determinar si "un Estado soberano ha respetado o incumplido efectivamente las obligaciones internacionales que aceptó con respecto a las inversiones realizadas por nacionales del otro Estado soberano parte en el mismo tratado"³.

*

- 6. La redacción de los TBI refleja un "equilibrio de intereses" alcanzado mediante negociaciones entre los dos Estados soberanos parte en el tratado. Los intérpretes de los TBI deben tener esto en cuenta al interpretar sus disposiciones, en especial las cláusulas sobre resolución de controversias. En efecto, al interpretar esas cláusulas los intérpretes deberían determinar la existencia y el alcance pretendido del consentimiento de los Estados parte del TBI a someter las diferencias relativas a inversiones suscitadas con un nacional de otro Estado Contratante a una determinada forma de arbitraje internacional.
- 7. De lo anterior resulta que, al interpretar las disposiciones sobre resolución de controversias en virtud de un TBI, el único "equilibrio de intereses" que cuenta es el establecido por las Partes Contratantes en la redacción de sus disposiciones o que

¹ Véase laudo *Daimler Financial Services AG c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/05/1), del 22 de agosto de 2012 ("*Daimler*" o "*Daimler c. Argentina*"), párr. 161.

² *Ibídem*, párr. 162.

³ *Ibídem*, párr. 163.

necesariamente implicaron al redactarlas. No tiene sentido desestimar dicho "equilibrio de intereses" e invocar en su lugar un "equilibrio de intereses" entre las partes en la controversia porque una de las partes, el inversor privado extranjero, es un tercero vis-àvis el TBI. Para una conclusión diferente que no comparto, ver la decisión de la mayoría en el caso *Abaclat* del 4 de agosto de 2011⁴.

8. Estoy ciertamente de acuerdo con las declaraciones del laudo *Telenor* del 13 de septiembre de 2006 que rechazan la invocación por parte de otros tribunales de consideraciones abstractas de política en favor de una mayor protección para los inversores o la importancia del arbitraje internacional a efectos de la protección de los inversores, porque lo que se debe determinar en la interpretación es la intención de las Partes Contratantes plasmada en el texto del TBI en cuestión:

"La importancia del arbitraje internacional independiente para los inversores no puede negarse, pero, según el presente Tribunal, su tarea consiste en interpretar el TBI y, a tal fin, aplicar cánones corrientes de interpretación, y no desplazar, por vía de referencia a consideraciones de política general relativas a la protección del inversor, el mecanismo de resolución de controversias específicamente negociado por las partes"⁵.

9. La práctica demuestra los riesgos de ignorar los límites del consentimiento de los Estados receptores en someterse a los medios secuenciales de arreglo pacífico estipulados en las disposiciones sobre resolución de controversias del TBI. Su desconocimiento puede desembocar en un procedimiento de anulación ante un Comité *ad hoc* del CIADI o los tribunales locales competentes de un determinado Estado⁶. En todo caso, la interpretación del TBI no es en derecho internacional público una operación jurídica que permita a los intérpretes incluir en ella elementos extraños al TBI objeto de la interpretación (o a las reglas de derecho internacional que regulan la interpretación de los tratados), dejando de lado el texto básico de las disposiciones del TBI objeto de la interpretación.

10. Asimismo, cabe destacar que la cuestión del incumplimiento de las condiciones previas para el arbitraje internacional de una disposición sobre resolución de controversias del TBI es -en derecho internacional público- una cuestión de "jurisdicción", no de "admisibilidad". La jurisprudencia de la Corte Internacional de

⁵ Véase laudo *Telenor Mobile Communications AS c. República de Hungría (Caso CIADI No. ARB/04/15)* del 13 de septiembre de 2006 ("*Telenor*"), párr. 95.

⁴ Véase caso *Abaclat y otros c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/07/5), ("*Abaclat*"), Decisión de la Mayoría sobre Jurisdicción y Admisibilidad del 4 de agosto del 2011, párrs. 579 a 591.

_

⁶ Véase, por ejemplo, la reciente sentencia de (i) la Corte de Apelación del Circuito del Distrito de Columbia de los Estados Unidos en el procedimiento de anulación del laudo en el caso *BG Group plc. c. La República Argentina*, en el que la Corte rechazó la decisión del tribunal de excusar a la demandante por no haber cumplido el prerrequisito de los 18 meses de litigio sobre la base de que el requisito habría "producido" un "resultado absurdo e irrazonable" dadas las circunstancias (*República Argentina c. BG Group plc*, N° 11-7021 (D. C. Cir. 17 de enero de 2012) y (ii) la decisión del Tribunal de Primera Instancia de Estocolmo, con respecto a la decisión del tribunal arbitral de 2007 en el caso *RosInvest Co. UK Ltd. c. Federación de Rusia*, acerca de que los árbitros no tenían competencia para determinar si las medidas adoptadas por la Federación Rusa con respecto a *RosInvest* fueron medidas expropiatorias y ordenaron a *RosInvest* reembolsar a la Federación Rusa las costas del arbitraje con intereses (decisión del 9 de noviembre de 2011, Caso N.º T 24891-07). En consecuencia, la decisión del tribunal arbitral en el caso *RosInvent* que sostuvo que, según el Artículo 3(2) del TBI Reino Unido-Unión Soviética (cláusula de la NMF), la "protección" del inversor incluía el sometimiento al arbitraje en caso de interferencia del Estado en su "uso" y "goce" de la inversión, fue anulada por dicho Tribunal de Primera Instancia.

Justicia (CIJ) y la mayoría de las decisiones arbitrales y laudos sobre diferencias relativas a inversiones confirman dicha afirmación. No obstante, la decisión de la mayoría en el reciente caso *Abaclat* califica este tipo de incumplimiento de las demandantes de causa eventual de "admisibilidad" del reclamo⁷. No obstante, este es uno de los pocos puntos en los que la Decisión de la mayoría en el presente caso se aparta de *Abaclat*, un hecho inusual que merece ser señalado en esta Introducción.

11. La distinción no opera en el ámbito del derecho internacional de igual forma que en el contexto local, como se explicó de manera correcta y clara en el siguiente pasaje del laudo del caso *Daimler*:

"[...] los análisis de admisibilidad estructurados de acuerdo con las prácticas de los tribunales nacionales no tienen relevancia para las decisiones sobre jurisdicción sobre la base de los TBI en el marco de las controversias inversionista-Estado. En el contexto nacional, los requisitos de admisibilidad son normas construidas de manera judicial diseñadas a fin de preservar la eficiencia e integridad de los procedimientos judiciales. No van más allá de la jurisdicción de los tribunales nacionales. En cambio, sirven para hacer más eficiente los expedientes eliminando cuestiones que, aunque se encuentren dentro de la jurisdicción de los tribunales, por una u otra razón no son adecuadas para el arbitrio judicial en el momento particular o en la manera particular en cuestión" (énfasis agregado).

*

12. Las tareas de los intérpretes de los TBI no consisten en tornar simétrico lo que, en el sistema del TBI, es, por definición, asimétrico, como la formación de la relación contractual establecida entre el inversor privado extranjero y el Estado receptor cuando el primero acepta la "oferta de arbitraje" realizada en el TBI por el segundo. El inversor privado extranjero en efecto posee el derecho en virtud del TBI de aceptar o rechazar dicha oferta, pero no se contempla el derecho a alterar o modificar los términos de la oferta que son los definidos en el TBI por los Estados parte en el mismo. De conformidad con el laudo Wintershall del 8 de diciembre de 2008:

"El que un inversor pudiera elegir a su arbitrio omitir el segundo paso (el requisito del sometimiento a los tribunales nacionales en un período de 18 meses) sencillamente no está contemplado, ni siquiera previsto, en el TBI Argentina-Alemania, porque el "consentimiento" (oferta permanente) del Estado receptor (Argentina) tiene como premisa haber sometido primero ante los tribunales competentes del Estado receptor toda la diferencia para su resolución por los tribunales locales".

13. Lo que está aquí en juego es *pacta sunt servanda*, a saber el principio del que fluye directamente la regla de la interpretación de buena fe establecida en el artículo 31 de la

.

⁷ Véase, por ejemplo, en relación con el incumplimiento por parte de las demandantes de la condición previa para el arbitraje internacional de conformidad con el párrafo 3 del Artículo 8 del TBI Argentina-Italia, la decisión mayoritaria en el caso *Abaclat*, párr. 496.

⁸ Véase laudo *Daimler*, párr. 192.

⁹ Véase Wintershall Aktiengesellschaft c. República Argentina (Caso CIADI No. ARB/04/14), Laudo del 8 de diciembre de 2008 (Wintershall), párr. 160(2).

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT)¹⁰. En un pasaje usualmente citado por otros tribunales arbitrales, el laudo de 2009 del caso *Quasar de Valors c. Federación Rusa*, al respecto se observó lo siguiente:

"Elegir una de las hipótesis de política en pugna como la razón por la cual interpretar un TBI de una manera en particular puede ser presuntuoso. Las cosas en juego son importantes y las decisiones de política pertenecen a los Estados parte de los tratados. Las especulaciones invocadas como fundamento de las interpretaciones deliberadas de un texto corren el riesgo de invadir decisiones fundamentales de política. Lo mismo ocurre cuando se dice que se encuentra una "confirmación" de una intención hipotética en consideraciones externas a la redacción del tratado. El deber del Tribunal consiste en descubrir el significado y no en crearlo" (énfasis agregado)

- 14. Además, proceder de otra manera sería contraproducente para el objetivo buscado por el inversor privado extranjero, porque significaría que, como ocurre en esta instancia, la *convención de arbitraje* entre el inversor privado extranjero y el Estado receptor no pueda considerarse concluida.
- 15. El laudo sobre jurisdicción del 10 de febrero de 2012 del caso *ICS Inspection and Control Services Limited c. La República Argentina* explicó esta conclusión jurídica en los siguientes términos claros y transparentes:

"Al momento de iniciar la resolución de la controversia en virtud del tratado, el inversor sólo puede aceptar o rechazar la oferta de arbitraje, pero no puede modificar sus términos. El inversor, independientemente de las circunstancias particulares que lo afectan o su creencia en la utilidad o equidad de las condiciones adjuntas a la oferta del Estado receptor, debe, sin embargo, prestar consentimiento a la aplicación de los términos y condiciones de la oferta realizada por el Estado receptor, caso contrario no puede haber acuerdo para arbitrar. A diferencia de una disposición de resolución de controversias en un contrato de concesión entre un inversor y un Estado receptor donde los eventos o circunstancias ulteriores que surjan pueden ser tomados en cuenta a fin de determinar el efecto que se le debe asignar a los términos negociados con anterioridad, el tratado de inversión presenta una situación de "tómelo o déjelo" en tanto ya se conocen las circunstancias de la controversia y del inversor. Este punto es igualmente relevante en el contexto de jurisdicción fundada en la cláusula de NMF [...]" 12.

*

16. Asimismo, cabe destacar que en el presente caso la causa de la acción ejercida por los Demandantes son supuestos incumplimientos por la Demandada de ciertas obligaciones asumidas en virtud del TBI Argentina-Italia y el derecho internacional público. En este caso, los Demandantes no están invocando daños con respecto a "derechos enunciados en el TBI y en el derecho internacional" y "derechos

¹⁰ Véase Comentario de la Comisión de Derecho Internacional al artículo 27 del Proyecto de Artículos sobre el Derecho de los Tratados, *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, vol. II, pág. 221.

¹¹ Véase *Quasar de Valors SICAV S.A. et al.* (antes denominado Renta 4 S.V.S.A et al.) c. Federación Rusa, SCC Case No. 24/2007, Laudo sobre Objeciones Preliminares, 20 de marzo de 2009 ("Quasar de Valors"), párr. 93. [Traducción del Árbitro]

¹² Véase ICS Inspection and Control Services Limited (Reino Unido) c. República Argentina (ICS Inspection and Control Services), (Reglas de Arbitraje de la CNUDMI-CPA). Decision sobre Jurisdicción del 10 de febrero de 2012, párr. 272.

contractuales", sino solo respecto de la primera categoría. Por consiguiente, el Tribunal deberá determinar las cuestiones de jurisdicción y admisibilidad en la presente etapa del caso únicamente con respecto a los supuestos de "derechos enunciados en el TBI y en el derecho internacional".

17. Además, la tarea del Tribunal en esta etapa se circunscribe de hecho a la determinación de las cuestiones de jurisdicción y admisibilidad de acuerdo con el Convenio CIADI y el TBI Argentina-Italia. Los Demandantes no reclamaron en sus alegatos la existencia de jurisdicción y admisibilidad con respecto a las supuestas violaciones del derecho internacional general por parte de la Demandada. Además, los elementos de hecho invocados en la Solicitud de Arbitraje que inició el caso —la Oferta de Canje de 2005 y la legislación posterior a la declaración de suspensión de pagos de la República Argentina del 24 de diciembre de 2001— no pueden describirse *prima facie* como constitutivos de un hecho internacionalmente ilícito en el marco del derecho internacional general, sin perjuicio de que pueda serlo en virtud del TBI Argentina-Italia, cuestión que deberá decidirse en la etapa de fondo del procedimiento. El tribunal del caso *Saluka* estableció al respecto lo siguiente:

"Ha sido establecido en el derecho internacional que los Estados no deben pagar compensación a un inversor extranjero cuando, en el ejercicio normal de sus facultades regulatorias, adoptan regulaciones de buena fe no discriminatorias que se dirigen al bienestar general" 13.

18. La siguiente cuestión consiste en preguntarse si los hechos invocados por los Demandantes en la Solicitud pueden constituir *prima facie* una violación del TBI. Según mi criterio, la respuesta a esta cuestión debe decidirse en la fase sobre el fondo, porque la excepción de la Demandada de que no existe *prima facie* dicha violación no posee, en las circunstancias particulares del presente caso, un carácter exclusivamente preliminar. De conformidad con lo antedicho, la solución procesal adecuada sería pronunciarse sobre la excepción conjuntamente con el fondo de la diferencia como lo contempla la Regla 41(4) de las Reglas de Arbitraje del CIADI. De esto se sigue que rechazo las conclusiones sobre esta cuestión incluidas en los párrafos 536 y 537 de la Decisión de la Mayoría por injustificadas y prematuras.

*

19. Finalmente, parece necesario recordar una vez más que, como se ha dicho en repetidas ocasiones y en distintos contextos, los procedimientos arbitrales internacionales aplicables a las controversias entre inversores privados extranjeros y un Estado receptor no son procedimientos obligatorios de carácter pleno o general como los que se encuentran disponibles en los sistemas jurídicos nacionales. Los tribunales arbitrales del CIADI establecidos, *al igual que el presente Tribunal*, son tribunales internacionales de *jurisdicción limitada* para entender en una controversia determinada

_

¹³ Véase *Saluka Investments BV* (*Países Bajos*) c. *República Checa* (Reglas de Arbitraje de la CNUDMI/CPA), laudo parcial del 17 de marzo de 2006, párr. 254. El laudo del 26 de julio de 2001 del caso *Olguín c. República del Paraguay* (Caso CIADI No ARB/98/5), mencionado por las Partes en el presente procedimiento, rechazó el reclamo de que la pérdida de una inversión a causa de una quiebra implicaba una conducta equivalente a una expropiación de la inversión por parte del Estado, pues ello implicaría el abandono de los principios generales de derecho y de las reglas de derecho material que definen y regulan la expropiación.[Traducción del Árbitro] (párrs. 83 y 84).

relativa a una inversión definida por los instrumentos internacionales convencionales acordados entre Estados como sujetos primarios de derecho internacional (el Convenio CIADI y el TBI correspondiente en el presente caso).

20. Por consiguiente, es completamente contradictorio afirmar que, por un lado, "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 internacional"¹⁴ (*énfasis añadido*) y, por otro lado, descuidar, o realizar un examen meramente superficial, en el razonamiento y en las conclusiones de los principios fundamentales y las reglas del derecho internacional público aplicables, incluso algunas que son sistémicas por naturaleza. Basicamente esta es la *raison d'être* de mi disidencia con la Decisión de la mayoría del Tribunal en esta fase del caso.

2. La reparación pretendida por los Demandantes y el fundamento de jurisdicción invocado

21. Sobre la base de los hechos alegados en la "Solicitud de Arbitraje" del 23 de junio de 2008, que fue presentada ante el CIADI en esa misma fecha, los Demandantes declararon que son personas físicas de nacionalidad italiana y entidades constituidas en Italia, titulares de instrumentos de deuda emitidos por la República Argentina ("derechos sobre títulos" en diferentes series de bonos de deuda soberana argentina comprados a los bancos italianos que conservaban los bonos). Los Demandantes se encuentran entre aquellos titulares minoritarios que rechazaron la Oferta de Canje realizada en 2005 por el Gobierno de la República Argentina y no ofrecieron sus títulos para el intercambio de bonos por los nuevos bonos ¹⁵.

22. Los Demandantes afirman que la Demandada no ha cumplido con sus obligaciones internacionales en virtud del TBI y del derecho internacional -en particular el deber de otorgar trato justo y equitativo, de abstenerse de adoptar medidas de expropiación de bienes y, por medio de la cláusula de la NMF del TBI, la obligación de protección y seguridad plenas- por las medidas adoptadas por el poder Legislativo y Ejecutivo del Gobierno de la República Argentina, como consecuencia de la crisis económica y financiera de la Argentina, que llevó a la declaración de la moratoria de la deuda extranjera del 24 de diciembre de 2001 le. Por lo tanto, el objeto de la controversia está vinculado con medidas por medio de las cuales la República Argentina presuntamente privó a los Demandantes de "todos sus derechos sobre los bonos de su titularidad" [Traducción del Árbitro].

23. Entre esas medidas, la Solicitud de Arbitraje mencionó las siguientes: (i) la adopción de la Ley de Emergencia Pública y de reforma del Régimen Cambiario N.º 25.561 (la "Ley de Emergencia") del 6 de enero de 2002 que modificó la Ley de Convertibilidad de 1991 que derogó la paridad entre el peso argentino y el dólar

_

¹⁴ Decisión de la Mayoría, párr. 134. De conformidad con el argumento de "exclusividad", una afirmación frecuentemente planteada por la doctrina y la jurisprudencia, se debe resaltar que, en virtud del apartado (2) del Artículo 25 del Convenio CIADI, la jurisdicción *ratione personae* de un inversor privado se define en virtud del derecho nacional de su Estado respectivo.

¹⁵ Solicitud de Arbitraje, párr. 31.

¹⁶ *Ibídem*, párrs. 13 a 38.

¹⁷ *Ibídem*, párr. 12.

estadounidense, a un tipo de cambio fijo de uno-a-uno; (ii) la promulgación del Decreto Presidencial N.º 214 del 3 de febrero de 2002 que estableció un esquema de conversión de divisas por medio del cual todas las obligaciones expresadas en dólares estadounidenses adeudadas a la fecha de la Ley de Emergencia fueron convertidas a pesos a un tipo de cambio fijo de uno-a-uno (la denominada "pesificación"); (iii) la Oferta de Canje del 14 de enero de 2005 del Gobierno de la República Argentina con el objetivo de la reestructuración de la deuda externa por medio del intercambio de instrumentos de deuda pública en circulación, incluso los bonos, por nuevos instrumentos financieros que proveen una gran reducción del valor neto actual de los instrumentos en circulación 18, oferta que estuvo abierta para su aceptación hasta el 25 de febrero de 2005 y (iv) la adopción de la Ley N.º 26.017 del 9 de febrero de 2005, por medio de la cual se prohibió al Gobierno reabrir el proceso de canje con respecto a los bonos que no se presentaron al canje en virtud de la Oferta de Canje (artículo 2°) y efectuar cualquier tipo de transacción judicial, extrajudicial o privada, respecto de dichos bonos (artículo 1°). En la Solicitud de Arbitraje también se alegó que en virtud del artículo 6° de la Ley N.º 26.017: "Argentina efectivamente evitó que los tenedores de bonos 'incumplidores' sometan una acción a los tribunales nacionales" ¹⁹ [Traducción del Árbitro].

24. La Solicitud de Arbitraje ofrece una lista de 119 Demandantes originales que, como se indicó en la Decisión de la Mayoría, "estaban agrupados en 68 segmentos [...], lo que da cuenta de que un número de Demandantes individuales son co-titulares del mismo título" Más adelante, un número de Demandantes originales aceptó una nueva Oferta de Canje efectuada en 2010 por Argentina. Luego de la aplicación de la Regla 44 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, el Tribunal tomó nota de que 29 Demandantes originales habían desistido del proceso. Dado este hecho, un cuarto de los 119 Demandantes originales han abandonado el caso, quedando por lo tanto solo 90 Demandantes 21.

25. En la Solicitud de Arbitraje, los Demandantes formularon la reparación pretendida de la siguiente manera:

"90. Los Demandantes 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;

¹⁸ Según la estimación de los Demandantes aproximadamente a 70-75 % de dicho valor (*Ibídem*, párr. 27).

¹⁹ *Ibídem*, párr. 29.

Véase Decisión de la Mayoría, párr. 334.
 Ibídem, párrs. 336 a 347.

- 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.

Los montos exactos se determinarán más precisamente durante el procedimiento.

- 91. Finalmente, los Demandantes solicitan que se ordene a la Demandada a reembolsarlos por todos las costas [incurridas] y a incurrirse con relación al presente arbitraje, incluidos los honorarios, más los intereses compuestos a la tasa comercial corriente aplicable desde el pago de cada bono hasta la fecha de reembolso efectivo.
- 92. Los Demandantes se reservan el derecho a perfeccionar y ampliar el petitorio anterior en el curso del procedimiento" [Traducción del Árbitro].

- 26. Con respecto a la jurisdicción del CIADI y la competencia de este Tribunal Arbitral, la Solicitud de Arbitraje de los Demandantes comienza aclarando que es una Solicitud efectuada en virtud (i) del Artículo 36 del Convenio CIADI de Washington del 18 de marzo de 1965 y (ii) del párrafo 5(a) del Artículo 8 del TBI Argentina-Italia, firmado el 22 de mayo de 1990 y vigente desde el 14 de octubre de 1993, y que se presenta de conformidad con las Reglas de Iniciación del CIADI²². Pero la cuestión central de si ambas Partes de la controversia han prestado su consentimiento por escrito para someter la diferencia a la jurisdicción del CIADI para arbitraje se trata más adelante, en la sección XII del Capítulo III de la Solicitud²³.
- 27. Con respecto a la cuestión antes mencionada, la Solicitud de Arbitraje establece lo siguiente: (i) el apartado (1) del Artículo 25 del Convenio CIADI no requiere una forma específica de manifestación del consentimiento de las partes por escrito para remitir las diferencias al CIADI, sino que meramente el consentimiento se preste con anterioridad a la presentación de la Solicitud de Arbitraje; (ii) usualmente se admite que el consentimiento de un Estado contratante de someter la controversia o categoría de controversias al arbitraje del CIADI resulte de un compromiso unilateral o una oferta pública del Estado de someter la diferencia al CIADI, como se expresa en el derecho nacional o en un tratado internacional para la protección de inversiones extranjeras; (iii) en el presente caso, la oferta de Argentina a los inversores italianos de someter las diferencias relativas a inversiones al CIADI se expresa en el Artículo 8 del TBI; (iv) se admite usualmente que la aceptación de los Estados receptores se puede manifestar, inter alia, mediante la presentación de una solicitud de arbitraje ante el CIADI; (v) por

²² La versión oficial del TBI Argentina-Italia de 1990 está redactado en español e italiano. No existe una versión auténtica en inglés del TBI. Este hecho fue una fuente de gran confusión al comienzo del procedimiento porque en ciertas traducciones en inglés distribuidas al Tribunal, el término "obligaciones" y el término en italiano "obbligazioni" del párrafo 1(c) del Artículo 1 del TBI Argentina-Italia fueron traducidos en esas versiones con el término "bonds" (en español: "bonos"). Ninguna de las disposiciones del TBI Argentina-Italia utiliza el término correspondiente a la palabra "bonds" en inglés, término que en español se traduce como "bonos" y se utiliza usualmente. Asimismo, la expresión en inglés "security entitlements" (en el presente traducido como "derechos sobre títulos") utilizada por las Partes, es extraña para la terminología del TBI en la versión en español e italiano.

Véase Solicitud de Arbitraje, párrs. 81 a 89.

este motivo, los Demandantes *por el presente aceptan* someter la controversia al arbitraje del CIADI *al firmar y presentar esta Solicitud de Arbitraje* y (vi) en virtud de la Regla 2(3) de las Reglas de Iniciación del CIADI *la fecha del otorgamiento del consentimiento* se considera la fecha en la cual la última de las partes (es decir, el inversor en el presente caso) haya manifestado su consentimiento, a saber la fecha de presentación de la Solicitud de Arbitraje, el *23 de junio de 2008.* ²⁴ [Traducción del Árbitro].

28. Sin embargo, los Demandantes no aceptaron la oferta de arbitraje de Argentina como se estableció en el Artículo 8 del TBI Argentina-Italia con sus condiciones y secuencia (sino de otra manera) porque como se afirmó en la misma Solicitud de Arbitraje, los Demandantes consideraron que "las condiciones establecidas en el Artículo 8 del TBI son claramente inaplicables en el presente caso" [Traducción del Árbitro] y, por ende, actuaron y argumentaron en consecuencia. Es evidente la alteración de los Demandantes de los términos de la oferta acordados por Argentina e Italia en los párrafos 1 al 5(a) del Artículo 8 del TBI. La Solicitud de Arbitraje pretende justificarlas mediante las siguientes consideraciones:

"87. Con respecto al requisito previo de las consultas amistosas (párrafo 1 del Artículo 8), resulta evidente de la descripción de los hechos que Argentina siempre se ha mostrado hostil y poco dispuesta a colaborar con los Demandantes. La posibilidad de realizar consultas amistosas también fue obstruida por la Ley N.º 26.017 (Anexo C-4), que prohibió a todos los organismos del gobierno efectuar cualquier tipo de transacción (judicial, extrajudicial o privada) con los Demandantes. El comportamiento de Argentina en el presente caso es similar al que mantuvo desde comienzos de 2001, por el cual Argentina ya ha sido declarada responsable por la violación del derecho internacional en numerosos casos presentados en su contra.

88. Con respecto a la condición de resolver la controversia ante la jurisdicción competente de la Parte Contratante en cuyo territorio está situada la inversión por un plazo de 18 meses antes de someterla a arbitraje internacional (Artículo 8(2)) la jurisprudencia consistente de los tribunales arbitrales internacionales demuestran que esta disposición no constituye un obstáculo para la oferta de arbitraje establecida en el TBI. Asimismo, como se señaló (párr. 29), en el presente caso los Demandantes fueron categóricamente inhibidos de cuestionar la Oferta de Canje irrazonable en virtud del artículo 6° de la Ley N.º 26.017.

89. Finalmente, recurrir a los tribunales locales hubiera sido una práctica completamente inefectiva, dado que es evidentemente imposible para los tribunales locales decidir un caso de tal magnitud en solo 18 meses."²⁶ [Traducción del Árbitro].

.

²⁴ *Ibídem, párrs.* 81 a 85.

²⁵ *Ibídem*, 86.

²⁶ Con respecto a los supuestos "casos en los que Argentina habría sido declarada responsable" (párr. 87 de la Solicitud) [Traducción del Árbitro], los Demandantes se remiten a: el laudo *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2), del 29 de mayo de 2003; el laudo *MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. C. República de Chile* (Caso CIADI No. ARB/01/7), del 25 de mayo de 2004, el laudo *Occidental Exploration and Production Company c. República de Ecuador* (Reglas de arbitraje UNCITRAL-CCI) del 1 julio de 2004, el laudo parcial *Eureko*

29. De lo mencionado anteriormente se sigue que la primera cuestión a determinar con respecto al consentimiento de los Demandantes al arbitraje es si en la fecha crítica, el 23 de junio de 2008, el alcance del consentimiento manifestado por ellos por medio de la presentación de la Solicitud de Arbitraje fue *ad idem* con el consentimiento manifestado por Argentina en la oferta de arbitraje a los inversores italianos en el Artículo 8 del TBI Argentina-Italia.

3. Las excepciones preliminares planteadas por la Demandada

30. En los litigios internacionales, las cuestiones de jurisdicción y competencia merecen un cuidado especial porque conllevan -en virtud del derecho internacional público- la necesidad de afirmar la existencia y el alcance del consentimiento del Estado o los Estados involucrados para someter la diferencia a los medios o procedimientos de resolución pacífica en cuestión. En el caso *Mihaly International Corporation* se estableció lo siguiente hace unos años:

"Como cuestión preliminar, la existencia de la jurisdicción basada en el consentimiento debe analizarse *motu propio*, esto es, sin que la parte plantee una excepción. *A fortiori*, dado que la Demandada ha planteado excepciones preliminares a la jurisdicción, la existencia del consentimiento a la jurisdicción debe examinarse detenidamente.

En el caso analizado, el hecho del registro de este caso [...] es naturalmente sin perjuicio de un análisis detallado de los argumentos de prueba presentados por las Partes sobre cuestiones de jurisdicción. El Tribunal es competente para determinar los límites de su propia competencia."²⁷ [Traducción del Árbitro].

31. En la primera sesión del Tribunal del 24 de febrero de 2009, los Demandantes y la Demandada acordaron que primero debería existir una fase preliminar en materia de jurisdicción y admisibilidad. 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

²⁷ Véase laudo *Mihaly International Corporation c. República Democrática Socialista de Sri Lanka* (Caso CIADI No. ARB/00/2) del 15 de marzo de 2002, párrs. 56 y 57.

B.V. c. República de Polonia (arbitraje Ad hoc), del 19 de agosto de 2005, la Decisión sobre Responsabilidad LG&E Energy Corp. y Otros c. República Argentina (Caso CIADI No.ARB/02/1) del 3 de octubre de 2006 ("LG&E Energy Corp."); y el laudo Enron Creditors Recovery Corporation (anteriormente Enron Corporation) y Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina (Caso CIADI No. ARB/01/3) del 22 de mayo de 2007 ("Enron Creditors Recovery"). Con respecto a la "jurisprudencia consistente de los tribunales arbitrales internacionales" (párr. 88 de la Solicitud) [Traducción del Árbitro], los Demandantes mencionan: Siemens A.G. c. República Argentina (Caso CIADI No. ARB/02/8), Decision del 3 de agosto de 2004 ("Siemens"), la Decisión sobre Jurisdicción Camuzzi International S.A. c. República Argentina (Caso CIADI No. ARB/03/7) del 10 de junio de 2005 ("Camuzzi"), la Decisión sobre Jurisdicción Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona y Interagua Servicios Integrales c. República Argentina (Caso CIADI No.ARB/03/17) del 16 de mayo de 2006 y la Decisión sobre Jurisdicción Suez, Vivendi Universal y Sociedad General de Aguas de Barcelona c. República Argentina (Caso CIADI No.ARB/03/19) del 3 de agosto de 2006.

desacuerdo en cuanto a si una excepción determinada es de "carácter general exclusivamente", la cuestión será resuelta por el Tribunal²⁸.

- 32. En cumplimiento del acuerdo antes mencionado, la Demandada presentó ante el CIADI, el 11 de junio de 2009, un Memorial de excepciones a la jurisdicción y admisibilidad, realizando peticiones en forma de *excepciones preliminares*²⁹. Estas excepciones preliminares se mantuvieron en el Memorial de Réplica sobre excepciones a la jurisdicción y admisibilidad de la Demandada del 12 de marzo de 2010³⁰ así como también en su Escrito Posterior a la Audiencia del 28 de marzo de 2011. No obstante, la las excepciones preliminares en el Memorial sufrieron modificaciones redaccionales en los escritos posteriores como se indica con precisión en el párrafo 65 de la Decisión de la Mayoría. El texto de las excepciones preliminares que se cita a continuación es el establecido en el último documento relevante, a saber el Escrito Posterior a la Audiencia de la República Argentina.
 - "[...] la República Argentina reitera lo solicitado en su Memorial sobre Excepciones a la Jurisdicción y Admisibilidad, su Memorial de Réplica a la Jurisdicción y Admisibilidad, y al finalizar la Audiencia sobre Jurisdicción y Admisibilidad, en cuanto a que:
 - (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 carece de jurisdicción porque tanto la Argentina como los Demandantes no han provisto un consentimiento válido para este procedimiento y, asimismo, que el abuso de derechos de los Demandantes en iniciar este procedimiento -en nombre de un tercero- 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 para incoar este procedimiento;
 - (f) En subsidio, determine que los Demandantes no cumplieron los requerimientos previos necesarios para iniciar un reclamo bajo el TBI celebrado entre la Argentina e Italia:
 - (g) Ordene a los Demandantes pagar a la Argentina todos los costos, gastos y honorarios (con más sus intereses); y

²⁸Véase Decisión de la Mayoría, párrs. 3 y 5.

²⁹ Véase Memorial de Contestación, párr. 299.

³⁰Véase Memorial de Réplica, párr. 498.

- (h) Otorgue cualquier otro remedio solicitado por la Argentina en contra de los Demandantes y que el Tribunal considere apropiado"³¹.
- 33. Igualmente, se debe destacar que, al inicio del tercer día de Audiencia, la Demandada dedujo una excepción para que el Tribunal resuelva, en la oportunidad procesal adecuada, a raíz de una solicitud presentada por la República Argentina con respecto a "la falta de representación legal de las Demandantes en este caso"³². 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 (en ese momento era el Memorial de Réplica), "complementado por la cuestión procesal planteada al comienzo del tercer día de la Audiencia"³³. Los aspectos sustanciales de esta denominada cuestión procesal se contemplan en el punto II de la Decisión de la Mayoría (con el título "Consentimiento de los Demandantes") y en el Capítulo IV de esta Opinión.
- 34. Los Demandantes en su Memorial de Contestación solicitan al Tribunal que "desestime todas las objeciones de la Demandada y se declare competente" y en su Dúplica, solicitan al Tribunal "que desestime todas las objeciones de la Demandada y declare que el mismo tiene jurisdicción y que la presente acción es admisible" Escrito Posterior a la Audiencia, los Demandantes reiteraron el Petitorio y solicitaron al Tribunal que "declare que tiene jurisdicción sobre este caso, rechazando todas las objeciones de la Demandada a la jurisdicción y admisibilidad" Además, en la Dúplica y el Escrito Posterior a la Audiencia los Demandantes solicitan que se ordene a la Demandada reembolsar a los Demandantes los honorarios y gastos de este arbitraje.

4. La economía general de la presente Opinión

- 35. Como se estableció al comienzo de esta introducción, no concuerdo en lo más mínimo con la Decisión de la Mayoría. En virtud de lo antedicho, considero necesario explicar mi disidencia en esta Opinión con cierto detalle respecto de las cuestiones principales sobre las cuales mis convicciones jurídicas difieren de la Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad de mis co-árbitros.
- 36. Además de la Introducción, la presente Opinión tiene cuatro capítulos y una conclusión general. El Capítulo I explica mi posición sobre una cuestión preliminar planteada por la Decisión de la Mayoría concerniente a la relación de la presente Decisión con el caso *Abaclat*. El Capítulo II incluye comentarios y consideraciones sobre ciertas conclusiones bisagra y omisiones de la Decisión de la Mayoría con respecto a lo siguiente: (i) la distinción entre "procedimientos de múltiples partes" y "procesos representativos" y sus respectivos efectos jurídicos diferentes desde el punto de vista de la regla de consentimiento al arbitraje (Capítulo I de la Decisión de la Mayoría), (ii) el mecanismo de formación y conclusión del acuerdo entre las Partes para arbitrar la presente controversia (una cuestión ausente en la Decisión de la Mayoría) y

³³ Véase Transcripción pág. 13 y Decisión de la Mayoría, nota al pie del párr. 67.

³¹ Véase Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párr. 185.

³² Véase Transcripción pág. 443/3.

³⁴ Véase Memorial de Contestación, párr. 426.

³⁵ Véase Dúplica de los Demandantes, párr. 218.

³⁶ Véase Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, párr. 183.

- (iii) la cuestión de la definición de los inversores protegidos (jurisdicción *ratione personae*) (capítulos II y III de la Decisión de la Mayoría). El Capítulo III trata sobre la cuestión central de la definición de inversiones protegidas (jurisdicción *ratione materiae*) tanto en virtud del Convenio CIADI como del TBI Argentina-Italia (Capítulo IV de la Decisión de la Mayoría). Por último, el Capítulo IV de la Opinión, responde a una serie de preguntas que surgen en relación con la determinación de la existencia y el alcance del consentimiento al arbitraje de la presente controversia tanto del Estado demandado como de los Demandantes (cCpítulo VI de la Decisión de la Mayoría). Mi posición sobre la cuestión de la existencia *prima facie* de un reclamo convencional se explica en la introducción a la Opinión (paras.16-18).
- 37. La Opinión finaliza con una conclusión general titulada "Conclusiones Finales" que resume las conclusiones principales sobre la base de las cuales considero que el presente caso se encuentra fuera de la jurisdicción del Centro y, para el caso, de la competencia de este Tribunal para decidir la diferencia sometida por los Demandantes.

Capítulo I – Una cuestión preliminar planteada por la Decisión de la Mayoría: la denominada "relación especial" entre el presente caso y el caso *Abaclat*

1. Reafirmación de la autonomía del presente caso como caso principal

38. Con el título "Relación de la presente Decisión con el caso *Abaclat*", la Mayoría intenta explicar, en cierta forma, los efectos amplios, excesivos y *determinantes* atribuidos, en general, a la decisión de la mayoría del caso *Abaclat* en el pronunciamiento sobre las excepciones preliminares de la Demandada en el presente caso. El caso *Ambiente Ufficio S.P.A. y Otros* (Caso anteriormente denominado *Giordano Alpi y Otros*) se relaciona con (i) una controversia entre Partes diferentes a las del caso *Abaclat*; (ii) no implica un proceso de reclamos masivos (es decir, un arbitraje a gran escala) como ocurre en el caso *Abaclat*; (iii) el contexto fáctico y jurídico no es el mismo al del caso *Abaclat*; (iv) la representación de los Demandantes no está organizada de la misma manera que en el caso *Abaclat* y (v) el presente Tribunal ha sido establecido como un tribunal arbitral del CIADI de igual jerarquía, independiente y con una composición diferente al del caso *Abaclat* o al de cualquier otro tribunal arbitral del CIADI³⁷.

39. El sistema de arbitraje del CIADI no permite que el Centro, o cualquier otro tribunal arbitral, determine la consolidación de procedimientos en dos o más casos y, de hecho, no se emitió orden alguna de este tipo con respecto al caso *Ambiente Ufficio S.P.A. y Otros* (caso anteriormente denominado *Giordano Alpi y Otros*). El presente caso no ha sido formalmente consolidado con el caso *Abaclat*, o con cualquier otro caso que implique una controversia entre un inversor y un Estado receptor. Tampoco existió un acuerdo entre las Partes con el fin de determinar una acción común con respecto a un aspecto u otro de los procedimientos en cada uno de los tres casos remitidos, que comprenden controversias en relación con la cesación de pagos soberana de Argentina, como ocurrió en otras oportunidades en casos entre un inversor y un Estado receptor por acuerdo o consentimiento de las partes.

40. No obstante, desde un primer momento, mis co-árbitros insistieron en ubicar tras la sombra del caso *Abaclat* el desarrollo de la organización de los procedimientos del presente Tribunal. Al mencionar este hecho, simplemente deseo decir que, si no se hubiera adoptado dicha actitud, la presente etapa del caso *Ambiente Ufficio S.P.A.* y *Otros* (caso anteriormente denominado *Giordano Alpi* y *Otros*) podría haberse

³⁷ Los Demandantes remitieron al presente Tribunal la Decisión del caso Abaclat luego de su Escrito

a la audiencia. Asimismo, la Demandada presentó informes periciales, escritos y orales, y opiniones con incidencia sobre los aspectos de jurisdicción y admisibilidad con respecto en particular a los conceptos de inversiones e inversores "protegidos".

Demandada, como el material remitido por las Partes posteriormente a sus respectivos escritos posteriores

Posterior a la Audiencia, y la Demandada la opinión disidente del Profesor Abi-Saab en *Abaclat* y el laudo en el caso *ICS Inspection and Control Services Limited (Reino Unido) c. La República Argentina*, luego de su Escrito Posterior a la Audiencia. El Tribunal admitió la referencia de esas tres piezas de casos arbitrales. Por lo tanto, desde el punto de vista del procedimiento, estos documentos son parte de la totalidad de la jurisprudencia y las autoridades legales presentadas por las Partes en el caso. No menos, pero no más tampoco y, en particular sin carácter exclusivo porque las Partes presentaron con anterioridad una gran cantidad de jurisprudencia y otros materiales de autoridad legal, que son tan relevantes para que el tribunal dicte un pronunciamiento con respecto a las excepciones preliminares de la

concluido mucho antes de la presentación de la Decisión de la Mayoría sobre Jurisdicción y Admisibilidad el 4 de agosto de 2011 en el caso *Abaclat*.

41. Por mi parte, no reconocí como miembro del presente Tribunal Arbitral del CIADI la existencia de un tribunal o unos tribunales "hermanos" (y sigo sin reconocerlo)³⁸ o, al menos por el momento, aspectos de otros procedimientos en común o en paralelo con los del presente Tribunal, ya sea dentro o fuera del sistema del CIADI. De ello se sigue que las explicaciones brindadas en los párrafos 10 a 13 de la Decisión de la Mayoría están muy lejos de coincidir con mis convicciones. Son más bien el resultado de una firme inclinación a seguir la Decisión de la Mayoría en el caso *Abaclat* durante todo el procedimiento, a pesar de que dicha decisión plantea más preguntas que respuestas, lo que conllevó a emitir, hace poco tiempo, el siguiente Comentario: "Los Tribunales en el siguiente caso con titulares de bonos argentinos ante el CIADI no deben ser envidiados". (Hans van Houtte and Bridie McAsey, "*Case Comment. Abaclat and others v. Argentine Republic. ICSID, the BIT and Mass Claims*", *ICSID Review*, Vol. 27, Nº 2 (2012), pág. 233) [Traducción del Árbitro].

2. La atracción para la presente Mayoría de la decisión mayoritaria en el caso Abaclat.

42. La Decisión de la Mayoría intenta presentar el hecho de que sus conclusiones sobre jurisdicción y admisibilidad son esencialmente las *mismas* que las conclusiones de la mayoría en la decisión *Abaclat* como un tipo de *coincidencia natural*, resultante de la aplicación normal por parte de diferentes árbitros de la misma regla de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) sobre la interpretación y la aplicación de los tratados a los hechos, en virtud de supuestos "importantes paralelismos" entre los dos casos y la utilización por la Demandada "en gran medida" de las mismas excepciones preliminares en ambos casos. Por lo tanto, se señala que "no puede haber duda alguna de que existe una relación especial y particularmente estrecha" entre el presente caso y el caso *Abaclat*. Y esto se acompaña de la declaración de que el presente Tribunal - es decir, los árbitros que han firmado la Decisión de la Mayoría - "no dudará en aprovechar el razonamiento del Tribunal del caso *Abaclat*", seguida de la negación habitual a adherirse por ello a alguna doctrina de *stare decisis*.

43. La Decisión describe que lo que ha hecho la Mayoría implicó un proceso de compromiso crítico no sólo con la decisión de la mayoría del caso *Abaclat*, sino también con los argumentos en contrario incluidos en la Opinión Disidente del Profesor Abi-Saab. Concluyendo nuevamente que la Mayoría "coincide con muchas de la consideraciones y opiniones expresadas en la decisión *Abaclat*", con la siguiente salvedad:

"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

³⁸ Asimismo, el término "tribunal par", en este contexto, es confuso, porque de hecho la relación afirmada por mis co-árbitros entre el presente caso y el caso *Abaclat* no es una relación entre tribunales iguales. En términos de familia, parecería más apropiado describirla como una relación entre una madre y su hija menor de edad.

que nos ocupa hubieran presentado argumentos similares a los introducidos en el caso *Abaclat* o compatibles con ellos, y en tal medida"³⁹.

Debo agregar que cuando la decisión *Abaclat* es evidentemente insostenible como una proposición del derecho internacional público, por ejemplo, al eludir "requisitos jurisdiccionales" o introducir, en su lugar, criterios de "admisibilidad" autoimpuestos, la Decisión de la Mayoría no escatima esfuerzos en alcanzar la misma conclusión que *Abaclat* por otras vías, incluso cuando lo considera necesario a lo que a mi entender son soluciones *ultra vires* que implican una reformulación del "derecho" aplicable al objeto en cuestión. El tratamiento en la Decisión de la Mayoría de la llamada "excepción de inefectividad" es un buen ejemplo al respecto.

44. Por lo tanto, los miembros de la Mayoría en la presente Decisión no admiten unicamente que han alcanzado "conclusiones" similares a las de la mayoría del caso *Abaclat*, sino también que (i) coinciden con muchas de las "consideraciones" y "opiniones" expresadas en la decisión *Abaclat*, aunque no con todas, y (ii) que el "razonamiento" de la Decisión *Abaclat* puede ser relevante para el presente Tribunal en la medida en que las Partes hubieran presentado argumentos similares a los introducidos en el caso *Abaclat* o sean compatibles con ellos. La utilización de la palabra inglesa "marshalled" ya es, en sí misma, reveladora de una cierta actitud inusual de enfeudamiento a alguien más. Debo decir que rechazo en su totalidad las limitaciones inherentes a estas conclusiones de la Mayoría a la luz de las funciones resolutorias que competen a los árbitros que componen el presente Tribunal.

45. El hecho de que los miembros de tribunales arbitrales internacionales, que entienden en diferentes casos y momentos, esencialmente coincidan en sus conclusiones, razonamientos, consideraciones y opiniones en la medida indicada, es un evento extraordinario, una rareza en la práctica del arbitraje internacional que, como tal, merece ser sometida a escrutinio. Por consiguiente, parece apropiado hacer algunas observaciones sobre lo que puede describirse *prima facie* como un intento de establecer reglas de aplicación general por medio de la jurisprudencia, independientemente del Convenio y las Reglas del CIADI.

3. La falacia del "argumento de la continuidad" que subyace la posición de la Decisión de la Mayoría

46. En primer lugar, debe destacarse que en un procedimiento de arbitraje como el establecido en el Convenio CIADI (tribunales arbitrales de jurisdicción limitada constituidos *ad hoc* para casos particulares) justificar conclusiones, decisiones o laudos sobre la base de la *conveniencia de asegurar la continuidad de la jurisprudencia* es invocar algo ajeno al sistema. Esperar, solicitar o pretender la continuidad en un sistema que, según su estructura, no puede brindarla, no tiene sentido alguno. Por lo que no puede ser correcto invocar la continuidad como fundamentación o explicación para justificar sin más cualquier conclusión determinada como cuestión de derecho, propiedad o política.

³⁹ Véase Decisión de la Mayoría, párr. 13.

- 47. Los tribunales arbitrales del CIADI no son tribunales internacionales permanentes y también tienen composiciones diferentes. Tratar de solucionar esta situación, por medio de ubicar ciertos tribunales arbitrales del CIADI en condición inferior respecto de otros tribunales arbitrales del CIADI, bajo la pretensión de la continuidad de las decisiones y los laudos es una pretensión falsa e irreal, porque no se adecua a las estructuras y los procedimientos del sistema de arbitraje establecido por el Convenio CIADI. El hecho de que el Convenio CIADI no contiene ninguna forma de jurisdicción de apelación y que el procedimiento de anulación admitido está limitado a las causas taxativamente enumeradas en el Convenio (Artículo 52 del Convenio CIADI y Regla 50 de las Reglas de Arbitraje del CIADI) lo confirma.
- 48. Si existiese una necesidad real de modificar el sistema establecido, el ámbito adecuado para plantear la cuestión sería con las Partes contratantes del Convenio CIADI de 1965 y, ciertamente, no dentro de un tribunal arbitral del CIADI con el fin de justificar la adopción de una determinada conclusión, decisión o laudo por una mayoría. Por lo tanto, rechazo la pertinencia de las principales premisas subyacentes en virtud de las cuales, según mi criterio, se basan los pasajes de la Decisión de la Mayoría sobre la cuestión de la relación entre el presente caso y el caso *Abaclat*.
- 49. Debo agregar que es especialmente sorprendente el llamamiento a la "continuidad" subyacente a la Decisión de la Mayoría con el fin de justificar sus propias conclusiones, cuando la interpretación por *Abaclat* del párrafo 3 del Artículo 8 del TBI Argentina-Italia no es la primera interpretación de esa misma disposición por un tribunal arbitral del CIADI. Esa misma disposición ya había sido interpretada de otra manera al menos por otro tribunal arbitral del CIADI antes de la adopción de la decisión mayoritaria del caso *Abaclat* del 11 de agosto de 2011, a saber, por el tribunal que entendió en el caso *Impregilo S.p.A. c. República Argentina*, laudo del 21 de junio de 2011. Por consiguiente, se plantea la siguiente pregunta: ¿Qué significa "continuidad" para la Decisión de la Mayoría? La interpretación del párrafo 3 del Artículo 8 del TBI Argentina-Italia efectuada en el laudo *Impregilo* no puede ser más opuesta en todas sus facetas a la interpretación de esta disposición por la Decisión de la Mayoría del caso *Abaclat* y de la presente decisión mayoritaria
- 50. No obstante, la falta de "continuidad" entre *Abaclat* e *Impregilo* no ha sido un obstáculo para que la Mayoría en el presente caso adopte las conclusiones interpretativas del caso *Abaclat* y se aparte de la interpretación anterior del laudo *Impregilo*. A mi criterio, la interpretación adoptada en el caso *Impregilo* es una interpretación de buena fe de la CVDT en armonía con (i) el párrafo 3 del Artículo 8 del TBI en su contexto y a la luz del objeto y fin del TBI Argentina-Italia y (ii) la *regla del consentimiento del Estado a la jurisdicción*, contemplada por el principio de derecho internacional público de solución pacífica de diferencias internacionales, aplicable en las relaciones entre Argentina e Italia (apartado c) del párrafo 3 del artículo 31 de la CVDT).
- 51. Merece la pena citar a continuación la interpretación del párrafo 3 del Artículo 8 del TBI Argentina-Italia que se realiza en el caso *Impregilo*:

"En conclusión, el Artículo 8(3) [del TBI Argentina-Italia] contiene un requisito jurisdiccional que debe ser observado antes de que un tribunal del CIADI pueda declararse competente. Esta decisión es congruente con aquella adoptada en

Wintershall, donde se concluyó, respecto de una cláusula muy similar contenida en el TBI Argentina-Alemania, que "[e]l Artículo 10(2) contiene una cláusula de restricción temporal relativa al previo accionamiento ante los tribunales locales; dicha cláusula obliga (y no simplemente autoriza) al inversor a litigar (durante un período determinado) ante el foro local", antes de que el derecho a someter la controversia ante el CIADI pueda siquiera concretarse. Dado que Impregilo no ha cumplido con este requisito, el Tribunal no puede determinar que existe competencia con fundamento en el Artículo 8(3) del TBI Argentina-Italia" (énfasis agregado).

- 52. En oposición a mis co-árbitros, no puedo dejar de coincidir con la opinión disidente del Profesor Abi-Saab en el caso *Abaclat* sobre el papel primordial del consentimiento del Estado a la norma de jurisdicción para determinar las competencias, funciones y tareas de las cortes y los tribunales internacionales que son órganos judiciales o arbitrales de jurisdicción limitada, así como también la distinción efectuada con respecto a la "jurisdicción general" y "jurisdicción especial" cuyo alcance está definido en el presente caso por el Convenio CIADI y el TBI Argentina-Italia, respectivamente.
- 53. Asimismo, estoy de acuerdo con las conclusiones del Profesor Abi-Saab sobre los siguientes corolarios del la regla del consentimiento del Estado a la jurisdicción en el derecho internacional público con respecto a (i) los efectos jurídicos del incumplimiento de los Demandantes de los requisitos establecidos del Artículo 8(1) al (3) del TBI Argentina-Italia (dichas consecuencias están alineadas con las conclusiones arribadas en el caso *Impregilo*); (ii) el concepto de "inversión" en general en virtud del Convenio CIADI y de "inversiones protegidas" en particular en virtud del TBI Argentina-Italia y (iii) la distinción entre el "consentimiento del Estado al arbitraje" en términos generales y el "consentimiento del Estado a las 'acciones arbitrales colectivas" con la necesidad de asegurar la "adaptación" de los Reglamentos y las Reglas del CIADI revisadas hace poco tiempo, el 10 de abril de 2006.
- 54. El motivo de lo antedicho ya ha sido explicado en la decisión sobre jurisdicción del caso *Plama* de 2005 en los siguientes términos:

"Actualmente, el arbitraje es la vía generalmente aceptada para resolver las controversias entre los inversores y los Estados. No obstante, no excluye el prerrequisito básico del arbitraje: un acuerdo de las partes tendiente a someter una controversia a arbitraje. Es un principio bien establecido, tanto en el derecho nacional como en el derecho internacional, que dicho acuerdo debería ser claro e inequívoco. En el marco de un TBI, se arriba al acuerdo tendiente a someter una controversia a arbitraje mediante el consentimiento a arbitraje que con anticipación todo estado presta respecto de diferencias relativas a inversiones dentro del ámbito del TBI y su aceptación por parte de un inversor si el último así lo desea"⁴¹. [Traducción del Árbitro].

_

⁴⁰ Véase *Impregilo S.p.A. c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/07/17), Laudo del 21 de junio de 2011 ("*Impregilo*"), párr. 94.

⁴¹ Véase *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria* (Caso CIADI No. ARB/03/24), Decisión sobre Jurisdicción del 8 de febrero de 2005 (*Plama*), párr. 198.

4. La actitud de la Decisión de la Mayoría con respecto a la opinión disidente del Profesor Abi-Saab en el caso Abaclat

55. En la presente Decisión, la Mayoría declara que también siguió un "proceso de compromiso crítico [...] con los argumentos en contrario incluidos en la Opinión Disidente del Profesor Abi-Saab" y no sólo con la decisión de la mayoría del tribunal del caso *Abaclat*⁴². Sin embargo, el proceso de compromiso crítico mencionado finalizó sistemáticamente con el rechazo a las conclusiones del Profesor Abi-Saab. La cuestión sobre la cual la mayoría del presente procedimiento parece aproximarse más a la opinión del Profesor Abi-Saab procura un buen ejemplo de dicha afirmación. Concierne la declaración del Profesor Abi-Saab con respecto a que, *según las normas de derecho internacional*, el incumplimiento de los límites jurisdiccionales o condiciones de admisibilidad conllevan la inevitable sanción legal de la desestimación del caso por considerarlo inadmisible o fuera de la jurisdicción del tribunal⁴³. No obstante, el endoso por la Mayoría a esta conclusión jurídica del Profesor Abi-Saab, va acompañada del usual "pero" que invalida cualquier efecto práctico de la supuesta admisión inicial de las conclusiones sobre la cuestión del Profesor Abi-Saab por parte de la Mayoría en el presente procedimiento.

56. Veamos. Primero, la admisión se efectuó respecto de una proposición extraña en la decisión mayoritaria del caso Abaclat según la cual "los 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"44 del TBI Argentina-Italia. Segundo, la Decisión de la Mayoría anula inmediatamente los efectos de dicho endoso inicial de la conclusión del Profesor Abi-Saab al concluir que el incumplimiento no impidió que los Demandantes sometan la diferencia directamente a arbitraje mediante la aplicación a la interpretación de los párrafos 1 y 3 del Artículo 8 del TBI Argentina-Italia de un "umbral de inefectividad" incluido de lege ferenda por la Comisión de Derecho Internacional ¡¡en un proyecto de artículos sobre el tema de la "protección diplomática"!!. Proyecto de artículos que aún sigue sujeto a consideración dentro de la Comisión de Asuntos Jurídicos de la Asamblea General de las Naciones Unidas y que todavía no ha sido aprobado por la mayoría de los Estados como reflejo del derecho consuetudinario internacional que regula la "protección diplomática". A pesar de estos hechos, la Decisión de la Mayoría aplicó el denominado umbral sin ni siquiera preguntarse si realmente formaba parte de una regla del derecho internacional positivo aplicable a las relaciones entre los Estados parte del TBI, en este caso Argentina e Italia, como se establece en el artículo 31(3)(c) de la CVDT⁴⁵.

57. La identificación total de la Mayoría en el presente procedimiento con la Decisión de la Mayoría del caso *Abaclat* está expresamente admitida en los párrafos 624 a 628 de la Decisión de la Mayoría. Los pasajes en cuestión, que son inusuales en una decisión

⁴² Véase Decisión de la Mayoría, párr. 12.

⁴³ *Ibídem*, párrs. 594 y 595.

⁴⁴ Esta proposición aparece también en otras decisiones y opiniones arbitrales recientes con respecto a arbitrajes entre un inversor y un Estado receptor. Considero que esto no tiene sentido alguno porque admitir dicha proposición implicaría ignorar las reglas secundarias de derecho internacional público codificadas con aprobación general en los Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, adoptado por la CDI en su 53º período de sesiones (A/56/10) y anexado por la AG de las Naciones Unidas a su Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001.

⁴⁵ Véase Decisión de la Mayoría, párr. 597 a 623.

arbitral del CIADI, parecen tener un doble propósito. En primer lugar, la Mayoría del presente procedimiento parece desear excusarse a sí misma ante *Abaclat* por haber llegado al mismo resultado con respecto a la interpretación del Artículo 8(2) y (3) del TBI Argentina-Italia, pero sobre la base de un razonamiento diferente. En segundo lugar, parecería que, para dicha Mayoría, una de las tareas del denominado tribunal "hermano" del presente Tribunal, sería reforzar las conclusiones de la Decisión de la Mayoría del caso *Abaclat*. El siguiente pasaje peculiar merece ser citado como ejemplo de dicho doble propósito:

"Sin embargo, el Tribunal no puede ignorar que en un nivel más general el razonamiento de "inefectividad" 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 "inefectividad" 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 "inefectividad" 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 preferencial debido a su incapacidad o falta de voluntad para proveer los medios jurídicos para resarcir al/ a los inversor(es)" 46.

58. En síntesis, en la presente etapa del caso, la Mayoría ha rechazado por completo el derecho desarrollado en la opinión disidente del Profesor Abi-Saab, y se apega desde el inicio hasta el final a las conclusiones de la decisión de la mayoría del caso *Abaclat* independientemente del fondo del derecho objetivo, a pesar del hecho de que en el momento de la conclusión del Convenio CIADI los procedimientos de "acción colectiva" eran prácticamente inexistentes y los procedimiento de múltiples partes (que deben diferenciarse de los "procesos de reclamos masivos") existían en casos excepcionales y generalmente sujetos a un consentimiento específico.

59. Asimismo, la Mayoría también parece considerar que el Artículo 8(3) del TBI Argentina-Italia sería un tipo de norma residual autónoma por defecto que permite, en ciertas circunstancias, sostener la jurisdicción y/o admisibilidad, independientemente del cumplimiento de los Demandantes de los prerrequisitos jurídicos de los párrafos 1 y 2 de dicho artículo. Por lo tanto, un tribunal arbitral del CIADI puede declarar la jurisdicción o admisibilidad incluso en contra del texto claro del TBI e independientemente de las reglas del derecho internacional público que regulan el consentimiento del Estado a la jurisdicción de las cortes y los tribunales internacionales aplicables en las relaciones entre Argentina e Italia como Partes contratantes del TBI. Pero, resulta que, a pesar de la Decisión de la Mayoría, la denominada jurisdicción por defecto nunca es una fuente de jurisdicción en el derecho internacional público.

60. Como se ha mencionado en decisiones y laudos arbitrales recientes con respecto a controversias entre un inversor y un Estado receptor en el derecho internacional público no existe una jurisdicción por defecto. La norma residual por defecto es la no

⁴⁶ Véase ibídem, párr. 627.

jurisdicción. Intentar fabricar una regla diferente por medio de decisiones arbitrales o judiciales sirviéndose de un enfoque de interpretación libre de las cláusulas compromisorias de los TBI, solo puede debilitar el sistema del CIADI cuya piedra angular es el consentimiento de las Partes contratantes, así como el derecho internacional público general, y, en consecuencia, concluir en un fiasco⁴⁷. *Pacta sunt servanda* y el derecho de los tratados se encuentran entre las víctimas más directas, pero también existen otras.

61. La Mayoría considera igualmente que la oferta permanente de arbitraje internacional del Artículo 8(3) del TBI Argentina-Italia contempla el consentimiento a todo tipo de procedimiento y acción arbitral y, consecuentemente, no está limitado por el silencio al respecto de los procedimientos y las normas arbitrales aplicables. Nuevamente, estoy de acuerdo con la opinión desarrollada por el Profesor Abi-Saab en su opinión disidente por la simple y elemental razón de que los tribunales internacionales arbitrales del CIADI no son organismos facultados por el Convenio CIADI y/o los TBI con jurisdicción o facultades legislativas. Las suposiciones o adaptaciones en contrario de algunos tribunales arbitrales particulares son, en mi opinión, hablando en términos generales, *ultra vires* de los instrumentos convencionales y el derecho internacional general aplicables.

5. Referencia selectiva de la Decisión de la Mayoría al compendio de antecedentes fácticos de la decisión mayoritaria del caso *Abaclat*

62. Finalmente, no puedo dejar de mencionar el hecho de que la Decisión de la Mayoría no es una "decisión arbitral con un contenido autónomo" porque no contiene ningún análisis global de los elementos de hecho del caso *Ambiente Ufficio and others*. Para la Mayoría, una parte considerable de la información presentada por las Partes se tornará relevante solamente en la fase de fondo. En lugar de incorporar a la Decisión su propio *prima facie* análisis global de los hechos relevantes para el presente caso, habida cuenta de los argumentos y las pruebas presentadas por las Partes en la presente fase, la Mayoría remite al lector a la decisión mayoritaria del caso *Abaclat* en los siguientes términos:

"[...], 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

⁴⁷ El 6 de abril de 2011, el Parlamento Europeo adoptó una Resolución que en su párrafo 24: "Expresa su

<u>0141&language=ES</u> (ultima revisión 29 de julio de 2013)

http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2011-

profunda preocupación por el nivel de discreción del que disfrutan las instancias de arbitraje internacional para hacer una interpretación amplia de las cláusulas de protección de los inversores, lo que ha llevado a descartar una regulación legítima de carácter público; pide a la Comisión que elabore unas definiciones claras de las normas de protección de los inversores con el fin de evitar estos problemas en los nuevos acuerdos de inversión" Véase Andrea Giardina, "Legal aspects of Recourse to Arbitration by an Investor Against the Authorities of the Host State under Inter-State Treaties", Yearbook of the Institute of International Law, Session of Rhodes, Volume 74, Preparatory Work, p.54 y Resolución del Parlamento Europeo, 6 de abril de 2011, sobre la futura política europea en materia de inversiones extranjeras,

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.º 26.017 el día 9 de febrero de 2005).

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 afirmado 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"⁴⁸ (énfasis agregado).

- 63. Por lo tanto, con respecto a la determinación global *prima facie* de los elementos de hecho del presente caso *Ambiente Ufficio*, la Mayoría una vez más se identificó a sí misma con la presentación hecha por la decisión mayorítaria del caso *Abaclat*. Según mi criterio, razones elementales de la prudencia arbitral hubieran aconsejado proceder de otra manera, porque el contexto fáctico no es el mismo en todos sus aspectos en ambos casos. Sin embargo la Mayoría decidió efectuar una referencia selectiva reenviando a las Partes, primero a los párrafos 11 a 64, 70 a 71 y 75 a 80 de la decisión mayoritaria de *Abaclat*, es decir a las siguientes cuestiones: (1) conceptos generales relativos a los mercados financieros y los bonos; (2) descripción general de la reestructuración de la deuda soberana y (3) las actividades de Argentina concernientes a la reestructuración de su economía y su deuda soberana en relación con los bonos.
- 64. Pero, respecto de esta la última sección (3) la mayoría no remitió a la información incluida en los párrafos 65 a 69, 72 a 74 y 81 a 83 de dicha sección de la decisión mayoritaria de Abaclat. Sin embargo, dichos párrafos procuran también en varios aspectos información relevante para la determinación de la conducta de las Partes en el presente caso. En particular, por ejemplo, con respecto a: las discusiones de 2003 que tuvieron lugar entre TFA y la Demandada para llegar a una solución para la deuda pendiente; las discusiones posteriores entre grupos de acreedores, como el Comité Mundial de Tenedores de Bonos Argentinos (GCAB, por sus siglas en inglés), TFA y la Demandada; la presentación del formulario 18-K/A en 2004 por parte de Argentina ante la Comisión de Valores y Bolsa de los Estados Unidos; la información y términos del suplemento de prospecto al prospecto de 2004 relacionado con la "Oferta de Canje del 2005" de Argentina del 14 de enero de 2005; la información y el texto de la Ley tributaria argentina 26.017 promulgada el 9 de febrero de 2005; el plazo para presentar las ofertas en virtud de la "Oferta de Canje del 2005" que expiraba el 25 de febrero de 2005; y el hecho alegado de que los demandantes originales en el caso Abaclat no participaron de la Oferta de Canje, así como también información acerca de un número de litigios judiciales (demandas) iniciados por acreedores insatisfechos con los términos y las condiciones de la Oferta de Canje de 2005.
- 65. Considero que la información anterior es *prima facie* perfectamente relevante para la presente etapa del caso *Ambiente Ufficio y otros, inter alia,* porque demuestra (i) que la reestructuración de la deuda soberana de Argentina en 2005 siguió los principios, pasos y métodos generalmente aplicados entonces por la comunidad internacional a este tipo de operaciones financieras soberanas con ramificaciones internacionales. También demuestra que (ii) las discusiones y consultas fueron posibles y que TFA participó en

⁴⁸ Véase Decisión de la Mayoría, párr. 60 y 61.

ellas en representación de supuestos tenedores de bonos, mientras que en el presente caso ni NASAM ni los Demandantes participaron en ningún momento en discusión o consulta alguna, antes de someter su Solicitud de Arbitraje al CIADI en 2008⁴⁹. Y demuestra asimismo que la primera reacción de los acreedores insatisfechos fue el "litigio" ante tribunales de justicia y no el "arbitraje internacional" en el CIADI como era costumbre generalizada con anterioridad a la organización y el financiamiento de acreedores insatisfechos por TFA en el caso *Abaclat* y NASAM en el presente caso.

66. La remisión al resumen de los hechos de la decisión Abaclat efectuada por la Decisión de la Mayoría no remite ni a la sección 4 (Evolución de la controversia luego de la Oferta de Canje 2005 de Argentina) ni a la sección 5 (Nueva Oferta de Canje 2010). Sin embargo, estas secciones proveen también pruebas importantes para la presente etapa del procedimiento. Por ejemplo, la sección 4 reproduce una carta de TFA enviada a la Ministra de economía y producción argentina el 28 de febrero de 2006, por medio de la cual se dio notificación final a la Lic. Felisa Miceli de que, dado que Argentina se había negado rotundamente a negociar, los bonistas de TFA, conforme a lo dispuesto en el Artículo 8 del TBI Argentina-Italia, si Argentina no resolvía esta controversia en forma amigable ni efectuaba el pago dentro de los sesenta días, se verían obligados a iniciar acciones legales contra dicho Estado en el CIADI. Y la carta concluye con la afirmación de que TFA en representación de los tenedores de bonos representados por TFA "aceptamos [...] la oferta de consentimiento, efectuada por Argentina en el artículo 8" del TBI Argentina-Italia de someter la diferencia al CIADI para que se dirima mediante arbitraje, conforme a lo establecido en el Convenio CIADI sin reserva o condición alguna⁵⁰.

67. Esta evidencia es determinante para los aspectos del "enfoque de inefectividad" adoptado por la Decisión de la Mayoría de este caso. El interés para el presente caso de la sección 5 de la Oferta de Canje de 2010 es igualmente evidente porque cierto número de Demandantes originales aceptaron la oferta y canjearon sus derechos sobre los antiguos bonos, por lo que se discontinuó su participación en el caso Ambiente Ufficio y otros como se registra correctamente en la Decisión de la Mayoría.

68. Por último, la Decisión de la Mayoría omitió realizar una apreciación global de los hechos alegados por la Demandada en apoyo de algunas de sus excepciones preliminares como, por ejemplo, la inexistencia prima facie de la violación del TBI Argentina-Italia alegada por los Demandantes. La Decisión de la Mayoría se limita a referirse a algunos de esos elementos fácticos en una forma fragmentaria, en el contexto de las cuestiones particulares consideradas, sin realizar ningún análisis global. Este es otro defecto de la Decisión de la Mayoría, porque algunos argumentos jurídicos de los Demandantes son globales por naturaleza en el sentido de que concienen varias de las excepciones preliminares presentadas. Por ejemplo, el argumento en virtud del cual, de conformidad con el TBI Argentina-Italia, una "inversión protegida" es una unidad incluso cuando comprende elementos que no se corresponden con tal caracterización. Asimismo, los Demandantes consideran que la emisión y venta de bonos de deuda soberana de la República Argentina en el primer mercado y la venta ulterior efectuada

⁴⁹ La Decisión de la Mayoría en el caso *Abaclat, supra* nota 4, reconoció que los intercambios entre TFA y la Demandada cumplían, en las circunstancias del caso, las "consultas amistosas" exigidas por el párrafo 1 del Artículo 8 del TBI Argentina-Italia.

50 Véase Decisión de la Mayoría del caso *Abaclat*, *supra* nota 4, párr. 84.

por los bancos italianos en el mercado minorista italiano a nacionales italianos de los "derechos sobre títulos" de bonos de deuda soberana Argentina bajo titularidad de los bancos responde a "una única transacción económica subyacente" [Traducción del Árbitro]. La Demandada ha rechazado dichos argumentos con argumentos también generales. Todo lo antedicho no se deduce claramente de la redacción dada por la Mayoría a su Decisión.

Capítulo II — Comentarios sobre ciertas conclusiones bisagra y omisiones de la Decisión de la Mayoría

1. La distinción entre "reclamos masivos", "acciones de clase" y "procesos representativos"; y "reclamos colectivos", "acciones de múltiples partes" y "reclamos conjuntos": una distinción sin diferencia para la Decisión de la Mayoría que ignora la regla del consentimiento al arbitraje del derecho internacional general y la regla general de interpretación de los tratados codificada en la CVDT.

69. En el Capítulo I, titulado "Consentimiento de la Demandada", la Decisión de la Mayoría trata exclusivamente la cuestión del rechazo de la Demandada a la presentación de acciones "colectivas" por parte de los Demandantes. La cuestión jurisdiccional fundamental, el consentimiento general de la Demandada al arbitraje internacional del CIADI, principalmente está contemplado en el Capítulo VI de la Decisión de la mayoría, titulado "El cumplimiento con el Artículo 8 del TBI Argentina-Italia. Los prerrequisitos de consultas amistosas y recursos a los tribunales argentinos".

70. Por lo tanto, los comentarios en esta sección de la Opinión, abarcarán únicamente las excepciones preliminares de la Demandada con respecto al rechazo a la presentación de acciones colectivas por parte de los Demandantes en el presente caso. Esto es claramente una forma poco satisfactoria de tratar el núcleo de la cuestión de la *jurisdicción* al que los tribunales internacionales deberían dar prioridad desde el comienzo mismo del procedimiento en cuestión, pero seguir otro rumbo en la presente Opinión resulta ahora inviable, dada la economía general de la Decisión de la Mayoría. Sin embargo, debo agregar, en descargo de la mayoría que la razón de la economía de su Decisión se encuentra en la manera peculiar en la que las Partes mismas alegaron sus respectivas causas en la presente fase de la controversia, tras la sombra proyectada por la decisión mayoritaria del caso *Abaclat*, la cual, por motivos que le son propios, eludió los requisitos jurisdiccionales e introdujo en su lugar criterios de "admisibilidad".

71. La Decisión de la Mayoría centra el comienzo del Capítulo I en cuestiones de terminología y la caracterización planteada por la acción colectiva de los Demandantes. En general concuerdo con este metodología, en virtud de la necesidad de realizar una aclaración temprana de las cuestiones resultantes de la omnipresencia de *Abaclat* en el presente procedimiento y del hecho de que la decisión de la mayoría del caso *Abaclat* ha clasificado inicialmente el procedimiento como una "reclamación masiva"⁵¹ y luego como un tipo "híbrido" en los siguientes términos: "En síntesis, el presente procedimiento (*Abaclat*) es aparentemente un tipo híbrido de procedimiento colectivo,

⁵¹ Véase Decisión de la Mayoría del caso Abaclat, supra nota 4, párr. 294. Esta Decisión de la Mayoría

resolverlas de tal manera. Esta es la característica definitoria del procedimiento" (Hans van Houtte y Bridie McAsey, "Case Comment. Abaclat and Others v. Argentine Republic, ICSID, the BIT and MASS Claims", ICSID Review, Vol. 27 (2012), pág. 235) [Traducción del Árbitro].

comienza con la caracterización del procedimiento como "procesos de reclamación masivos". Pero ninguno de los miles de Demandantes en el caso *Abaclat* parece haber estado actuando como representante de la totalidad de los Demandantes o aparte de ellos. Asimismo, como se ha establecido: "Incluso si se aceptara, como lo impone la Mayoría, que TFA (Task Force Argentina) está actuando *en calidad de* representante de las Demandantes, esto no es de recibo. No le corresponde a la mayoría utilizar la forma en la cual las Demandantes han organizado su representación para caracterizar el procedimiento. Las reclamaciones dentro del procedimiento *Abaclat* han sido alegadas individualmente y la mayoría debe

en el sentido de que se inicia como un proceso agregado pero después adquiere características similares a las de un proceso representativo debido al elevado número de Demandantes involucrado"⁵². Por motivos objetivos evidentes (una cantidad considerablemente menor de Demandantes), dichas caracterizaciones no son apropiadas para el presente procedimiento que no presenta la calidad de "masivo" o "híbrido" que posee el caso *Abaclat*.

72. Comparto también las conclusiones terminológícas de la Decisión de la Mayoría en el entido de que: (i) en el presente procedimiento el Tribunal no se enfrenta a una "acción de clase" ni a un "reclamo masivo", sino a un tipo de "acción colectiva" que puede, por conveniencia, denominarse "acción de múltiples partes" y el procedimiento subsiguiente como "procedimiento con múltiples partes" 53. Ciertamente, el presente procedimiento no es un "proceso representativo" porque involucra, como fue acordado entre las Partes desde un primer momento, un examen y determinación individualizado de los reclamos individuales con respecto a las cuestiones de jurisdicción rationae personae. Por lo tanto, este procedimiento es un "reclamo conjunto" incoado mediante el ejercicio conjunto de las "acciones múltiples" de los 119 Demandantes originales, de los cuales solamente 90 continúan siendo Partes 54.

73. Igualmente, concuerdo con la Decisión de la Mayoría con respecto a la conclusión de que el presente procedimiento no es una "acumulación de procedimientos" incoados en casos diferentes, sino más bien la presentación inicial de un reclamo por parte de una pluralidad de Demandantes en un único procedimiento CIADI⁵⁵. Pero, seguramente, esto es una "acumulación de acciones" en forma de "reclamo conjunto". Al respecto, el ejemplo del caso *Wintershall* mencionado en la Decisión de la Mayoría⁵⁶ está lejos de encontrarse fuera de lugar respecto de la norma del consentimiento al arbitraje del derecho internacional. ¿Por qué? Porque los instrumentos básicos del CIADI guardan silencio con respecto tanto a la "acumulación de procedimientos" como a la "acumulación de acciones" y en dicha situación, como demuestra *Wintershall* con respecto a la "acumulación de procedimientos", el *consentimiento o la aquiescencia* de la demandada es necesario por mandato del derecho internacional, como lo confirma el Informe Final sobre el Coloquio de Ginebra celebrado el 22 de abril de 2006⁵⁷.

*

⁻

⁵² Véase Decisión de la Mayoría del caso *Abaclat*, *supra* nota 4, párr. 488. Esto llevó al Profesor Abi-Saab a etiquetar la conclusión de la Mayoría del caso *Abaclat* como "ingeniería genética legal" que "corre peligro de producir un monstruo" (opinión disidente, párr. 130).

⁵³Véase Decisión de la Mayoría, párr. 122.

⁵⁴ *Ibídem*, párrs. 350.

⁵⁵ *Ibídem*,, párr. 123 y nota al pie núm. 30

⁵⁶ Véase G. Kaufmann-Kohler et al., Consolidation of Proceedings in Investment Arbitration: How Can Multiple Proceedings Arising from the Same or Related Situations be Handle Effective? 21 ICSID Review-Foreign Investment Law Journal, 59 (2006). La situación es diferente en la CIJ precisamente porque el Artículo 47 del Reglamento faculta a la Corte a ordenar la acumulación de los procedimientos relativos a dos o más asuntos, independientemente del consentimiento de las partes.

⁵⁷ Véase Decisión de la Mayoría, párrs. 81 y 94. Las Partes también se remitieron, especialmente en la Audiencia, al "*litisconsorcio facultativo*" ("*litisconsorzio facoltativo*") porque los argumentos sobre la existencia de consentimiento se mezclaron con la cuestión que consiste en determinar si los procedimientos de múltiples partes en el ámbito de un arbitraje CIADI presuponen una cierta relación o un vínculo con elementos jurídicos o fácticos determinados entre los futuros codemandantes, como es frecuentemente el caso en el derecho doméstico (la Decisión de la Mayoría aborda esta cuestión en los párrs. 152 y subsiguientes de su Decisión).

74. No obstante, el esclarecimiento de los diferentes tipos de acciones, reclamos o procedimientos efectuado por la Decisión de la Mayoría es, en última instancia, *una distinción sin diferencia alguna* porque, en el presente caso, la mayoría llega a conclusiones similares, *mutatis mutandis*, a las alcanzadas por la decisión de la mayoría del caso *Abaclat* con respecto a su procedimiento "masivo" e "híbrido". Esto significa que para la Decisión de la mayoría, sea cual fuere la caracterización de la "acción colectiva" y del "procedimiento" subsiguiente, el inversor privado extranjero tendrá derecho a someter *directamente* al CIADI un procedimiento arbitral internacional contra del Estado receptor sin más preámbulos, a pesar del silencio al respecto en las normas fundamentales aplicables.

75. La explicación sobre dichos aspectos comunes en las conclusiones de ambas decisiones mayoritarias, a pesar de la diferencia en la caracterización de los respectivos "procedimientos" y "acciones" colectivos, se debe al hecho de que ambas decisiones son deficientes en el tratamiento del tema de la jurisdicción, cuestión regulada en el arbitraje internacional por el consentimiento de las partes de la controversia. Como se indicó anteriormente, en el caso *Abaclat* la decisión de la mayoría dejó de lado los requisitos "jurisdiccionales" (e introdujo criterios de "admisibilidad")⁵⁸. En el presente caso, la Decisión de la Mayoría interpreta el *silencio* del Convenio y las Reglas del CIADI a favor de la existencia de jurisdicción sobre arbitrajes de múltiples partes, alegando como pretexto la inexistencia de una exclusión expresa de estos arbitrajes en las disposiciones pertinentes del derecho del CIADI. Como se indicará más adelante, en esta Opinión, el recurso al argumento de "contracting out" es una falacia en cuestiones relativas al consentimiento de las partes de someter una controversia dada al arbitraje internacional.

76. Considero que bajo ningún punto de vista se puede interpretar en el derecho internacional público el silencio del derecho objetivo aplicable a favor de la existencia de jurisdicción. Para remediar estos efectos jurídicos del "silencio" en las cuestiones jurisdiccionales cuando se planteen en un determinado caso es necesaria la manifestación de un consentimiento específico de ambas partes de la controversia, en particular por parte de la demandada, porque el consentimiento de las demandantes se manifiesta en el acto mismo de incoacción del procedimiento. Esta es la situación que caracteriza el presente caso. Además, en los sistemas institucionales de arbitraje internacional, como el CIADI, si los instrumentos básicos, en este caso el Convenio de Washington de 1965, contienen requisitos que limitan el alcance de la aplicación del sistema, el consentimiento de ambas partes de la controversia no puede ir más allá de dichos límites por aplicación de la denominada *prueba de doble enfoque*. En virtud de lo antedicho, considero generalmente que tanto los procesos representativos como los procesos que incorporan elementos conjuntos y representativos no están incluidos en el sistema de arbitraje del CIADI tal como está establecido en el presente.

*

77. Parecería que, por medio de sus propias distinciones, la Decisión de la Mayoría, pretendía en primer lugar deshacerse, desde el inicio, de los argumentos en contrario efectuados por la Demandada en relación con lo que los Demandantes originalmente

⁵⁸ Véase Hans van Houtte y Bridie McAsey, "Case Comment. Abaclat and Others v. Argentine Republic, supra nota 51, pág. 233. (véase también párr. 41)

describieron como "actione di gruppi"⁵⁹. Y, en segundo lugar, justificar el denominado argumento del "fenómeno omnipresente" mencionado por la Mayoría para contrarrestar la afirmación de la Demandada respecto de la decisión mayoritaria en el caso *Abaclat* de que "cuando se celebró el Convenio CIADI, los procedimientos colectivos eran casi inexistentes", como era efectivamente el caso en ese momento⁶⁰.

78. En todo caso, queda claro que para la Decisión de la Mayoría el presente "procedimiento de múltiples partes" (como para el tribunal del caso *Abaclat* el procedimiento "masivo" o, alternativamente, "híbrido") no requeriría *el consentimiento o la* acquiescencia *de la demandada* inclusive cuando, como en el presente caso, el acuerdo de arbitraje entre las partes de la controversia (suscripto por medio de la "oferta de arbitraje" de 1990 del TBI Argentina-Italia supuestamente aceptado por los Demandantes) es, a mi criterio, tan silencioso como el Convenio CIADI de 1965 con respecto a "procedimientos de múltiples partes". Con respecto a este último Convenio, los *travaux préparatoires publicados* demuestran que un comentario acerca de la definición de "nacional" en un proyecto de agosto de 1963 que se refería expresamente a la "asociación de personas" [Traducción del Árbitro], se eliminó en 1964⁶¹.

79. Especialmente relevante, en este punto, es el hecho de que las Reglas de Iniciación, Conciliación y Arbitraje del CIADI guardan también silencio sobre los "procedimientos de múltiples partes", así como sobre los procedimientos "masivos" o "híbridos. El Tribunal no ha recibido información alguna de que exista respecto del tema una solicitud de apertura de un procedimiento de enmienda del Convenio CIADI de acuerdo con su Capítulo IX, ni por parte de los Estados Contratantes ni, para el caso, por el Banco Mundial.

80. Sin embargo, la Decisión de la Mayoría concluye lo siguiente:

"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".

60 Ibídem, párr. 134 y Decisión de la Mayoría del caso Abaclat, párr. 519.

⁵⁹ Véase Decisión de la Mayoría, párr. 118.

⁶¹ Véase CIADI, The History of the ICSID Convention: Documents concerning the origin and the formulation of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between states and nationals of other states, vol. II-1, pág. 170 y 610.

⁶² Véase Decisión de la Mayoría, párr. 146.

81. Estoy en completo desacuerdo con la conclusión antes mencionada del "esfuerzo interpretativo" de la Mayoría, el cual no debe ser confundido con la interpretación del tratado efectuada de conformidad con el artículo 31 de la CVDT. Considero que la conclusión es defectuosa por varias razones. En primer lugar, me veo obligado a resaltar el hecho de que, en el derecho internacional público, la lógica nunca es una fuente de jurisdicción para los tribunales arbitrales internacionales. En segundo lugar, la conclusión se basa en la premisa falsa de que el "silencio", en los instrumentos internacionales fundamentales aplicables (caracterizado por la mayoría como "no oposición") aboga a favor de la autorización de procedimientos de arbitrajes de múltiples partes. En tercer lugar, el consentimiento por escrito prestado por la República Argentina en el párrafo 3 del Artículo 8 del TBI Argentina-Italia de 1990, bajo la forma de "oferta permanente de arbitraje internacional" no contempla "arbitrajes de múltiples partes". En cuarto lugar, como cuestión de derecho positivo internacional, la norma del derecho internacional general (derivada de consideraciones sistémicas) consentimiento de las partes de la controversia al arbitraje internacional, con sus corolarios, cierra el paso a la conclusión de la Mayoría⁶³. De conformidad con esta regla, el consentimiento de las partes al arbitraje internacional debe ser un consentimiento manifiesto tanto con respecto a la existencia del consentimiento como a su alcance⁶⁴.

82. Según se estableció históricamente en la Corte Permanente de Justicia Internacional ("CPJI"), la manifestación del consentimiento necesario puede lograrse a través de una declaración expresa de consentimiento o en función de actos que establecen en forma concluyente⁶⁵ dicho consentimiento (prórroga de jurisdicción). El simple hecho de que ciertos eventos y situaciones respecto de los cuales el sentido corriente de los términos de un convenio determinado es suficientemente amplio para incluirlos aunque no se hubiera pensado en ellos cuando se concluyó el convenio, no justifica la interpretación de sus disposiciones de alcance general de manera distinta a la especificada por sus términos⁶⁶. Pero, no se puede considerar que la existencia o el alcance del consentimiento a un determinado arbitraje internacional haya sido establecido por el mero "silencio" o por disposiciones denominadas de "no exclusión". Se deberá determinar de conformidad con el sentido corriente de los términos del texto de la disposición sujeta a interpretación, en su contexto y a la luz del objeto y fin del tratado en cuestión ("regla general de interpretación de los tratados", artículo 31 de la CVDT). Al mismo tiempo, una declaración expresa de consentimiento puede hacerse tanto en un instrumento único o en varios documentos relacionados⁶⁷ entre sí, pero siempre debe manifestarse y ser inequívoca.

4

⁶³ Con respecto a la regla del consentimiento del Estado a la jurisdicción, véase Capítulo IV de la presente Opinión.

⁶⁴Véase, por ejemplo, laudo *Daimler*, *supra* nota 1, párr. 175.

⁶⁵ Rights of Minorities in Upper Silesia (Germ. v. Pol.) 1928 P.C.I.J. (Ser. A) No15 (Apr 26), pág. 24.

⁶⁶ Véase Interpretation of Convention of 1919 concerning Employment of Women during the Night, Advisory Opinion, 1932, CPJI, Serie A/B N.° 50 (nov. 15), pág. 377.

⁶⁷ Véase, por ejemplo, el laudo *Antoine Goetz y otros c. República de Burundi* (Caso CIADI No. ARB/01/2), del 21 de junio de 2012 ("Goetz II"), párrs. 1 y 139.

83. Es evidente que, por el hecho de ser parte del Convenio CIADI, la República Argentina no manifestó ningún consentimiento al procedimiento de múltiples partes en el arbitraje del CIADI. La Decisión de la Mayoría no puede dejar de admitir que el texto del apartado (1) del Artículo 25 del Convenio CIADI utiliza en singular tanto el término "nacional de otro Estado Contratante" así como también el término "Estado Contratante". Pero a pesar de lo antedicho, la Mayoría, invocando inter alia los travaux del Convenio, concluye que los "debates no fueron concluyentes en lo que concierne a la intención de aceptar o rechazar los arbitrajes de múltiples partes" Pero el término "nacional de un Estado Contratante" en singular figura asimismo en las Reglas 1 y 2 de las Reglas de Iniciación del CIADI, adoptada por el Consejo Administrativo del Centro en virtud del inciso (b) del apartado (1) del Artículo 6 del Convenio CIADI, es decir, después de la adopción del Convenio.

84. La Decisión de la Mayoría procede de manera similar, *mutatis mutandis*, al interpretar la disposición establecida en el Artículo 8(1)(3) y (5) del TBI Argentina-Italia, afirmando, sin realizar ningún tipo de demostración interpretativa, que "esta disposición se refiere de manera *indistinta* a "un inversor" (incisos 1 y 5) e "inversores" (título e inciso 3)" (16) (*énfasis agregado*). En este punto y sobre la base de que, en el Artículo 8(3) del TBI, el término "inversores" aparece en plural, la mayoría -dejando de lado la "regla general de interpretación de los tratados" del artículo 31 de la CVDT-llega a la extraordinaria conclusión de que "el sentido corriente del término "nacional" en el art. 25(1) del Convenio CIADI, *considerado conjuntamente* con el art. 8 del TBI Italia-Argentina, bien puede incluir la situación de una pluralidad de inversores que presentan ante el Centro una controversia de naturaleza jurídica" (*énfasis agregado*).

85. Por lo tanto, de conformidad con la Decisión de la Mayoría, la auténtica expresión de la intención de los Estados Contratantes manifestada en el texto del Artículo 25(1) del Convenio multilateral del CIADI de 1965 será revelada por su lectura conjunta con el Artículo 8(1)(3) y (5) del TBI concluido entre Argentina e Italia en 1990. Las implicaciones necesarias de dicha extraordinaria afirmación serían, para la Decisión de la Mayoría, que el sentido corriente del término "nacional de un Estado Contratante" en el Artículo 25(1) del Convenio CIADI y, en las Reglas 1 y 2 de las Reglas de Iniciación del CIADI, no tendría sentido corriente alguno o tendría un significado fluctuante de conformidad con los términos del texto del TBI en cuestión seleccionado libremente por el intérprete para tal fin. Este primer intento de la Decisión de la Mayoría de invalidar de todo sentido la *prueba de doble enfoque* será seguido por otros, como se indica a continuación.

86. La apelación al argumento de la referencia "indistinta" es otra falacia pretenciosa. Los términos incluidos en las diferentes disposiciones del TBI no son *a priori* indistintos para los fines de interpretación. El sentido corriente de cada uno de estos términos debe ser determinado por el intérprete *en el contexto de* los mismos en virtud del artículo 31(1) de la CVDT. Al respecto, el contexto más próximo del término "inversores" en el Artículo 8(3) del TBI es la totalidad del Artículo 8 (en especial, los párrafos (1), (2), (4) y (5)) por ser el Artículo del TBI que contiene el procedimiento de resolución de diferencias relativas a inversiones entre "*inversores y Partes Contratantes*". El hecho de que en el título "Partes Contratantes", y no solo

⁶⁸ Véase Decisión de la Mayoría, párr. 132.

⁶⁹ *Ibídem*, párr. 131.

"inversores", estén en plural ya indica la respuesta adecuada a la tentativa de apelar al título para determinar el sentido corriente del término "inversores" en el texto del párrafo 3 Artículo 8 del TBI.

- 87. Habiendo dispuesto del argumento relativo al título, conviene retomar el texto del Artículo 8(3). Según el Artículo 8(3) del TBI: "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" (énfasis agregado). El contexto representado por las palabras en cursiva da la respuesta a la cuestión del sentido corriente del término "inversores" (en plural) utilizado en dicha disposición y esta respuesta es, en efecto, contraria a la adoptada por la Decisión de la Mayoría, es decir que el término no incluye el supuesto de una pluralidad de inversores someta una diferencia relativa a inversiones al CIADI por medio de una "acción de múltiples partes".
- 88. ¿Por qué? En primer lugar, porque, por un lado, las palabras introductorias de dicho párrafo: "[s]i todavía subsistiera una controversia", están reguladas por las disposiciones del Artículo 8(1) y (2) y, por otro lado, la frase: "la controversia podrá ser sometida a arbitraje internacional", está regulada el Artículo 8(5)(a) y (b). La "controversia" que "todavía subsist[e]" en el tercer peldaño (arbitraje internacional) del mecanismo de resolución de controversias no puede ser en dicho contexto otra cosa que la misma controversia que no se ha podido resolver anteriormente, ya sea en el primer peldaño (consultas amistosas) o en el segundo (la jurisdicción administrativa o judicial competente de la Parte Contratante en cuyo territorio está situada la inversión). Por lo tanto, dicha diferencia es la que el Artículo 8(1) define como "[t]oda controversia relativa a las inversiones que surja entre un inversor de una de las Partes Contratantes y la otra Parte".
- 89. Con respecto al término "arbitraje internacional" del Artículo 8(3), las disposiciones que lo gobiernan Artículo 8(5)(a) y (b)- proveen que "[e]n caso de recurrirse al arbitraje internacional", la controversia será sometida, a elección del inversor (en singular), al CIADI, como en el presente caso o a un tribunal de arbitraje ad hoc que deberá proceder de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Pero, ni el TBI Argentina-Italia, ni el Convenio o las Reglas del CIADI, ni el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI contienen disposiciones que contemplen la posibilidad de instituir, sin más preámbulos, procedimientos arbitrales con múltiples partes demandantes como un medio de resolución de diferencias relativas a inversiones entre una pluralidad de inversores y el Estado receptor de la inversión.
- 90. En este punto, no debe olvidarse el principio de *reciprocidad* del párrafo 13 del Informe de los Directores Ejecutivos que establece que *el Convenio permite la incoación de los procedimientos tanto a los Estados como a los inversores*. Por consiguiente, por ejemplo, si el término "el nacional de otro Estado Contratante" del Artículo 25(1) del Convenio CIADI incorporara el plural (nacionales), el término "Estado Contratante" también debería incorporar el plural (Estados Contratantes). No obstante, una interpretación semejante sería evidentemente absurda o irrazonable o podría llegar a serlo. Por ejemplo, en el presente caso, ¿podría la República Argentina incoar un "procedimiento de múltiples partes" junto con otros Estados de Latinoamérica miembros del Mercosur (y que sean partes del Convenio CIADI, por supuesto) tanto

contra los 90 inversores privados italianos sin vínculo mutuo alguno, supuestamente Demandantes en el presente caso, como contra un grupo o uno solo de ellos? No creo que esto sea posible sin el consentimiento o la conformidad de los inversores privados extranjeros en cuestión que tendrían entonces calidad de demandados. En cambio, para la Mayoría el consentimiento o aquiescencia de los demandados sería innecesario.

- 91. Asimismo, se debe destacar que el consentimiento al arbitraje internacional es una regla de derecho internacional aplicable a las relaciones entre Argentina e Italia que, como tal, el intérprete debe tenerla en cuenta en el proceso de interpretación del Artículo 8(3) del TBI Argentina-Italia de 1990, según lo establece el artículo 31(3)(c) de la CVDT. La Mayoría ignora completamente -en el presente contexto- estos elementos de la regla general de interpretación de la CVDT, a pesar de que, *in casu* dicha regla general no solo se aplica como una regla consuetudinaria codificada del derecho internacional público, sino también *qua* una regla convencional, en tanto que Argentina e Italia son partes de la CVDT desde antes de que se concluyera el TBI en 1990.
- 92. Por último, el Artículo 5(1)(c) del TBI Argentina-Italia titulado "Nacionalización o Expropiación" -que también es parte del "contexto" para la interpretación del término "inversores" en el Artículo 3(8)- establece que *en caso de que no se llegara a un acuerdo entre el inversor y la Parte Contratante que adoptó la medida* (una vez más en singular), la determinación de la indemnización se realizará *según los procedimientos de solución de controversias indicados en el Artículo 8 del presente Acuerdo.*

*

- 93. Las consideraciones anteriores confirman que en el Artículo 8(3) del TBI Argentina-Italia el término "inversores" (en plural) no califica, bajo ningún punto de vista, el término "controversia" -definido en el Artículo 8(1). Los Estados Contratantes lo utilizan con el fin general de referirse a todos aquellos inversores que no resolvieron su respectiva *controversia* (en singular) con el Estado receptor por medio de consultas amistosas o litigando en los tribunales locales. Además, existen otras disposiciones del TBI que se refieren a los "inversores" en plural con el mismo sentido genérico (por ejemplo, en los Artículos 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 10).
- 94. La interpretación contraria proporcionada por la Decisión de la Mayoría significa que el término "inversores" (en plural), del Artículo 8(3) del TBI, controla la interpretación de todo el resto, es decir los párrafos 1, 2, 3 y 5 del Artículo 8 del TBI y que, bajo esta interpretación del TBI, también controlaría el Artículo 25(1) del Convenio de Washington de 1965 o, para el caso, todo el derecho del CIADI. Seguramente esto es una proposición improbable que llevaría a un resultado evidentemente absurdo o irrazonable y, por consiguiente, inaceptable. En la misma línea, no puedo dejar de rechazar la tesis subyacente -aparentemente basada en la apreciación subjetiva de una presunta intención de los autores del TBI- de que cuando la naturaleza de una inversión supuestamente protegida por el TBI aparece particularmente adecuada para un gran número de demandantes potenciales, se debería admitir que las Partes Contratantes han prestado su consentimiento para los procedimientos de múltiples partes. Esta tesis repudia completamente la regla del consentimiento al arbitraje internacional del derecho internacional general y pretende ignorar que no existe una jurisdicción por defecto en el derecho internacional. El sistema de arbitraje del CIADI tampoco es un sistema de arbitraje obligatorio general. Por supuesto, puede

ser enmendado o modificado pero únicamente por los Estados Contratantes y por nadie más. En todo caso, no corresponde a los tribunales arbitrales del CIADI, establecidos para pronunciarse sobre un determinado caso, asumir facultades legislativas generales.

*

- 95. En busca de una justificación de la tesis de que, a pesar del silencio de los instrumentos fundamentales aplicables, la institución de "procedimientos de múltiples partes" ante el CIADI no requiere el consentimiento o la aquiescencia de la demandada, la Decisión de la Mayoría se aparta pronto del derecho del CIADI y del Artículo 8 del TBI Argentina-Italia y, en su lugar, se vuelve hacia la práctica en los tribunales arbitrales del CIADI y TLCAN. Revela, por ejemplo, que 38 de los 398 casos informados (hasta el 21 de agosto de 2012) son "casos de múltiples partes", que involucran a un número diverso de demandantes que va de 3 a 14 o 137 demandantes⁷⁰. De estos 38 casos de múltiples partes del CIADI, la Decisión de la Mayoría analiza solo 6 casos del CIADI (2 de los cuales se refieren al Mecanismo Complementario), a saber: Klöckner (1983); Goetz I & II (1999); LG&E Energy Corp (2004); Baywiew (2007); Funnekotter (2009); y Alasdair (2010); así como también un caso de la CNUDMI en virtud del TLCAN: Canadian Cattlemen (2008). Es sobre la base de esa escasa jurisprudencia que la Mayoría considera confirmadas sus conclusiones sobre la cuestión del consentimiento de la Demandada a los procedimientos con múltiples partes.
- 96. Por lo tanto, la primera pregunta que surge es: ¿Qué pasa en los otros aludidos 31 casos de múltiples partes del CIADI? Asumo que todos estos casos no proporcionan un fundamento para la tesis de la Mayoría, de lo contrario hubieran sido mencionados en su Decisión. Un problema adicional para la Mayoría es que los casos que han invocado tampoco le son de mucha ayuda. La cuestión consiste, por lo tanto, en averiguar si en esos casos los que los tribunales arbitrales del CIADI en cuestión aceptaron "procedimientos de múltiples partes" a pesar de la oposición de la Demandada:
 - 1. Klöckner y otros c. Cameroon. El Gobierno demandado inicialmente argumentó que el uso del singular en el Artículo 25(1) del Convenio CIADI prohibía los arbitrajes de pluralidad de partes. Sin embargo, esta excepción fue posteriormente retirada por el Gobierno demandado, según lo registró la Decisión de la Mayoría⁷¹. El laudo de 1983 del tribunal arbitral que entendió en el caso fue posteriormente anulado en 1985 por un comité *ad hoc* del CIADI.
 - 2. Goetz y otros c. Burundi. Este caso involucra seis accionistas belgas de una compañía burundesa que incoaron procedimientos en forma conjunta. Por lo tanto, existía un vínculo entre los demandantes. La demandada no compareció, por lo que no opuso excepciones (el arbitraje se tramitó en rebeldía). De conformidad con lo dispuesto en la Regla de rebeldía de las Reglas de Arbitraje del CIADI, el Tribunal confirmó que tenía jurisdicción para resolver el caso ⁷². Un laudo del 10 de febrero de 1999 ("Goetz I") incorporó el acuerdo de partes y el caso fue suspendido en virtud de la Regla 43 de las Reglas de Arbitraje del CIADI. Una controversia adicional

⁷⁰ *ibídem*, párr. 135.

⁷¹ Ibídem, párr. 136, citando Klöckner Industrie-Anlagen GmbH y otros c. República Unida de Camerún y Société Camerounaise des Engrais (Caso CIADI No. ARB/81/2).

⁷² *Ibídem*, párrs. 136 y 157, citando *Antoine Goetz y otros c. República de Burundi* (Caso CIADI No. ARB/95/3), Decision del 2 de septiembre de 1998 ("*Goetz I*").

surgió con posterioridad y un segundo caso llamado "Antoine Goetz & Consorts et S.A. Affinage des Métaux c. République de Burundi" fue incoado en junio de 2011 por Consorts Goetz (accionistas principales de una compañía burundesa) y la compañía AFFIMET (este segundo caso no está mencionado en la Decisión de la Mayoría). Por lo tanto, se constituyó otro tribunal arbitral del CIADI. En este segundo caso, la República de Burundi compareció y opuso sus excepciones preliminares. Sin embargo, las excepciones fueron dejadas de lado en la Réplica ("la Republique du Burundi accepte la compétence du Tribunal pour le besoin du présent litige et dans les limites définies dans la présent Réplique")⁷³. Esto fue confirmado en la audiencia. Por lo tanto, no hubo oposición en Burundi a este "procedimiento de múltiples partes". En el laudo del 21 de junio de 2012, el tribunal arbitral confirmó su competencia sobre los reclamos de Consorts Goetz sobre la base de un convenio especial que formaba parte integral del protocolo de acuerdo contemplado en el laudo del 10 de febrero de 1999 (Artículo 53(1) del Convenio CIADI), por medio del cual se excluyó el reclamo de AFFIMET⁷⁴.

3. En el caso LG&E Corp. y otros c. República Argentina, el TBI Argentina-Estados Unidos aplicable establece lo siguiente: "Cada una de las Partes (es decir, la República Argentina y Estados Unidos de América) por el presente expresa su voluntad de someter la solución de cualquier controversia en materia de inversión al arbitraje obligatorio de acuerdo con la elección especificada en la manifestación escrita de voluntad del nacional o la sociedad según lo previsto por el párrafo 3" (Artículo VII del TBI). La solicitud de arbitraje se presentó de manera conjunta entre las tres sociedades demandantes LG&E. La demandada no parece haberse opuesto al ejercicio de la acción de múltiples partes como tal. En un contexto semejante es comprensible que un tribunal arbitral estime que el Estado receptor ya ha prestado su consentimiento a tal acción al aceptar dicha fórmula en el TBI⁷⁵. Sin embargo, el TBI Argentina-Italia no tiene la misma fórmula abarcativa. El tribunal arbitral rechazó las excepciones de la demandada a la jurisdicción basadas en de la falta de jus standi de los demandantes en los términos siguientes: "las Demandantes deberían ser consideradas inversionistas extranjeras, aun cuando no hayan ejecutado directamente la inversión en la República Argentina, sino a través de sociedades constituidas para tal efecto en su territorio". En el presente caso, los Demandantes no tienen vínculo alguno entre ellos.

4. En el caso *Bayview Irrigation District c. Estados Unidos Mexicanos*, un caso del CIADI (Mecanismo Complementario), la cantidad de demandantes que alegaron ser nacionales estadounidenses era mucho mayor que en los casos anteriores (46 demandantes). Si bien las demandantes estaban desvinculadas entre sí, todos alegaban haberse visto perjudicados por los mismos actos supuestamente ilícitos de México⁷⁷. El derecho aplicable en este caso fue el TLCAN (Tratado de Libre Comercio de América del Norte). La Demandada opuso tres excepciones principales a la jurisdicción y admisibilidad y alegó lo siguiente: "la reclamación debe referirse a una inversión comprendida dentro del ámbito de aplicación del Capítulo XI [Sección

⁷³ Véase *Goetz II*, *supra* nota 67, párr. 136.

⁷⁴ *Ibídem*, párrs. 139 a 145.

⁷⁵ Véase *LG&E Energy Corp*, *supra* nota 26, Decisión del 30 de abril de 2004, *párr*. 73.

⁷⁶ ibídem, párr. 63.

⁷⁷ Véase Decisión de la Mayoría, párrs. 137 y 156 citando *Bayview Irrigation District y otros c. Mexico*, Caso CIADI No. ARB(AF)/05/1, Laudo del 19 de junio de 2007 ("*Bayview*").

A] del TLCAN y dentro de los límites en que el Demandado ha consentido el arbitraje"78. Como indica el laudo de 19 de junio de 2007, el Artículo 1101 del TLCAN define el ámbito de aplicación de la totalidad de la sección A del Capítulo XI del tratado de la siguiente manera: "1. Este capítulo se aplica a las medidas que adopte o mantenga una Parte relativas a: (a) los inversionistas de otra Parte; (b) las inversiones de inversionistas de otra Parte realizadas en territorio de la Parte"⁷⁹ (énfasis agregado). De conformidad con el tribunal arbitral, esta disposición del TLCAN no solo incluye las protecciones sustanciales otorgadas a los inversionistas y a las inversiones por la sección A, sino también "los derechos de someter a arbitraje controversias conforme a la Sección B del Capítulo XI"80. Es evidente que la redacción del Artículo 1101 del TLCAN no excluye la posibilidad de que inversores protegidos incoen procedimientos de múltiples partes. Luego de citar la definición de "inversionista de una Parte" e "inversión de un inversionista de una Parte" estipuladas en el Artículo 1139 del TLCAN, el tribunal arbitral analizó la cuestión crucial en juego en el caso a saber: si los demandantes pretendían realizar, estaban realizando o habían realizado una inversión en México, o si, como sostenían los demandantes, bastaba el hecho, no cuestionado, de que habían efectuado una inversión en Texas⁸¹. El tribunal concluyó que el sentido corriente del texto de las disposiciones pertinentes del Capítulo XI es que las mismas se refieren a inversiones extranjeras, no a inversiones domesticas, por lo que determinó que carecía de jurisdicción 82. Este laudo no ha sido objeto de ningún procedimiento de anulación.

5. La mayoría parece asignar un peso considerable al caso *Bernardus Henricus Funnekotter y otros c. República de Zimbabue*, incoado por 13 demandantes, nacionales holandeses (personas naturales). El único vínculo existente entre los demandantes individuales era que todos ellos habían sufrido el mismo daño, en virtud de alegadas violaciones del TBI Zimbabue-Holanda del Estado anfitrión al adoptar medidas relativas a la aplicación del programa de adquisición de tierras adoptado en 1992. Las excepciones a la jurisdicción y las cuestiones de fondo se consideraron en conjunto. En su Memorial de Contestación, la demandada alegó que estaba al tanto de sus obligaciones en virtud del TBI aplicable y que, a pesar de *las dudas sobre la calidad de los demandantes*, estaba dispuesta a una compensación, bajo la única condición de que los demandantes administrasen una "prueba estricta" [Traducción del Árbitro] de su nacionalidad holandesa. Pero, en la Dúplica la demandada declaró que "no objetaba la jurisdicción del Centro" y esta posición fue posteriormente confirmada en la audiencia ⁸³. Sin embargo, el tribunal consideró que:

"A la luz de la importancia de la jurisdicción como fundamento de las decisiones arbitrales y la competencia especial acordada a los tribunales arbitrales para determinar su jurisdicción el Tribunal considera importante abordar aunque sea de manera breve la cuestión de jurisdicción a pesar del actual acuerdo entre las partes. El Tribunal concluye que se ha establecido la jurisdicción en virtud del TBI y el

⁷⁸ Véase *Bayview*, *supra* nota 77, párr. 25.

⁷⁹ *Ibídem*, párr. 84.

⁸⁰ Ibídem, párr. 85.

⁸¹ Ibídem, párr. 93.

⁸² *Ibídem*, párr. 122.

⁸³Véase laudo*Bernardus Henricus Funnekotter y otros c. República de Zimbabwe* (Caso CIADI No. ARB/05/6), del 22 de abril de 2009 (*"Funnekotter"*), párrs. 59, 61, 82 y 93.

Convenio CIADI: se cumplen⁸⁴ todos los tres requisitos previos para la jurisdicción" (énfasis agregado). [Traducción del Árbitro]

¿Cuáles fueron esos "tres requisitos" que el tribunal consideró importante señalar a pesar del "actual acuerdo entre las partes"? Fueron, según se explica en el laudo, los tres aspectos clásicos del consentimiento general al arbitraje internacional: jurisdicción *ratione personae*, jurisdicción *ratione materiae* y jurisdicción *ratione temporis*⁸⁵. Todas las otras cuestiones eventuales de jurisdicción y admisibilidad no fueron abordadas "de manera breve" porque sin duda fueron cubiertas por el "actual acuerdo entre las partes" mencionado en la cita. De hecho, el caso proporciona un ejemplo adicional del consentimiento o la aquiescencia de la demandada a un "procedimiento de múltiples partes" (en este caso, a partir de la presentación de la Memorial de Contestación). Por lo tanto, la conclusión del párrafo 158 (*in fine*) de la Decisión de la Mayoría es, a mi criterio, injustificado.

6. En el caso *Alasdair Ross Anderson y otros c. República de Costa Rica* se puede destacar que la solicitud original incluyó una gran cantidad de personas y compañías de diferentes nacionalidades. Luego de importantes revisiones, el caso fue sometido al CIADI, con sus modificaciones y complementos posteriores, por 137 nacionales canadienses en virtud del Reglamento de Arbitraje (Mecanismo Complementario) del CIADI. La demandada presentó cinco excepciones preliminares a la jurisdicción y la admisibilidad, pero ninguna con respecto a la característica de la incoacción del procedimiento por "múltiples partes". Por lo tanto, la demandada aceptó este tipo de procedimiento. El tribunal determinó que carecía de jurisdicción al dar lugar a una excepción de la demandada a la jurisdicción *ratione materiae*, fundada en que los demandantes no eran titulares de las inversiones ni las controlaban *en virtud de la legislación de Costa Rica* como exigía el TBI Canadá-Costa Rica⁸⁶.

7. En el caso Canadian Cattlemen for Fair Trade c. Estados Unidos de América, el procedimiento fue incoado por 109 demandantes canadienses en virtud de un arbitraje consolidado conforme al Capítulo XI del TLCAN y al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. No se opusieron excepciones preliminares al procedimiento de múltiples partes. De hecho, se impidió que la demandada lo hiciera por medio de la Resolución Procesal N° 1 (punto 3.6) adoptada por el tribunal, en virtud de la cual, en una primera fase procesal, el tribunal solo debería entender en 'cuestiones preliminares' definida por las partes en los siguientes términos:

"¿Este Tribunal tiene jurisdicción para entender en los reclamos en virtud del Artículo 1116 del TLCAN por una supuesta violación del párrafo 1 del Artículo 1102 del TLCAN, cuando todas las inversiones de los demandantes se encontraban localizadas en el sector canadiense del área de Libre Comercio de América del Norte y los Demandantes no pretendían realizar, estaban realizando o habían realizado ninguna inversión en el territorio de los Estados Unidos de América?

_

⁸⁴ *Ibídem*, párr. 94.

⁸⁵ *Ibídem*, párr. 95.

⁸⁶ Véase laudo*Alasdair Ross Anderson y otros c. República de Costa Rica* (Caso CIADI No ARB(AF)/07/3), del 19 de mayo de 2010, párrs. 59 y 65.

"Las Partes están de acuerdo con respecto a que la determinación de esta cuestión dispondrá de todos los reclamos de los demandantes en su totalidad.

"Las Partes también coinciden que cualquier otra excepción de naturaleza jurisdiccional potencial deberá reservarse para una única etapa de fondo, siempre y cuando no se rechace el reclamo en la etapa fase preliminar". [Traducción del Árbitro].

Sin embargo, los reclamos fueron rechazados en la primera etapa por motivos similares *mutatis mutandis* a aquellos que también prevalecieron en el caso *Bayview*, a saber que la protección internacional invocada cubría inversiones extranjeras, no inversiones domésticas. Por lo tanto, no existió ninguna oportunidad para considerar una eventual excepción u objeción a la acción de múltiples partes como tal.

97. La revisión de los 7 casos mencionados por la Decisión de la Mayoría, junto con el silencio con respecto a los otros alegados 31 casos de múltiples partes de un total de 398 casos (véase párrafo 95 anterior), no me permiten concluir, como afirma la Mayoría, que los arbitrajes de múltiples partes son una práctica generalmente aceptada por el sistema del CIADI y que los procedimientos de múltiples partes no requieren ningún consentimiento específico adicional por parte del Estado demandado, más allá del consentimiento general al arbitraje del Artículo 25(1) del Convenio CIADI⁸⁸.

98. Considero que hablar de un consentimiento específico "adicional" de la demandada es una terminología más inequívoca que el término "consentimiento secundario". Dado que en ninguno de los casos analizados por el tribunal arbitral parece considerarse la necesidad del consentimiento de la demandada al arbitraje de múltiples partes de otra manera que la derivada del alcance del consentimiento general en virtud del Artículo 25(1) del Convenio CIADI y, en general, en las normas sobre jurisdicción pertinentes para el caso (TBI o TLCAN). En todo caso, ninguno de los tribunales arbitrales del CIADI ha admitido el "procedimiento de múltiples partes" en contra de la objeción de la demandada con una sola excepción: el tribunal del caso *Abaclat*, que no lo hizo con respecto a un "procedimiento de múltiples partes" propiamente dicho como el presente, sino en relación con un procedimiento "masivo" o "híbrido" según caracterización del mismo tribunal.

*

99. La distinción entre "reclamación masiva" y "procedimiento de múltiples partes" mencionada anteriormente es, dentro del sistema de arbitraje del CIADI, no solo una diferencia de grado (basada en la distincción entre un arbitraje a una escala masiva y uno de una dimensión menor) sino también de naturaleza, lo que vincula diferentes efectos jurídicos como resultado de la regla del consentimiento de las partes de la controversia que gobierna el arbitraje internacional. En efecto, dado el silencio de los textos fundamentales del CIADI, no se puede dar por hecho que los "procesos de reclamos masivos" -que son procesos representativos, o están orientados a serlo-

⁸⁷ Véase *The Canadian Cattlemen for Fair Trade c. Estados Unidos de América* (Reglas de arbitraje NAFTA-UNCITRAL), Decisión sobre Jurisdicción del 28 de enero de 2008 ("Canadian Cattlemen"), párr. 14, pág. 25.

⁸ Véase, por ejemplo, el párrafo 145 de la Decisión de la Mayoría.

encajan en el presente marco del sistema del CIADI. Estos procedimientos precisan disposiciones y reglas internacionales particulares, tal como una legislación especial en el foro doméstico. Por consiguiente, para que estos procedimientos se incorporen al sistema del CIADI sería necesario, según mi criterio, una acción común internacional adicional por quien corresponda y, en primer lugar, de los Estados Contratantes del CIADI.

100. Sin embargo, para la regla del consentimiento al arbitraje internacional, los "procedimientos de múltiples partes" propiamente dichos no presentan la misma incompatibilidad con el presente sistema de arbitraje del CIADI, siempre y cuando adopten la forma de "reclamo conjunto", es decir un procedimiento que permita el debido análisis en el proceso de cada uno de los reclamos individuales que forman parte de la "acción de múltiples partes". Por lo tanto, en el caso de estos procedimientos, el silencio del derecho del CIADI y del TBI aplicable pueden ser remediado por una manifestación adicional *ad hoc* del consentimiento al "procedimiento de múltiples partes" en cuestión por parte de la demandada. La jurisprudencia supra confirma dicha proposición y que el consentimiento de la demandada a tales efectos puede manifestarse mediante acquiescencia u otras formas de conducta conclusiva, así como también que los demandados están más dispuestas a hacerlo cuando existe algún tipo de vínculo entre los demandantes de que se trate

101. Sin embargo, aunque flexible en sus formas de manifestarse, se requiere el consentimiento de la demandada con respecto a los "procedimientos de múltiples partes" cuando guardan silencio al respecto los textos básicos -como en el derecho del CIADI- sobre la admisibilidad de formas de acción colectiva. En el presente caso, el silencio del texto básico del CIADI no ha sido subsanado por un consentimiento adicional de la República Argentina como Demandada ni en la "oferta de arbitraje" incluida en el TBI Argentina-Italia ni de manera *ad hoc*. De hecho, desde un primer momento, la Demandada manifestó su objeción a la acción de "múltiples partes" de los Demandantes, es decir desde la presentación de la Solicitud de Arbitraje, y ha sostenido dicha objeción durante toda la presente fase del proceso.

102. Por lo tanto, coincido con los pasajes del *Comentario del Profesor Schreuer acerca del Convenio CIADI* (primera y segunda edición) en los que el Profesor establece que es perfectamente posible que haya más de una parte del lado inversor en el marco de un procedimiento ⁸⁹, pero, siempre y cuando la naturaleza del procedimiento incoado encaje en el presente sistema de arbitraje del CIADI y que se haya prestado adecuadamente el consentimiento de la demandada al "procedimiento de múltiples partes" incoado por las demandantes, según lo requiere el derecho internacional que -conforme a la Decisión de la Mayoría- es el derecho aplicable para dirimir cuestiones de jurisdicción y admisibilidad en el presente caso.

103. La afirmación de la Decisión de la Mayoría de que no se requiere ningún consentimiento de la demandada a la luz la literatura académica remitida por las Partes⁹⁰ es ciertamente una afirmación audaz. Un ejemplo será suficiente para probar que dicho tipo de afirmaciónes nunca llegan demasiado lejos. Me refiero al Profesor

.

⁸⁹ *Ibídem*, párr. 143.

⁹⁰ Ibídem.

S.I. Strong -citado por el Profesor Abi-Saab en su opinión disidente en el caso *Abaclat* remitida al Tribunal- que dice lo siguiente:

"[L]a primera pregunta planteada en todo arbitraje es si las partes han acordado someter a arbitraje esta controversia particular. Esta cuestión... puede nombrarse 'consentimiento primario'... Por el contrario, los procedimientos de clase se centrarán en su mayor parte en el 'consentimiento secundario', lo que significa el consentimiento a este tipo específico de procedimiento. ... Este concepto bajo ningún punto de vista es exclusivo de los procedimientos de clase, dado que los tradicionales arbitrajes de múltiples partes también se requieren para establecer el consentimiento secundario en los casos en los que el acuerdo de arbitraje es silencioso o ambiguo con respecto a tratamiento de múltiples partes". (S.I. Strong, "Does Class Arbitration 'Change the Nature' of Arbitration?, Stolt Nielsen, AT&T and Return to First Principles", 17 Havard Negotiation Law Review) [Traducción del Árbitro].

104. Estoy de acuerdo con la afirmación anterior en lo que refiere al arbitraje de múltiples partes en el sistema del CIADI, pero, por los motivos antes mencionados, difiero con respecto a los procesos de reclamos masivos representativos. Considero que los rasgos de estos procedimientos son incompatibles con el presente sistema de arbitraje del CIADI y, en consecuencia, exceden la posibilidad del consentimiento de un determinado Estado demandado para remediar la situación. En el sistema del CIADI es por lo tanto determinante, para la continuación del procedimiento incoado por una acción colectiva, la caracterización del procedimiento como una controversia "masiva" o "de múltiples partes" *stricto senso*, caracterización que debería efectuarse teniendo en cuenta no solo el número de demandantes, sino también el tipo y la naturaleza de los reclamos sometidos al tribunal arbitral para su resolución.

105. Cómo se indicó anteriormente, no tengo duda alguna de que el presente caso configura un procedimiento del CIADI de múltiples partes *strictu sensu*. Asimismo, la participación de 90 Demandantes no es inmanejable para el Tribunal. Sin embargo, el procedimiento es defectuoso porque al haber sido incoado unilateralmente mediante una "acción de múltiples partes" se requiere el consentimiento o la acquiescencia de la demandada, que no se ha prestado hasta el momento. Sin perjuicio de la salvedad terminológica anterior (párrafo 98), concluyo esta sección de mi Opinión con la cita del siguiente pasaje del Profesor Abi-Saab sobre "arbitrajes de múltiples partes" que confirman mi propia conclusión sobre la cuestión analizada:

"Con respecto a los arbitrajes de múltiples partes, como se afirma en el laudo de la mayoría, la cuestión fue planteada durante la elaboración del Convenio CIADI, pero la cuestión quedó inconclusa. Se debatió durante la última revisión de las Reglas, pero otra vez no se abordó expresamente en las Reglas revisadas de 2006. Pero la ausencia de una regulación escrita no significa la ausencia de reglas. En efecto, los pocos casos sobre arbitrajes de múltiples partes que tuvieron lugar dentro del marco del CIADI (y también del TLCAN), siempre se tramitaron con un acuerdo claro de las partes o *sin excepción de la Demandada*, lo que conforma un consentimiento implícito. Por lo tanto, en el arbitraje de múltiples partes, se respetó

⁹¹ Véase Opinión disidente del Profesor Abi-Saab, *supra* nota 37, en *Abaclat*, párr. 173.

consistentemente la regla del 'consentimiento secundario'". ⁹²(énfasis agregado) [Traducción del Árbitro]

2. El acuerdo de arbitraje entre las Partes de la controversia en virtud del sistema del TBI: el desconocimiento por la Decisión de la Mayoría de aspectos fundamentales de la formación de dicho acuerdo y su conclusión.

106. El arbitraje internacional es un medio del derecho internacional para la resolución de controversias en el cual el consentimiento de las partes de la controversia juega un papel primordial. Como se indicó en el Preámbulo del *Modelo de reglas sobre procedimiento arbitral* adoptado por la CDI en 1958 la *estipulación de recurrir al arbitraje* se basa en las reglas fundamentales siguientes: (i) la estipulación constituye una obligación jurídica que ha de ser ejecutada de buena fe; (ii) la obligación resulta del acuerdo de las partes y puede referirse a controversias ya planteadas o a controversias eventuales; (iii) la obligación debe resultar de un documento escrito, cualquiera que sea su forma; (iv) los procedimientos que en el presente modelo se ofrecen a los Estados partes en una controversia no son obligatorios sino cuando esos Estados se ponen de acuerdo para recurrir a ellos, sea en el *compromiso* o en cualquier otra estipulación; (v) las partes son iguales en todas las actuaciones ante el tribunal arbitral.

107. Frecuentemente, la jurisprudencia de la CIJ y las decisiones de los tribunales arbitrales en los arbitrajes interestatales han resaltado que un arbitraje es un medio consensual de resolución de controversias y que la competencia de los tribunales arbitrales internacionales deriva de un consentimiento claro y sin reservas de ambas partes de la controversia. Por ejemplo, en el Fallo de la Corte Internacional de Justicia de 1953 en el caso *Ambatielos* (fondo: obligación de arbitrar) se declara lo siguiente:

"La Corte no se aparta del principio, que está bien establecido en el derecho internacional y ha sido aceptado por su propia competencia, así como también por la Corte Permanente de Justicia Internacional, en el sentido de que un Estado no puede ser obligado a someter, sin su consentimiento, sus diferencias al arbitraje" ⁹³.

108. Lo antedicho también se contempla *mutatis mutandis* a los procedimientos de arbitraje internacionales aplicables hoy en día a las diferencias relativas a inversiones entre el Estado receptor de la inversión y al inversor privado extranjero en el territorio de dicho Estado. Tal como se explicó en el Informe de los Directores Ejecutivos sobre el Convenio CIADI de 1965, el consentimiento por escrito de las partes para someter la controversia al arbitraje del CIADI es *"la piedra angular en que descansa la jurisdicción del Centro* [...]"⁹⁴. Asimismo, el Artículo 25 del Convenio CIADI establece que la jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro.

⁹² *Ibídem*, párr. 175.

⁹³ Véase Caso *Ambatielos* (Fondo: Obligación de arbitrar), Grecia c. Reino Unido, ("Ambatielos") Informe de la CIJ de 1953, pág. 19.

⁹⁴ Véase Informe de los Directores Ejecutivos, párr. 22 y 23. El término "jurisdicción del Centro" se usa en el Convenio CIADI de 1965 como una expresión conveniente para indicar *los límites dentro de los cuales se aplicarán las disposiciones del convenio* y se facilitarán los servicios del Centro para procedimientos de conciliación y arbitraje.

Asimismo, el preámbulo del Convenio CIADI establece 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, *a no ser que medie el consentimiento de dicho Estado* (último párrafo del preámbulo).

109. Hoy en día, el acuerdo necesario de arbitraje entre las partes de la diferencia relativa a inversiones usualmente se otorga, como en el presente caso, en forma de una "oferta de arbitraje" del Estado receptor incluida en el tratado bilateral de inversión suscripto con el Estado de la nacionalidad del inversor extranjero (el TBI) seguida por la aceptación por escrito del inversor extranjero de la "oferta de arbitraje" definida por el Estado receptor y el Estado nacional del inversor en el TBI en cuestión. Por consiguiente, el acuerdo de arbitraje de una determinada diferencia de naturaleza jurídica resultante directamente de la inversión se origina, en virtud del sistema del TBI, mediante la coincidencia entre el consentimiento del Estado receptor y el consentimiento del inversor extranjero partes en la controversia, manifestado cada uno de ellos en la forma indicada respectivamente.

110. Por lo tanto, la cuestión jurisdiccional principal que plantea el consentimiento del inversor extranjero a un tribunal arbitral que entiende en una diferencia relativa a inversiones es la determinación de si el alcance de dicho manifestado en la aceptación escrita de la "oferta de arbitraje" del Estado receptor, coincide con el alcance del consentimiento definido en la disposición de resolución de controversias del TBI concluido entre el Estado receptor y el Estado nacional del inversor en cuestión, porque solo cuando ambos consentimientos, tal como se han manifestado, coinciden entre sí puede considerarse que el acuerdo necesario (la convención de arbitraje) entre las partes de la diferencia relativa a la inversión ha quedado concluido. Otra cuestión principal relacionada con la anterior es la necesidad de determinar si, en el momento de incoar el procedimiento arbitral, por medio de la presentación, por ejemplo, de una solicitud de arbitraje ante el CIADI, se podría decir que ya existía una diferencia de naturaleza jurídica directamente resultante de la inversión entre el inversor privado extranjero y el Estado receptor, según se establece en el apartado (1) del Artículo 25 del Convenio CIADI.

111. La Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad adoptada por la Mayoría considera las cuestiones relativas al "Consentimiento de los Demandantes" en su Capítulo II⁹⁵. En este capítulo, la Decisión analiza una serie de cuestiones sobre el consentimiento de los Demandantes discutidas entre las Partes, como los siguientes: (i) la ausencia de la firma de los propios Demandantes en la Solicitud de Arbitraje sometida al CIADI el 23 de junio de 2008, en clara contradicción con lo que se establece en el párrafo 84 de la Solicitud; (ii) los defectos (la supuesta invalidez y los defectos en el alcance) del Poder otorgado por los Demandantes al Abogado Parodi y la incidencia eventual sobre la cuestión del Mandato NASAM; (iii) la falta de firma del Abogado Parodi en la Solicitud de Arbitraje, a pesar de lo declarado en la Solicitud (párrafo 6) sobre la representación conjunta de los Demandantes por los señores Parodi, di Brozolo y Barra; (iv) el valor probatorio de la carta del Abogado Parodi del 3 de junio de 2008 (sometida al Tribunal el tercer día de la audiencia) concerniente a los poderes del abogado Radicati di Brozolo y del profesor Barra para representar y defender a los Demandantes en forma individual

_

⁹⁵ *Ibídem*, Párrs, 173 a 278.

y conjunta; y, finalmente, (iv) la cuestión del papel de NASAM en el presente procedimiento y su eventual control de los Demandantes.

- 112. No concuerdo con la mayor parte de las conclusiones de la Decisión de la Mayoría sobre estas cuestiones y, en particular, con la manera en la que se tratan las contradicciones, los errores y las omisiones de la Solicitud de Arbitraje. La Decisión de la Mayoría parece considerar todos esos vicios y defectos como si se tratase deficiencias de baja intensidad en cuanto a sus efectos jurídicos. No estoy de acuerdo. De hecho, algunas de ellas, en particular aquellas relativas a la Solicitud de Arbitraje de los Demandantes, no son de baja intensidad en lo más mínimo, pues conciernen el instrumento que contiene, como se admite en la práctica, su consentimiento en forma de aceptación escrita de la "oferta de arbitraje" de la Demandada. La Solicitud es de toda evidencia un documento *viciado* por incongruencia en muchos aspectos esenciales⁹⁶.
- 113. En este tipo de situación, no es aceptable la posición de algunos de los comentaristas mencionados en la Decisión de la Mayoría, de que una vez que el CIADI registra la solicitud de arbitraje, ya no pueden plantearse sus deficiencias ni éstas operar como un impedimento a la jurisdicción del Centro y la competencia del tribunal arbitral⁹⁷. La aceptación de semejante proposición implicaría, en la práctica, descartar todo control de legalidad objetivo del *consentimiento al arbitraje por escrito del inversor privado extranjero* exigido por el Artículo 25 del Convenio CIADI cuando (como en el presente caso) ese consentimiento se presta mediante el depósito de una solicitud de arbitraje en el Centro.
- 114. Esto sería así porque a la luz de la práctica reciente, parece que el control por el Secretario General del CIADI del registro de una solicitud de arbitraje no se considera que contemple la verificación de la validez esencial de la solicitud en cuestión. En estas circunstancias, prohibir que los tribunales arbitrales lleven a cabo dicho control -porque ya se ha efectuado el registro cuando los tribunales tienen la oportunidad de intervenir-equivaldría a dejar el alegado consentimiento de los inversores privados extranjeros al arbitraje de su controversia con el Estado receptor (cuando se exprese de la forma indicada) fuera de cualquier control de legalidad de su validez jurídica, lo que es una proposición inaceptable.
- 115. Por último, el principal defecto en la consideración por la Decisión de la Mayoría del tema del "consentimiento de los demandantes" radica en la ausencia de una verificación detallada de la cuestión determinante de si, a la luz del texto y de las incongruencias de la Solicitud de Arbitraje presentada ante el CIADI, puede afirmarse o no que, por medio del depósito de la solicitud, los Demandantes han aceptado la "oferta permanente de arbitraje internacional" de la Demandada, formulado en el Artículo 8 del TBI Argentina-Italia de 1990 y que, en consecuencia, el acuerdo de arbitraje entre las Partes de la presente controversia, requerido para establecer la jurisdicción del Centro y la competencia del Tribunal, ha sido debidamente concluido.
- 116. La mencionada omisión no es una cuestión menor. En las circunstancias del presente caso, la cuestión tiene una incidencia directa en la determinación no solo de la existencia de un acuerdo de arbitraje entre los Demandantes y la Demandada a

⁹⁶ Véase Capítulo IV de la presente Opinión.

⁹⁷ Véase Decisión de la Mayoría, párr. 266.

propósito de la diferencia relativa a inversiones sometida al presente Tribunal, sino también si puede afirmarse que una diferencia de naturaleza jurídica existía entre las Partes del presente procedimiento en el momento del depósito de la Solicitud de Arbitraje de los Demandantes el 23 de junio de 2008. Retomaré estas cuestiones en el Capítulo IV de la presente Opinión, guiado por las consideraciones jurídicas y lógicas que inspiraron la decisión del tribunal que entendió en el caso *Mihaly* en 2002 ⁹⁸.

3. La definición de "inversores protegidos" (jurisdicción ratione personae): las decisiones anticipadas y los errores de la Decisión de la Mayoría en la interpretación y aplicación de las disposiciones relevantes del Convenio CIADI y del TBI Argentina-Italia

117. Con respecto a la jurisdicción *ratione personae*, el mandato dado por las Partes al Tribunal, en la presente fase del caso, requería tratar únicamente las excepciones de carácter general, no cuestiones jurisdiccionales que pudiera surgir en relación con los demandantes individualemente considerados⁹⁹. Sin embargo, a pesar de este mandato limitado, la Decisión de la Mayoría concluye "que no se ha manifestado ninguna duda con respecto a la jurisdicción *ratione personae* del Centro con relación al presente caso" ¹⁰⁰.

118. Esta conclusión de la Mayoría, prejuzga, innecesariamente en mi opinión, la cuestión de la jurisdicción *ratione personae*, porque no es jurídicamente admisible concluir en lo abstracto que dicha jurisdicción existe sin una verificación previa detallada (acompañada, si fuera necesario, por un peritaje), respecto si los Demandantes han cumplido o no con los requisitos jurisdiccionales *ratione personae* del Convenio CIADI y del TBI Argentina-Italia de 1990. Todos los aspectos de la jurisdicción de un tribunal internacional se deben determinar *in concreto*, no por conjeturas más o menos justificadas. No debe olvidarse que en el presente caso -como lo reconoce la Decisión de la Mayoría- cada Demandante ejerce una acción propia aunque en forma conjunta con la de los demás denominada, como se ha indicado, "acción de múltiples partes".

119. Asimismo, las pruebas presentadas por las Partes con respecto a la cuestión de la jurisdicción *ratione personae* en general no son tan convincentes o concluyentes como para poder pronunciarse de la manera que lo hace la Decisión de la Mayoría. Por el contrario, todo concuerda, a mi entender, para llegar *prima facie* a la conclusión de que la jurisdicción *ratione personae* en general no tiene un carácter exclusivamente preliminar en las las circunstancias del presente "procedimiento de múltiples partes" y, por consiguiente, la excepción correspondiente debería haberse añadido al fondo con el fin de adjudicarla en esa etapa del procedimiento junto con las cuestiones de jurisdicción *ratione personae* pendientes relativas a los Demandantes individuales, como sugerí a mis co-árbitros durante el procedimiento.

⁹⁸ Véase cita anterior en el párrafo 30 de esta Opinión, *supra* nota 27. Otros tribunales arbitrales del CIADI también han actuado inspirados por las mismas consideraciones. Por ejemplo, el tribunal del caso *Funnekotter*, *supra* nota 83, y el tribunal del caso *Goetz II* en 2012, *supra* nota 67, a pesar de la existencia de un acuerdo entre las partes acerca de la existencia de la jurisdicción.

⁹⁹ Véase Minutas de la Primera Sesión del Tribunal, punto 14.

¹⁰⁰ Véase Decisión de la Mayoría, Capítulo III, párr. 322.

120. Probablemente, las sombras de la caracterización del procedimiento *Abaclat* como "híbrido" (véase supra) ha ofuscado el razonamiento. En un procedimiento con 60.000 Demandantes como en *Abaclat*, donde se planteó la cuestión de aplicar métodos particulares, incluso técnicas de verificación por muestreo, la distinción entre cuestiones "generales" e "individuales" de jurisdicción *ratione personae* podría tener sentido, pero en el presente procedimiento el Tribunal no está tratando con una "masa" de demandantes. Dicha distinción no está justificada en un procedimiento con 90 Demandantes, como en el presente donde el análisis y verificación detallados de los requisitos *ratione personae* de cada uno de los Demandantes es, sin duda, manejable para el Tribunal.

121. El presente procedimiento de múltiples partes tiene una magnitud manejable. Además, NASAM no tiene calidad de representante de los Demandantes y el abogado de los Demandantes no ejerce poderes extensos como TFA y el abogado del caso *Abaclat*, respectivamente. En todo caso, si después del análisis y verificación individulizada de la prueba relativa a los 90 Demandantes que quedan en la fase de fondo se advirtiese que ninguno de ellos cumple con los requisitos *ratione personae*, el Tribunal no tendría jurisdicción *ratione personae*, a pesar de la presente conclusión de que la tiene en general declarada por la Decisión de la Mayoría, declaración, en tal caso carecería de contenido.

122. Con respecto a los requisitos de la jurisdicción *ratione personae* de los Demandantes, la "nacionalidad" y el "domicilio" no son, en el presente caso, las únicas cuestiones que requieren verificación. Existen otros elementos, como el "consentimiento" y el "ser titular de una inversión protegida en el territorio de la República Argentina en las fechas relevantes" [Traducción del Árbitro] que requieren también una verificación detallada antes estar en posición el Tribunal de poder declarar la existencia de jurisdicción *ratione personae*, ya sea en general o con respecto a cada uno de los Demandantes individualmente considerados.

*

123. Para justificar sus conclusión anticipada sobre la jurisdicción *ratione personae* en general, la Decisión de la Mayoría, siguiendo de cerca un argumento de los Demandantes, invoca un pasaje del razonamiento del laudo *Bayview*, a saber: "es evidente que por lo menos algunos Demandantes cumplen el requisito de ser nacionales o empresas de una Parte" 101. Es, en efecto, sobre la base de este pasaje que la Decisión de la Mayoría concluye lo siguiente:

"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 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" 102.

102 Ibídem, párr. 324 (segunda y tercera oración).

¹⁰¹ *Ibídem*, párr. 324 (primera oración), citando *Bayview*, *supra* nota 77, párr. 89.

124. Esta conclusión extraordinaria se vuelve aún más sorprendente cuando se lee teniendo presente el contexto de los párrafos relevantes del laudo *Bayview*, cuya redacción es la siguiente:

"Se han planteado dudas acerca de si todos los Demandantes tienen la calidad de inversionistas, con base en su nacionalidad. No obstante, por ahora el Tribunal deja de lado esas dudas, porque es evidente que por lo menos algunos Demandantes cumplen el requisito de ser nacionales o empresas de una Parte, en este caso Estados Unidos. Esto nos lleva a la pregunta de si hay un Demandante que 'pretenda realizar, realiza o ha realizado una inversión'".

125. Es evidente que, en el párrafo anterior, el tribunal del caso Bayview no adoptó conclusión o decisión alguna sobre la jurisdicción ratione personae, incluso prima facie, o pronunció un obiter dictum sobre la cuestión de la nacionalidad de los demandantes en general dentro del TLCAN. El párrafo es una mera explicación lógica de la elección, realizada por el tribunal arbitral del caso Bayview, de considerar ciertos aspectos relevantes con respecto al prerrequisito de territorialidad de las "inversiones" protegidas en virtud del TLCAN (una cuestión ratione materiae) con anterioridad a la consideración del requisito de la nacionalidad ratione personae de los "inversores". En ejercicio del principio de la competencia sobre su propia competencia (kompetenzkompetenz), un tribunal arbitral posee autoridad discrecional para elegir el orden en el que considerará los requisitos jurisdiccionales o las excepciones preliminares, con respecto a su jurisdicción. La confusión originada por la Decisión de la Mayoría con la mencionada cita del laudo Bayview debe ser puesta en evidencia y disipada porque no estamos aquí ante una "decisión o laudo" en la materia, ni mucho menos, evidentemente, en presencia de una "decisión judicial" en el sentido del Artículo 38(1)(d) del Estatuto de la CIJ.

126. El laudo *Bayview* prosiguió (después del pasaje citado) con la consideración de si los establecimientos agrícolas e instalaciones existentes en Texas de los *supuestos demandantes* los convertía no simplemente en tenedores de una "inversión" en términos generales, sino también una "inversión" en el sentido del Artículo 1139 del TLCAN que faculta al propietario para iniciar, en el marco del TLCAN, las reclamaciones especificas contra México del caso ¹⁰⁴. Sobre la base del texto de esta definición, el tribunal del caso *Bayview* concluye que los demandantes eran inversionistas en Texas, pero no eran "inversionistas extranjeros" en México, porque el hecho de que "una empresa dependa económicamente del suministro de bienes -en este caso, agua- de otro Estado, no es suficiente para que se considere, a dicha empresa dependiente, como un "inversionista" en ese otro Estado" ¹⁰⁵. El Artículo 1101(a) y (b) del TLCAN, sobre el ámbito de aplicación del Tratado, excluyen los "inversionistas nacionales" y, por consiguiente, la protección del TLCAN contempla únicamente los "inversionistas extranjeros" de otro Estado Parte Contratante del TLCAN.

127. Para el tribunal del caso *Bayview* la pregunta crucial que debía respoderse era: "si los [d]emandantes mantienen una inversión 'en el territorio de [México]" -es decir,

¹⁰³ Véase laudo Bayview, supra nota 77, párr. 89.

¹⁰⁴ *Ibídem*, párr. 91.

¹⁰⁵ *Ibídem*, párr. 104.

¹⁰⁶ *Ibídem*, párr. 112.

en el territorio de otra Parte del TLCAN además de en el territorio de la Parte de la cual los inversionistas eran *supuestamente* nacionales ¹⁰⁷- y concluyó que el tribunal carecía de jurisdicción sobre todos los reclamos de los demandantes porque:

"[...] no se ha probado que cualquiera de los Demandantes pretenda realizar, este realizando o haya realizado una inversión *en México*. En consecuencia, el Tribunal carece de competencia para conocer cualquiera de estas reclamaciones contra México, porque los Demandantes no han demostrado que sus reclamaciones estén comprendidas dentro del ámbito de aplicación del Capítulo XI del TLCAN, tal como lo define el Artículo 1101 del TLCAN" (*énfasis en el original*).

*

128. La definición del término "inversionista" en el TLCAN (Artículo 1139) no requiere específicamente que el inversor realice la inversión en el territorio de otro Estado Contratante del TLCAN, pero requiere ciertamente que el inversor realice una "inversión" y las inversiones que contempla el Capítulo XI del TLCAN son las inversiones de inversionistas de una Parte realizadas en otra Parte del TLCAN (párrafo 1(b) del Artículo 1101). En el presente caso, tanto la definición de "inversión" como de "inversor" de los Artículo 1(1) y (2) del TBI Argentina-Italia incorporan expresamente el prerrequisito de territorialidad en el texto de las respectivas definiciones. El artículo que define al "inversor" establece que:

"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".

Uno no puede menos que preguntarse qué reglas de derecho internacional relativas a la interpretación de los tratados aplicó la Decisión de la Mayoría para concluir la existencia de jurisdicción *ratione materiae* en general, dado el texto de la definición del término "inversor" del Artículo 1(2) del TBI.

129. La Decisión de la Mayoría no explica, en la sección del Capítulo III referente a los requisitos de la nacionalidad, cómo es posible declarar la existencia de la jurisdicción *ratione personae* (general u otra) en el caso, mientras se deja de lado el requisito de la territorialidad *del texto* del Artículo 1(2) del TBI Argentina-Italia de 1990, en el que se define el término "inversor". La Decisión de la Mayoría considera el requisito previo de territorialidad en su Capítulo IV (Existencia de una diferencia de naturaleza jurídica que surge directamente de una inversión) (párrafos 496 en adelante). Pero las conclusiones sobre la cuestión de la nacionalidad del Capítulo III (párrafos 322 al 326) no se refieren en lo más mínimo al requisito de territorialidad de la definición de "inversor" y no se hace referencia alguna a dichos párrafos en el Capítulo IV.

130. Sin embargo, esto no impidió que la Decisión de la Mayoría adopte una conclusión anticipada, es decir prejuzgue, la existencia de jurisdicción *ratione personae*, con la única salvedad de realizar un análisis más detallado con respecto a los "requisitos de nacionalidad y domicilio" si surgiesen dudas respecto de "si determinados Demandantes

. .

¹⁰⁷ *Ibídem*, párr. 105.

¹⁰⁸ *Ibídem*, párr. 122.

individuales califican" en el supuesto de que la Demandada, a lo largo del resto del procedimiento, presentara información pertinente ante el Tribunal¹⁰⁹.

131. Habiendo hecho *desaparecer* de un plumazo la consideración del requisito de territorialidad de la definición del término "inversor" del TBI, dentro del ámbito de la consideración de la cuestión de la nacionalidad, la Decisión de la Mayoría se *refiere* a dicho requisito en el contexto de su consideración de la posición de la Demandada, respecto de la falta de calidad de los demandantes y de otros argumentos heteróclitos como: la lejanía de los Demandantes en tanto que tenedores de derechos sobre títulos; las decisiones de los tribunales locales italianos con respecto a los reclamos planteados por tenedores de títulos en contra de los bancos y los intermediarios financieros; y el papel de NASAM en el presente procedimiento. Es en este contexto que la Decisión de la Mayoría reenvía también al lector a su propia consideración del requisito de territorialidad en relación con la definición del término "inversión" (Capítulo IV de la Decisión) en los términos siguientes:

"[...] 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 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 Decisión" 110.

*

132. En todo caso, el requisito de territorialidad de la definición de "inversor" en el TBI Argentina-Italia plantea, de manera principal e incuestionable una cuestión relativa a la jurisdicción *ratione personae* del Tribunal (que no se confunde con cuestión de la legitimación activa de los Demandantes) como lo confirma el hecho de que en la sección 2(c)(2) del Capítulo IV de la Decisión de la Mayoría (jurisdicción *ratione materiae*) el requisito de territorialidad se trata, correctamente, en tanto y cuanto un requisito jurisdiccional. Evitar hacer lo mismo en el presente contexto es un ejemplo de la tendencia de la Decisión de la Mayoría a eludir los requisitos jurisdiccionales todo lo posible o a marginarlos. Sin embargo, las decisiones arbitrales confirman que el requisito de territorialidad, sea cual fuere su campo de aplicación, incluso en relación con la definición del término "inversor", plantea una cuestión jurisdiccional. Anteriormente, ya se ha hecho referencia al laudo *Bayview*. En la misma línea, la parte operativa del laudo *Canadian Cattlemen* de 2008 declara que:

"El Tribunal carece de *jurisdicción* para considerar los reclamos en virtud del Artículo 1116 del TLCAN por un supuesto incumplimiento del Artículo 1102(1) del TLCAN, donde todas las inversiones de las Demandantes en cuestión están localizadas en el sector canadiense del Área de Libre Comercio de América del Norte y las Demandantes no pretenden realizar, están realizando o han realizado

¹⁰⁹ Véase Decisión de la Mayoría, párr. 325.

¹¹⁰ *Ibídem*, párr. 328.

inversión alguna en el territorio de los Estados Unidos de América". 111 (énfasis agregado) [Traducción del Árbitro].

- 133. Todo esto necesariamente lleva a la conclusión de que la Decisión de la Mayoría ha prejuzgado en el párrafo 322 de su Capítulo III al establecer "que no se ha manifestado ninguna duda con respecto a la jurisdicción *ratione personae* del Centro con relación al presente caso". La Decisión de la Mayoría declara también que "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... siempre que no exista indicación en contrario y que el Tribunal esté seguro de que los documentos están en orden" 112.
- 134. Pero, es un hecho que el Tribunal no ha procedido a apreciar detalladamente el valor probatorio de dichos documentos, o de cualquier otra prueba sometida al respecto. Y, no obstante, la Mayoría se proclama, *en lo abstracto*, satisfecha ya de la prueba hasta el punto de concluir que la jurisdicción *ratione personae* ha sido establecida al menos en términos generales.
- 135. Ciertamente, dentro de la presente fase no era necesario que el Tribunal realizase un examen y verificación munucioso de dichos documentos en la medida que conciernen Demandantes individuales. Pero entonces, la totalidad de la cuestión de la jurisdicción *ratione personae* (general e individual) debería haberse juntado a la fase de fondo ulterior, con el fin de evitar cualquier tipo de prejuzgamiento indeseado.

*

136. Cuando la Decisión de la Mayoría afirma, como se indicó, que al menos algunos Demandantes califican como "nacionales de otro Estado contratante" en los términos del Artículo 25(2) del Convenio CIADI y del Artículo 1(2) del TBI Argentina-Italia, está realizando una suposición, solo eso¹¹³, con el fin de poder declarar acto seguido como conclusión general: "[...] en principio, los Demandantes han logrado sustanciar con éxito que tienen nacionalidad italiana" Dicha conclusión, cuando el examen y la verificación de la prueba documental relevante aún se encuentran pendiente, no se puede caracterizar de otra forma que como un preguzgamiento. ¿Por qué la Mayoría se apresuró a realizar dicha conclusión anticipada? Tiene que haber un propósito urgente para hacerlo anticipadamente. A la luz de la economía del Capítulo III de la Decisión, parecería ser que la respuesta a la pregunta es que la Mayoría ha tratado de aliviar la carga de la prueba a los Demandantes a expensas de aumentarla para la Demandada.

137. Por lo tanto, la conclusión anticipada está lejos de ser neutral desde un punto de vista de la igualdad entre las Partes en el procedimiento. Por medio de la comentada conclusión general, la Mayoría realiza una modificación parcial de la carga de la prueba a favor de los Demandantes, como se refleja expresamente en los párrafos 312 y 325 de de su Decisión. La Mayoría intenta justificarse mediante la afirmación de que tomó como "orientación" la conclusion del Comité *ad hoc* del caso de anulación *Soufraki c*.

¹¹⁴ *Ibídem*, párr. 326.

¹¹¹ Véase Canadian Cattlemen, supra nota 87, pág. 124.

¹¹² Véase Decisión de la Mayoría, párr. 319.

¹¹³ *Ibídem*, párr. 324.

Emiratos Árabes Unidos plasmada en el laudo de 2007, uno de los pocos casos en que un tribunal CIADI ha tenido que revisar documentación de nacionalidad emitida por funcionarios de un Estado¹¹⁵.

- 138. Aquí también la decision invocada no podría ser más negativa para la Mayoría, porque la demanda de anulación del laudo de 2002 presentada por el demandante, Sr. Soufraki, fue rechazada por la mayoría del comité de anulación *ad hoc*. Además, la decisión *Soufraki* de 2007 procura información relevante sobre jurisprudencia y doctrina 116 relativa a la cuestión de sí un tribunal internacional posee facultades para realizar sus propias determinaciones de nacionalidad, inclusive si éstas contradicen los documentos oficiales del gobierno de que se trate, como las siguientes:
 - 1. En el caso *Flutie* de 1904 (Comisión de Reclamaciones Norteamericano-Venezolana): "Sea cual fuere la fuerza concluyente de las decisiones sobre la nacionalización en virtud del derecho municipal del país en el que se otorgan, los tribunales internacionales, como esta Comisión, han reclamado y ejercido el derecho de determinar por ellos mismos la ciudadanía de los demandantes según todos los hechos presentes" (*Soufraki*, párr. 68) [Traducción del Árbitro].
 - 2. La Comisión *Flegenheimer* de 1958: "Por lo tanto, no es suficiente con que un certificado de nacionalidad sea plausible para ser reconocido como tal por las jurisdicciones internacionales. Estas jurisdicciones tienen la facultad de investigar el valor probatorio de dichos certificados, incluso si su contenido 'prima facie' no parece incorrecto" (*Soufraki*, párr. 71) [Traducción del Árbitro].
 - 3. El caso Champion Trading Company y otros c. la República Árabe de Egipto (Caso CIADI Nº ARB/02/9): "A pesar de que fueron presentados documentos conflictivos y contradictorios con respecto a las nacionalidades de los demandantes, el tribunal no investigó la exactitud de ninguno de ellos. No obstante, realizó su propia determinación independiente con respecto a la nacionalidad de los demandantes mediante la consideración de los hechos relevantes y pruebas a la luz del derecho aplicable, que era el derecho de Egipto" (Soufraki, párr. 72) [Traducción del Árbitro].
 - 4. Afirmación de Aron Broches durante la confección del Convenio CIADI: "Parecería que existió un consenso en las cuatro reuniones, de que el certificado de nacionalidad debe considerarse meramente como una prueba *prima facie* más bien que como una 'prueba concluyente' y de que corresponde, en última instancia, al tribunal determinar cuestiones de nacionalidad" (*Soufraki*, párr. 73) [Traducción del Árbitro].
 - 5. R. Jennings y A. Watts, *Oppenheim International Law*, 9na ed. (1992): "Un tribunal internacional llamado a aplicar reglas de derecho internacional basadas en el concepto de nacionalidad tiene la facultad de investigar el reclamo del Estado de que una persona tiene su nacionalidad." (*Soufraki*, párr. 74) [Traducción del Árbitro].

¹¹⁵ *Ibídem*, párr. 318.

¹¹⁶ Véase *Hussein Nuaman Soufraki c Emiratos Árabes Unidos*, (Caso CIADI No. ARB/02/7), Decisión sobre la Solicitud de Anulación del 5 de junio de 2007 ("*Soufraki*").

- 6. K.V.S.K. Nathan, Convenio CIADI. El Derecho del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Publicaciones Juris 2000) págs. 86-7: "[...] si existe un cuestonamiento real de un Estado contratante respecto de la nacionalidad de un inversor extranjero , un tribunal arbitral del CIADI deberá investigar las circunstancias de la adquisición por el inversor de la nacionalidad del Estado Contratante con el fin de convencerse de que el inversor es un nacional genuino del Estado contratante y que tiene jurisdicción sobre él" (ibídem) [Traducción del Árbitro].
- 7. Christoph Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary* (2001): "Un certificado de nacionalidad será tratado como parte de los 'documentos y otras pruebas' a analizar por el tribunal de conformidad con el art. 43. Se dará a dicho certificado la importancia que merezca, pero ello no impide que se adopte una decisión que difiera de su contenido" (*ibídem*) [Traducción del Árbitro].

*

- 139. El prejuzgamiento adoptado en la Decisión de la Mayoría al declarar como conclusión general la existencia en el presente caso de jurisdicción *ratione personae*, fue una conclusión adoptada *motu propio*. La Mayoría la adoptó en la presente etapa sin necesidad procesal alguna de hacerlo y sin una verificación adecuada de las pruebas relevantes presentadas. Asimismo, como ya se explicó, no es una conclusión procedimental neutral. Establece una presunción a favor de los Demandantes con respecto a cuestiones de nacionalidad y domicilio, alterando la asignación normal de la carga de la prueba entre las Partes en esas cuestiones.
- 140. Lo anterior se refleja en el siguiente pasaje de la Decisión de la Mayoría: "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" La redacción de esta conclusión, a mi entender, se aleja del principio bien establecido en el derecho internacional declarado por la CIJ, a saber:

"En última instancia, sin embargo, es el litigante que pretenda determinar la existencia de un hecho quién tiene la carga de probarlo; y en los casos en que la administración de la prueba no sea evidente, se puede rechazar una conclusión en una sentencia por falta de prueba, pero no se debe descartar por inadmisible *in limine* alegando anticipadamente falta de prueba". ¹¹⁸ [Traducción del Árbitro].

141. En el presente caso, los Demandantes son la Parte que pretende establecer el hecho de ser "inversores protegidos" y, por lo tanto, les corresponde *en primer lugar*, en virtud

_

¹¹⁷ Véase Decisión de la Mayoría, párr. 312.

¹¹⁸ Véase Caso relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua c. los Estados Unidos de América), Sentencia del 26 de noviembre de 1986, Informes de la CIJ de 1984, pág. 437, párr. 100. Véase también: Avena y Otros Nacionales Mexicanos (México c. los Estados Unidos de América), Sentencia del 31 de marzo de 2004 ("Avena"), Informes de la CIJ de 2004, pág. 41, párr. 55.

del derecho internacional, la carga de la prueba de todos los elementos positivos y negativos relevantes que confirmen en el caso los requisitos de nacionalidad y domicilio establecidos por el derecho aplicable, así como también la validez de su consentimiento al arbitraje del CIADI y de la calidad de ser "inversores protegidos" en el momento de someter la Solicitud de Arbitraje al CIADI.

142. La inexistencia de una "obligación de documentación" con respecto al requisito de nacionalidad en la Regla 2 de las Reglas de Iniciación del CIADI carece de relevancia para la determinación de la carga de la prueba, dado que esta última es una cuestión regulada por el derecho internacional. Ahora bien, ¿cuándo corresponde a la Demandada la carga de la prueba? Cuando en el proceso de refutar la prueba presentada por los Demandantes, la Demandada afirme a su vez un hecho o hechos en defensa de su posicionamiento como, por ejemplo, los Estados Unidos en el caso *Avena* cuando alegaron que las personas arrestadas de nacionalidad Mexicana también eran, en el momento crítico, nacionales estadounidenses.

143. En este caso, no correspondía a México presentar pruebas del hecho de que los mexicanos arrestados no eran nacionales estadounidenses, porque el derecho aplicable (párrafo 1 del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963) no imponía esa obligación al "Estado que envía" de la oficina consular en cuestión, México es el caso. Por lo tanto, la CIJ tomó la decisión correcta al decidir que correspondía a los Estados Unidos demostrar la nacionalidad estadounidense alegada por él de las personas involucradas y presentar ante la Corte toda la información sobre el tema ¹¹⁹.

144. En el presente caso, sin embargo, el Convenio CIADI aplicable impone a una persona natural inversor privado probar que es un nacional de un Estado Contratante en la fecha crítica y, además, que en esa fecha no posee la nacionalidad del Estado Contratante parte en la controversia (Artículo 25(a)(2) del Convenio CIADI); y el punto 1 del Protocolo Adicional del TBI Argentina-Italia inter alia que en el momento de efectuar la inversión no tuvieran domicilio en el territorio de la Parte Contratante durante los dos años previos a la inversión.

145. Por lo tanto, la Decisión de la Mayoría se equivoca cuando en el párrafo 312 concluye que recae sobre la Demandada la carga de probar: "el hecho de [que los Demandantes no eran] nacionales argentinos (o, para el caso, de que no gozaban de doble nacionalidad) y de no haber tenido domicilio en Argentina durante más de dos años". Además, en mi opinión la Regla 34(1) de las Reglas de Arbitraje del CIADI no permite que los árbitros del CIADI desconozcan reglas fundamentales de procedimiento del derecho internacional cuando ponderan las pruebas de un determinado caso.

_

¹¹⁹ Véase *Avena*, párr. 55-57.

Capítulo III - El requisito de la "inversión" del Artículo 25(1) del Convenio CIADI de 1965 y la definición de "inversión" del párrafo 1 del Artículo 1 del TBI Argentina-Italia de 1990: un análisis de las "inversiones protegidas" (jurisdicción ratione materiae)

146. La Decisión de la Mayoría dedicó su Capítulo IV a la jurisdicción *ratione materiae*, una cuestión destacada en el presente caso en virtud de la novedad del objeto de los reclamos de los Demandantes, a saber los "derechos sobre títulos" en bonos de deuda soberana emitidos por la República Argentina antes de su moratoria de pagos soberana en diciembre de 2001 y el proceso ulterior de reestructuración de la deuda soberana¹²⁰. La conclusión general de la Decisión de la Mayoría sobre la cuestión es la siguiente:

"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" 121.

147. Estoy en completo desacuerdo con la conclusión general arriba citada la cual, a su vez, se basa en una serie de conclusiones particulares alcanzadas a lo largo del Capítulo IV de la Decisión de la Mayoría en las que ésta se toma unas cuantas libertades con respecto a: (i) la identificación y agrupación de las transacciones económicas subyacentes en cuestión en el presente caso y (ii) la interacción y las implicaciones de la utilización del término "inversión" en los dos instrumentos convencionales mencionados en la cita (la denominada *prueba de doble enfoque*). El primer aspecto comprende esencialmente la ponderación de los propósitos de la caracterización realizada de una cadena de transacciones fácticas, mientras que el segundo consiste en una operación, jurídica por naturaleza, que involucra la interpretación y aplicación de disposiciones convencionales de acuerdo con la CVDT.

Este proceso de reestructuración fue totalmente voluntario. No existe legislación de quiebras para Estados, y por lo tanto, no hay manera de exigir a los acreedores que acepten una propuesta de reestructuración de deuda de un Estado, independientemente del porcentaje que podría estar dispuesto a hacerlo. Contrariamente a las disposiciones "cram down" típicas de las leyes de insolvencia locales, en la reestructuración de la República Argentina, cada acreedor conserva en todo momento el derecho de rechazar la propuesta de reestructuración de deuda y de exigir el cumplimiento de las obligaciones legales que se desprenden de los términos de su instrumento de deuda. Es precisamente para preservar incólumes estos "derechos contractuales" que los colocadores de títulos de deuda extranjera emitidos en el exterior siempre insisten en que la deuda se rija por la legislación de una jurisdicción distinta a la del Estado emisor, y que otorgue recursos legales en tribunales distintos de los del emisor (Memorial de la Demandada, párr. 46).

¹²¹ Véase Decisión de la Mayoría, párr. 520. La Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad del caso *Abaclat* de 2001, *supra* nota 4, es la única decisión de los tribunales arbitrales del CIADI, anterior a la presente, relacionada con derechos sobre títulos en bonos de deuda soberana argentina.

148. La Decisión de la Mayoría -que admite expresamente en el presente contexto haber seguido la decisión *Abaclat* de 2011- fundamenta su conclusión sobre la jurisdicción *ratione materiae* en los siguientes tres argumentos falaciosos: (i) las transacciones económicas en cuestión constituirían una operación económica única que, en su totalidad, constituiría una inversión, (ii) la noción de "inversión" del Artículo 25(1) del Convenio CIADI sería por otra parte esencialmente subjetiva y quedaría subsumida, a todos los efectos prácticos, en el concepto de "consentimiento" definido por el TBI en cuestión y (iii) los ejemplos de los apartados (a) a (f) del Artículo 1(1) del TBI Argentina-Italia, serían disposiciones autónomas susceptibles de aplicarse de manera independiente de la definición general de "inversión" enunciada a "los fines del presente Acuerdo" en el *encabezamiento* del Artículo 1(1) del TBI.

149. Basta con que alguno de estos argumentos sea erronéo para que se desmorone la totalidad del edificio contruído por la Decisión de la Mayoría.

1. La supuesta unidad económica general de las transacciones en cuestión

150. De conformidad con la Decisión de la Mayoría "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 este tipo 'surgen directamente de una inversión' y, por lo tanto, se encuentran dentro del alcance del art. 25 del Convenio CIADI como del art. 1 del TBI Argentina-Italia" 122.

151. Por medio de la caracterización dogmática de estos dos tipos de transacciones económicas fácticas sin vínculo alguno entre sí (es decir, la venta de los bonos por la Argentina en el mercado internacional primario y la compra por los Demandantes en el mercado minorista italiano de derechos sobre títulos en los bonos adquiridos por bancos italianos aparentemente en el mercado secundario internacional.), en su conjunto como una "operación económica única", y la extrapolación artificial al conjunto de ciertas decisiones arbitrales CIADI concebidas para otras situaciones relativas al concepto de "unidad general de una operación de inversión" (básicamente, las decisiones sobre jurisdicción de *Fedax*, *CSOB* y *Enron Creditors Recovery*), la Decisión de la Mayoría niega la distinción que debe realizarse, por un lado, entre "bonos" y "derechos sobre títulos" y, por el otro, entre "mercado principal" y "mercado secundario (minorista)", como realidades económicas y financieras diferentes que, en el presente caso, no están además, como se viene de decir, vinculadas entre sí.

152. La Decisión de la Mayoría también rechaza la presentación de la Demandada con respecto a la falta de legitimación activa de los Demandantes en el presente caso, porque *inter alia* sus compras de los derechos sobre títulos a los bancos italianos en cuestión fueron transacciones ajenas y demasiado lejanas con respecto a la venta de los bonos de la República Argentina en el mercado internacional principal. En mi opinión, estos argumentos sobre la calidad y lejanía de las transacciones, en tanto que circunstancias fácticas, son *prima facie* convincentes y, además, los Demandantes no lograron probar, en lo que a mi concierne, que sus compras de los derechos sobre títulos

¹²² Véase Decisión de la Mayoría, párr. 429.

fueran concebidas o percibidas en el momento de la compra como formando una "operación económica única" o, aún menos, un "conjunto indivisible" con la venta de los bonos pertinentes por parte de Argentina en el mercado primario o vice versa.

153. Los tipos de transacciones, así como los actores sociales, propósitos, objetos, momento y lugar de las transacciones en cuestión difieren entre sí en todos sus aspectos. Por otra parte, por los motivos que explicaré a continuación, considero que ninguno de los componentes individuales del denominado "conjunto" son, en sí mismos, transacciones económicas susceptibles de ser caracterizadas como una "operación de inversión" en el sentido del Convenio CIADI y el TBI Argentina-Italia.

154. La denominada "operación económica única" es en realidad afirmada por la Decisión de la Mayoría sin referencia alguna a la prueba aducida por la Demandada o una valoración de ella, en lo que respecta al proceso de emisión y circulación de los bonos y sin tener en consideración el marco jurídico y las estructuras de las diversas transacciones secuenciales en cuestión. Por ejemplo, el Tribunal tuvo a su disposición diversos informes periciales y declaraciones sobre el mecanismo para la emisión y colocación, como también para la circulación y tenencia de bonos, presentados por Argentina¹²³. Esta información en general no fue cuestionada por los Demandantes¹²⁴. Sin embargo, no existe aparentemente referencia alguna a dicha prueba en la Decisión de la Mayoría. Lo mismo ocurre con los pronunciamientos de las autoridades legales aducidas por la Demandada con respecto a la distinción entre "bonos" y "derechos sobre títulos". En este punto, por ejemplo, la Decisión de la Mayoría no da respuesta alguna a la cuestión de que cuando el titular adquiere un "derecho sobre un título", "no lo asume de algún predecesor (como lo hacen los compradores en el sistema de participación directa), por el contrario, los derechos sobre títulos son un ítem nuevo de propiedad, acuñados exclusivamente para (dicho titular). En la misma línea, cuando un titular liquida una posición con el intermediario de títulos, los derechos sobre títulos simplemente se extinguen, en lugar de transferirse a un sucesor". 125 [Traducción del Árbitro].

155. La Decisión de la Mayoría presenta las diferencias entre "derechos sobre títulos" y "bonos" como meros "matices técnicos" porque consideran que "sólo tienen sentido considerados conjuntamente". Lo que yo no veo es que ese argumento tenga algún sentido. Es un hecho que los "bonos" y los "derechos sobre títulos" son "productos financieros" diferentes tanto material como jurídicamente, emitidos en diferentes oportunidades, en diferentes mercados y por personas jurídicas diferentes, a saber la República Argentina en el caso de los "bonos" y los bancos italianos de los "derechos sobre títulos", respectivamente. Lo que ocurre es que la Mayoría necesitaba invocar algo con el fin de encontrarse en posición de rechazar el argumento de la Demandada de que la controversia no estaba "directamente" relacionada con una inversión, de lo contrario el caso de los Demandantes se desmoronaría completamente. Los Demandantes han admitido en efecto que las compras de los derechos sobre títulos a los

Por ejemplo, Argentina presentó, junto con su Memorial: la Declaración del testigo William Burke-White, un Informe Pericial de Barry J. Eichengreen, un Testimonio de Federico Molina, un Testimonio de Noemi C. La Greca y una Declaración del testigo Embajador Sr. Guillermo Nielsen.

¹²⁴ Véase Dúplica de los Demandantes sobre Jurisdicción, párr. 96.

¹²⁵ C. Bjerre y S. Rocks, *The ABCs of the UCC: Article 8. Investment Securities*, 2nd ed., Chicago, Ill.: Section of Business Law, American Bar Association (2004) pág. 36.

bancos italianos, consideradas aisladamente no son una "inversión" según el Convenio CIADI y el TBI Argentina-Italia.

*

- 156. Esta descripción general de las circunstancias del presente caso demuestra que el contrato fáctico y legal no es similar al de los arbitrajes CIADI arriba mencionados que elaboraron la doctrina invocada de la "unidad general de una operación de inversión". Para comenzar, con respecto a la proclamación de la "unidad general" de una serie de transacciones, es necesario que, al menos, una o algunas de ellas sea una "operación de inversión" incuestionable. Pero, en el presente caso, ninguna de las transacciones económicas en cuestión es una "inversión protegida" en virtud del Convenio CIADI y/o del TBI Argentina-Italia. La proclamada unidad económica de las transacciones en cuestión en el presente caso, afirmada por la Decisión de la Mayoría, no tiene en realidad más fundamento que las conclusiones de la decisión mayoritaria del 2011 en el caso *Abaclat*, a saber:
 - Siempre se tuvo la intención de que los bonos de que se trata se dividieran en valores económicos negociables más pequeños, es decir, en títulos valores.
 - 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.
 - 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.
 - 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 bonos ¹²⁶.
- 157. Es con este telón de fondo que la Decisión de la Mayoría, afirma que intentar separar los bonos y los derechos sobre títulos como si fueran "operaciones diferentes, sólo en líneas generales e indirectamente vinculadas, ignoraría las realidades económicas y la propia función del proceso de emisión de bonos". El Estado emisor de los bonos sería quien se aparta de dicha suposición al contar 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" 127. Es posible, pero no existe prueba alguna presentada en el presente caso que demuestre la existencia de la supuesta conexión entre la emisión de los bonos por parte de Argentina y la emisión de los derechos sobre títulos por parte de los bancos italianos o, para el caso, de la mencionada presunta suposición de la Demandada en la fecha crítica. En el presente procedimiento, los Demandantes no han

¹²⁷ *Ibídem*, párr. 425.

¹²⁶Véase Decisión de la Mayoría, párr. 424, citando *Abaclat*, *supra* nota 4, párr. 364.

probado una conexión fáctica y/o jurídica entre la emisión de los bonos y la emisión de los derechos sobre títulos.

158. No veo cómo la Mayoría puede atribuir a la Demandada dicha suposición en virtud de las pruebas presentadas por las Partes en el presente caso. En primer lugar, no se ha presentado la prueba de que la compra de los bonos pertinentes por los bancos de colocación (o los suscriptores) en el mercado principal constituiría una inversión en virtud del Convenio CIADI. Luego, como se indicó, si dicha suposición fallara, la unidad de la supuesta "operación de inversión" sufriría una caída precipitada. Asimismo, tampoco las meras *inversiones de cartera* realizadas por los Demandantes en el mercado secundario (minorista) italiano constituyen, como se verá más adelante, el tipo de transacción comprendida dentro del ámbito de la jurisdicción del Convenio CIADI.

*

159. Además, la posibilidad lógica de sostener que los requisitos de *contribución*, duración y riesgo (mencionados por Fedax c. Venezuela como los rasgos básicos de una inversión)¹²⁸ se cumplen en el presente caso está excluida por el hecho, reconocido por los Demandantes, de que los suscriptores o los colocadores simplemente retendrían estos títulos durante segundos en el marco del mecanismo actual de emisión y circulación de instrumentos financieros. Sólo los adquirían o se comprometerían a adquirir los bonos una vez que tuvieran certeza de que podrían venderlos de manera inmediata a su emisión¹²⁹. En otras palabras, los Demandantes no pueden argumentar, por un lado, la unidad de una supuesta "operación de inversión" y, por otro lado, la fugacidad de la colocación y circulación de los bonos en los mercados, dado que la duración es uno de los rasgos característicos de una "inversión" según el Convenio CIADI.

160. Estas y otras realidades de los mercados de capitales hacen que concuerde con el Profesor Abi-Saab cuando en caso *Abaclat* rechaza por "simplista" la afirmación mayoritaria de que que los bonos y los derechos sobre títulos son parte de una única e idéntica operación económica cuando, en realidad, todo indica que se está en presencia de, al menos, dos mercados diferentes con diferentes actores y diferentes productos financieros, tal como explican, de forma magistral, los siguientes párrafos de la opinión disidente del profesor Abi-Saab:

"70. El laudo claramente no distingue entre las compras en el mercado principal, que involucran al emisor (Argentina) y a los primeros compradores de la emisión (los suscriptores), y el mercado secundario, donde se negocian los títulos emitidos anteriormente, sin estar involucrado el deudor soberano. Un tribunal del CIADI no puede mirar solamente el aspecto económico de una transacción sin tomar en consideración su marco jurídico y estructura para determinar si califica de inversión protegida.

"71. Incluso desde un punto de vista exclusivamente económico (sin mencionar la perspectiva legal), el paso del mercado principal al mercado secundario no es

¹²⁸ Véase Fedax N.V. c. República de Venezuela (Caso CIADI No. ARB/96/3), Decisión sobre las Objeciones a la Jurisdicción del 11 de julio de 1997 ("Fedax"), párr. 43.

Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párr. 127.

automático ni certero. Los suscriptores de los bonos asumen el riesgo de no atraer la demanda suficiente, la cual es una de las razones por las cuales reciben un margen de suscriptor. Además, podrían querer mantener los bonos como parte de su cartera. De manera similar, y también desde un punto de vista exclusivamente económico, la posición de Argentina en esos dos mercados es completamente diferente. En el mercado principal, Argentina recibió el producido de la emisión inicial de bonos de los suscriptores. A diferencia de esto, el flujo de fondos |ocasionado por las transacciones en el mercado secundario se lleva a cabo exclusivamente entre el comprador y el vendedor de los derechos sobre títulos, su cantidad depende de las condiciones existentes en el mercado y no guarda relación aparente con el monto global recibido por Argentina de los suscriptores al momento de la emisión.

"72. Por lo tanto, el Tribunal se ve obligado a tener en consideración las circunstancias de las compras individuales de derechos sobre títulos, y su rastreabilidad en Argentina (esto es, la fortaleza o debilidad de su *vínculo* legal con este país), antes de que pueda decidir si la diferencia sobre cada uno 'sur[ge] directamente de una inversión', en otras palabras, si cumplen con los requisitos de una 'inversión' protegida en virtud del Convenio y el TBI, sobre los cuales depende su jurisdicción *rationae materiae*" [Traducción del Árbitro].

*

161. En cuanto a las decisiones arbitrales, además de la decisión mayoritaria en el caso Abaclat (2011), la Decisión de la Mayoría invoca, para sostener la aplicación del criterio de unidad general de una supuesta "operación de inversión", las mencionadas decisiones sobre jurisdicción de Fedax (1997), CSOB (1999) y Enron Creditors Recovery (2004), descritas como la "jurisprudencia" aplicable a los hechos del presente caso 130. Sin embargo, en ninguna de estas decisiones se invoca o aplica dicho criterio en circunstancias semejantes mutatis mutandis a aquellas existentes en este caso. Fedax recuerdó al criterio había sido indicado por el tribunal de Holiday Inns c. Marruecos en relación con "contratos de préstamos cuyo origen se encuentra en los acuerdos separados de la inversión" [Traducción del Árbitro]. Además, la cuestión de la relación entre el titular original venezolano de los pagarés y Fedax se discute en esta última decisión con referencia a los efectos eventuales del "endoso" de los pagarés y no con relación a la aplicación de la doctrina de la unidad de la inversión 132. Por último, tal como subrayan otras decisiones y comentarios, la decisión Fedax confunde el criterio tradicional de "riesgo" del concepto de "inversión" del Convenio CIADI con un riesgo diferente, a saber, con el riesgo de incumplimiento del acuerdo o contrato en cuestión por la otra parte contratante.

162. En CSOB, un caso relacionado con la partición de Checoslovaquia y el regreso a la economía de mercado, se consideró sí que el compromiso de la República de Eslovaquia y el préstamo de CSOB en cuestión eran una unidad integrada dentro del proceso definido en el Acuerdo de Consolidación llevado a cabo entre el Ministro de Economía

¹³⁰ Decisión de la Mayoría, párrs. 426, 427 y 429. No considero que la orientación que facilita las decisiones arbitrales del CIADI sea un "medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho" en el sentido de las "decisiones judiciales" del Artículo 38(1)(d) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

¹³¹ Véase *Fedax*, *supra* nota 128 párr. 26.

¹³² *Ibídem*, párrs. 39 y 40.

de la República de Eslovaquia, el Ministro de Economía de la República Checa y el banco comercial CSOB. La característica principal de ese Acuerdo era el desarrollo de actividades de CSOB en las dos nuevas Repúblicas¹³³. Además, la decisión *CSOB* aplicó erróneamente el criterio tradicional de "contribución" al extenderlo a la distribución de los montos pendientes improductivos. Por último, en *Enron Creditors Recovery*, la inversión en cuestión estaba conformada por una licencia original de transporte de gas, la cual evolucionó a lo largo del tiempo y a la que se fueron agregando acuerdos posteriores sobre los ajustes de tarifas acordados entre los funcionarios del gobierno y los representantes de la industria, es decir, entre las partes de la diferencia 134. Nada de eso ocurre en el presente caso.

163. Esta decisiones arbitrales, por lo tanto, no proporcionan ninguna base para la extrapolación del criterio de la unidad de la "operación de inversión" al presente caso. Además, no corresponde hacerlo en este caso porque no es posible calificar la emisión y circulación de los bonos pertinentes como una inversión de conformidad con el derecho del CIADI, a menos que elementos básicos de una relación de inversión internacional, como la existencia de un "Estado receptor de la inversión" y un "inversor privado extranjero de la otra Parte Contratante del TBI" se distorsionen, como lo hace la Decisión de la Mayoría.

2. La caracterización afirmada de la unidad económica general de las transacciones entendida como "operación de inversión"

164. Mientras invoca las "realidades económicas" la Decisión de la Mayoría intenta, en realidad, reemplazar la realidad con sus propias "construcciones virtuales", de manera de proporcionar algún soporte a sus conclusiones. Para la Mayoría, si la emisión y circulación de los bonos de deuda soberana en mercados internacionales de capitales no encajan perfectamente en uno u otro de los aspectos del derecho de inversiones del CIADI, la solución consistiría en reformular este último de manera que la emisión y circulación de bonos sea conforme a su representación subjetiva del derecho aplicable.

165. Por ejemplo, en cuanto a la *naturaleza de las transacciones* en cuestión, la Decisión de la Mayoría considera, sin más, que los Demandantes la han caracterizado correctamente como "*préstamos*" (en el sentido cabal del término) mediante los cuales la Demandada financió sus necesidades presupuestarias y respecto de las cuales cada Demandante posee una participación proporcional en la inversión ¹³⁵, a pesar de que la decisión admite también que "la cuestión específica de la jurisdicción del Centro sobre

¹³³ Véase *Československa obchodní banka, a.s. c. República de Eslovaquia* (Caso CIADI No. ARB/97/4), Decisión sobre Objeciones a la Jurisdicción del 24 de mayo de 1999 ("*CSOB*"), párrs. 82 a 91.

¹³⁴ Véase *Enron Creditors Recovery*, *supra* nota 26, Decisión sobre la Solicitud de Anulación del 30 de julio de 2010, párrs. 37 a 46.

julio de 2010, párrs. 37 a 46.

135 Véase Decisión de la Mayoría, párr. 425. En su Escrito Posterior a la Audiencia del 29 de marzo de 2011, los Demandantes destacaron: "[que] la inversión en cuestión son los préstamos generales que permitieron a Argentina financiar sus necesidades presupuestarias y que se encuentran representados por los bonos emitidos a este respecto. Los bonos son una deuda de Argentina. Cada Demandante tiene una participación proporcional en la inversión inicial correspondiente al valor nominal de los bonos de los que es titular, más intereses" (párr. 91). En algunas oportunidades, el abogado de los Demandantes argumentó que el titular de derechos sobre títulos estaba en una posición *mutatis mutandis* similar a la de los accionistas con respecto a los asuntos de la sociedad. No comparto esas opiniones sostenidas por los Demandantes.

los préstamos parece haber quedado abierta" ¹³⁶ en el momento de la conclusión del Convenio CIADI. En cualquier caso, la caracterización realizada por la mayoría de los "bonos de deuda soberana" pertinentes como "préstamos y "estos préstamos juntos" como una "inversión" en el sentido del Artículo 25(1) de dicho Convenio no tiene sustento ni en los autores más destacados, ni en las decisiones arbitrales pertinentes.

166. Incluso aquellos que se inclinan por subsumir la cuestión de la *naturaleza* de la transacción o transacciones (en lo que respecta al significado y alcance del término "inversión" en el Artículo 25(1) del Convenio CIADI) dentro del requisito de *consentimiento* de las partes (cuestionando de ese modo la existencia de una definición objetiva del término "inversión") admiten que no todos los "préstamos" califican como una "inversión". *Delaume*, por ejemplo, sostuvo que: "[D]esde el origen del Convenio se ha asumido que los préstamos, *o más precisamente aquellos con una duración determinada en contraposición a los servicios financieros y comerciales de rápida finalización*, estaban incluidos en el concepto de "inversión" (énfasis agregado). De la misma manera, la Decisión *Fedax* destaca 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*" (énfasis agregado).

167. Así pués, para *Fedax*, los pagarés en cuestión eran una forma de "préstamo" o "crédito" que calificaba como una inversión, pero no todo préstamo o crédito entrarían para Fedax dentro de la categoría de "inversión" protegida del Convenio CIADI. En otras palabras, hay créditos o préstamos excluidos de dicha categoría y que son, en consequencia, meras transacciones comerciales ordinarias, inclusive cuando involucren un interés público como podría ser, por ejemplo, la financiación general de un Estado. Estos préstamos no deben confundirse con los préstamos o créditos relacionados con compromisos de inversión en el territorio de un Estado receptor relacionados con el desarrollo económico de este último.

168. En la práctica, parecería que los tribunales arbitrales del CIADI no tienen problema para incluir los préstamos dentro del concepto de "inversión" del Convenio CIADI cuando la transacción crediticia pertinente está relacionada con una actividad económica o un compromiso empresarial presente o futuro, o tiene por lo menos alguna relación con dicho tipo de actividad o compromiso, en interés del desarrollo del Estado receptor en cuestión. Por ejemplo, en *Oko Pankki Oyj y otros c. Estonia*, el tribunal consideró que un préstamo para el financiamiento de una nueva fábrica de procesamiento de pescado en Tallin (en territorio estonio), que, como tal, podría dudarse de que fuese una inversión a los fines del Convenio CIADI, tomado el contrato de préstamo y (si fuese necesario) las garantías juntamente con la operación en su conjunto, el préstamo, como parte principal de la misma, calificaba como inversión en el sentido del Artículo 25(1) del Convenio CIADI

¹³⁶ Véase Decisión de la Mayoría, párr. 454.

¹³⁷ Véase cita en *Fedax*, *supra* nota 128, párr. 23.

¹³⁸ Véase *Fedax*, párr. 29.

 $^{^{139}}$ Véase laudo $\tilde{O}KO$ Pankki Oyj y otros c. República de Estonia (Caso CIADI No ARB/04/6) del 19 de noviembre de 2007, párr. 208.

169. Incluso en el caso de las decisiones arbitrales más inclinadas a calificar ciertos "préstamos" dentro del concepto de "inversión" del Convenio CIADI -como las decisiones *Fedax* y *CSOB*- los tribunales se encargan de destacar de alguna manera que la operación en conjunto suponía algún tipo de actividad, trabajo o servicio de índole económico en el Estado receptor. En el presente caso, no existe actividad económica o compromiso empresarial alguno en el territorio del Estado receptor por parte *de ninguno de los dos componentes* (venta de bonos y compra de derechos sobre títulos) de la denominada "operación de inversión".

170. En contraste, la decisión en *Fedax* se preocupa de destacar que los "pagarés" en cuestión fueron emitidos de conformidad con la Ley Orgánica de Crédito Público de Venezuela, cuyos artículos específicamente regulan las operaciones de crédito público que tienen por objeto arbitrar fondos o recursos para realizar, *entre otras cosas*, "obras productivas" y "la contratación de obras y servicios" ¹⁴⁰, concluyendo que, "dados los hechos particulares del caso, la transacción contiene todos los rasgos básicos de una inversión", porque "el tipo de inversión involucrada no son solo acuerdos financieros ocasionales a corto plazo, como podría ocurrir con inversiones que vienen por ganancias rápidas y se van inmediatamente después, es decir, "capital volátil" En el presente caso, las conclusiones de la Decisión de la Mayoría concernientes a la cuestión considerada admiten que las transacciones de capital volátil puedan ser caracterizadas o invocadas como "inversiones" en el sentido del Artículo 25(1) del Convenio CIADI, una involución retrógrada según mi punto de vista.

*

171. Las declaraciones de algunos autores (por ejemplo, *Mortenson*) respecto de que se rechazaron todos los esfuerzos para eliminar la aplicación del Convenio a los bonos, préstamos y flujos de capital deben, en mi opinión, tomarse con cautela porque frecuentemente ignoran el elemento temporal del proceso de negociación y redacción del Convenio CIADI. Es verdad que no se incorporaron algunas sugerencias textuales de Filipinas, Burundi y Austria que proponían la exclusión de los bonos, préstamos o flujos de capital (especialmente préstamos o bonos públicos|) del futuro convenio, pero ocurrió algo similar con una propuesta australiana que proponía considerarlos como cubiertos por el futuro convenio 142. El hecho es que se realizaron numerosos intentos para definir las inversiones durante las negociaciones, pero no se adoptó ninguna en relación con ningún tipo de transacción y, por ende, la calificación de un préstamo o bono como una "operación de inversión" en el sentido del Convenio CIADI está sujeta a la prueba del cumplimiento de los mismos criterios tradicionales que cualquier otra forma de transacción económica subyacente.

172. Asimísmo, las declaraciones sobre el tema, o relacionadas con él, de *Broches* y *Delaume* se citan con frecuencia sin referencia al momento y contexto en que fueron realizadas. Por ejemplo, cuando se dice que un *tal borrador* cubría los préstamos, se debería haber proporcionado información para que el lector pueda distinguir el borrador al que se estaban refiriendo. Parece ser que un *primer borrador* del Convenio contenía una definición, citada en *Fedax*, según la cual: "(i) 'inversión' significa cualquier

¹⁴⁰ Véase decisión *Fedax*, párr. 42.

¹⁴¹ *Ibídem*, párr. 43.

¹⁴² Véase Decisión de la Mayoría, pág. 149, nota el pie 190.

contribución monetaria u otro bien de valor económico por un período de tiempo indeterminado o, si el período de tiempo estuviera determinado, no inferior a cinco años" [Traducción del Árbitro], pero esta definición no se incluyó en el Convenio CIADI de 1965.

173. Las consideraciones antedichas recomiendan distinguir los "préstamos" que califican como "inversión" en el sentido del Artículo 25(1) del Convenio CIADI, de los "préstamos" que se encuentran fuera de los límites externos de dicha disposición del Convenio. Uno de los defectos en el análisis jurídico de la Decisión de la Mayoría, tomada en conjunto, es su silencio acerca de esta distinción. No considero correcto subsumir, sin más explicaciones, la "venta de bonos de deuda soberana" en mercados internacionales de capitales o simples "inversiones de cartera" en derechos sobre títulos como una "inversión CIADI" en el sentido del Convenio de Washington de 1965, a menos de convencerme por una demostración jurídica, ausente en la Decisión de la Mayoría.

174. En cualquier caso, los bonos de deuda soberana y los derechos sobre títulos pertinentes de este caso son productos financieros que difieren uno del otro en cuanto a su naturaleza y propósito y que, a su vez, difieren de los "pagarés" o "préstamos" en el sentido que se le da a esos términos en las decisiones *Fedax* o *CSOB*, respectivamente. La compra o la venta de estos meros productos financieros, al no estar relacionada de algún modo, en el presente caso, con una inversión CIADI genuina que tenga como finalidad promover una actividad económica o compromiso empresarial en un determinado Estado receptor, solo pueden calificarse como *transacciones comerciales ordinarias* simplemente porque, como ha declarado correctamente Michael Waibel, esos bonos y derechos sobre títulos "no muestran los rasgos típicos de una inversión" 144.

*

175. La necesidad de la Decisión de la Mayoría de aceptar los argumentos de los Demandantes referidos a la calificación de los bonos de deuda soberana y los derechos sobre títulos en dichos bonos como "préstamos" y de considerar las transacciones en cuestión "en su conjunto" como una inversión CIADI protegida, se explica por el simple hecho de que, como admitieron los Demandantes, sus compras de derechos sobre los títulos a bancos italianos en Italia son transacciones que, al ser entre nacionales italianos en territorio italiano, obviamente no califican como "inversiones" de conformidad con el Artículo 25(1) del Convenio CIADI. Por esta sola característica no se encuentran dentro de la jurisdicción del Centro, sin perjuicio de que las transacciones en cuestión no exiban tampoco, en sí mismas, ninguno de los rasgos típicos *ratione materiae* que caracterizan tradicionalmente a una inversión en el sentido del Convenio CIADI.

176. En una situación como la mencionada, la única posibilidad para los Demandantes de pasar la prueba de la jurisdicción *ratione materiae* era relacionar, de alguna manera, las mencionadas transacciones italianas de adquisición de "derechos sobre títulos" en el mercado minorista secundario de Italia con la compra inicial realizada por los bancos

¹⁴³ Citado en *Fedax*, *supra* nota 128, párr. 23.

¹⁴⁴ Véase Michael Waibel, *Opening Pandora's Box: Sovereign Bonds In International Arbitration*, 101 *AJIL* (2007, No. 4), pág. 722.

(suscriptores) en el mercado primario de capitales de los "bonos de deuda soberana" vendidos por la República Argentina; y, al mismo tiempo, sostener, como lo hicieron, que dicha compra inicial era *indiscutiblemente* una inversión porque los "préstamos" serían transacciones que necesariamente y sin reserva entrarían dentro del alcance del término "inversión" del Artículo 25(1) del Convenio CIADI. La Dúplica de los Demandantes lo expresó en los siguientes términos:

"La situación simplemente es la siguiente. La compra inicial de los bonos emitidos por la Argentina, por parte de los bancos y suscriptores, constituye de manera incuestionable una inversión que cumple con *todos los requisitos* de la definición de inversión, en cuanto a duración, riesgo, compromiso significativo y contribución al desarrollo de la Argentina, ganancias y rendimiento. Tal como estaba permitido, en los términos de las emisiones de bonos respectivas (y como en prácticamente todas las emisiones de bonos), los compradores iniciales de los bonos vendieron los mismos a un gran número de inversores en el mercado secundario, los cuales posteriormente pueden haberlos revendido. Es evidente que la posterior circulación de los bonos en el mercado secundario no privó a la "inversión" inicial de su calidad de tal ni modificó su naturaleza" (énfasis agregado).

177. Deben hacerse algunas observaciones acerca de este enunciado. La primera es la admisión de los Demandantes de que en el sistema del CIADI, el término "inversión" tiene un sentido objetivo definido por referencia a un determinado número de requisitos generalmente reconocidos como constitutivos de la noción de "inversión" dentro del sistema y que, como tal, opera independientemente del requisito de consentimiento de las partes. En otras palabras, tal como se indica en el Informe de los Directores Ejecutivos: "[...] el mero consentimiento no es suficiente para someter una controversia a [la] jurisdicción [del Centro]. En concordancia con la finalidad del convenio, la jurisdicción del Centro resulta además limitada por la *naturaleza de la diferencia y de las partes*" *(énfasis agregado)*.

178. Por lo tanto, debe anotarse que mientras que los Demandantes y la Demandada argumentaron en el presente caso sobre la base de la existencia de una definición objetiva de "inversión" en el derecho del CIADI, la Decisión de la Mayoría respalda en cambio un enfoque extremadamente subjetivo sobre el sentido de dicho término en el Convenio CIADI, primeramente, al subsumir la noción a todo fin útil dentro del requisito primordial de "consentimiento" y, en segundo lugar, al interpretar libremente (y en mi opinión, de manera errónea) las disposiciones del Artículo 1(1) del TBI Argentina-Italia que define, a los fines de este Acuerdo, el término "inversión".

179. La segunda observación es que el argumento de los Demandantes depende de la afirmación de que la compra de los bonos argentinos pertinentes por los bancos de colocación (o suscriptores) en el mercado primario es una "inversión" según el Convenio CIADI. Pero, esta proposición es jurídicamente insostenible porque esa compra de bonos argentinos no satisface tampoco el núcleo central de los requisitos objetivos que definen tradicionalmente una "inversión" según el Convenio CIADI, descripto sucintamente por el triptico contribución/duración/riesgo.

¹⁴⁵ Véase Dúplica de los Demandantes, párr. 97.

¹⁴⁶ Véase Informe de los Directores Ejecutivos, párr. 25.

180. En cuanto a la "contribución", no es controvertido entre las Partes que los bancos de colocación o suscriptores colocaron el dinero obtenido de la venta de bonos de deuda soberana en el mercado primario a disposición de Argentina, pero no necesariamente para actividades económicas o emprendimientos en la Argentina y/o con el propósito particular de contribuir al desarrollo económico del país ¹⁴⁷. En lo que respecta a la "duración", tal como se mencionó anteriormente, los bancos de colocación (o suscriptores) que operan en el mercado primario solo fueron titulares por algunos segundos de esos bonos de deuda soberana. En cuanto al "riesgo", la Decisión de la mayoría confunde (tal como hizo Fedax anteriormente) el riesgo operacional de una inversión con el riesgo del incumplimiento de un tratado o contrato por la otra parte contratante. Pero tal como sostuvo el tribunal CNUDMI en el caso Romak c. Uzbekistán:

"Toda actividad económica implica un cierto grado de riesgo. En cuanto tal, todos los contratos — incluidos aquellos que no constituyen una inversión — conllevan el riesgo de no ser cumplidos. Sin embargo, este tipo de riesgo es puramente comercial, riesgo relativo a la contraparte o, dicho de otro modo, el riesgo general de hacer negocios. Entonces, no es un elemento que sea útil a los fines de distinguir una inversión y una transacción comercial.

"El 'riesgo de inversión' conlleva un tipo diferente de *álea*, es decir, la situación en la cual el inversor no puede estar seguro de obtener un rendimiento sobre su inversión, y puede no saber siquiera el monto que terminará gastando aun si todas las contrapartes relevantes cumplen con sus obligaciones contractuales. Cuando hay "riesgo" de este tipo, el inversor sencillamente no podrá predecir el resultado de la operación" ¹⁴⁸.

*

181. Para la Decisión de la Mayoría, el hecho de que Argentina haya obtenido una suma de dinero determinada, mediante la venta de los bonos de deuda soberana pertinentes en los mercados internacionales de capitales por razones presupuestarias del Estado (un propósito o interés público general) parece cumplir un rol indebidamente determinante en la calificación de las transacciones en cuestión como inversiones CIADI. Este criterio, que se originó en la *prueba errónea* del interés público de la decision *Fedax*, es injustificable ¹⁴⁹. De otro modo, todas las transacciones comerciales ordinarias de un gobierno, solo por el hecho de ser "gubernamentales", serían una "inversión CIADI", una conclusión manifiestamente absurda o irrazonable.

182. De todas maneras, no es posible encontrar en la Decisión de la Mayoría algún análisis económico o jurídico sobre la naturaleza de la transacción inicial entre la República Argentina y los bancos de colocación (o suscriptores) que permita llegar a la conclusión a la que llega la Mayoría. Incluso el tribunal del caso *Fedax* destacó, como se indicó anteriormente, que los "bonos" calificaban como una inversión solo "en

¹⁴⁷ Los Demandantes titulares de los derechos sobre títulos no transfirieron dinero a Argentina o colocaron dinero a disposición de Argentina de ninguna manera y en ningún lugar.

¹⁴⁸ Véase *Romak S.A. c. La República de Uzbekistán* (Reglas de arbitraje PCA-UNCITRAL), laudo del 26 de noviembre de 2009 ("*Romak*"), párrs. 229 a 230.

¹⁴⁹ Véase Michael Waibel, supra nota 144, pág. 721.

determinadas circunstancias" y no mencionó los "bonos de deuda soberana". En cuanto a este último punto, se debe tenerse presente que los "bonos de deuda soberana" son bonos públicos, pero no todos los "bonos públicos" son bonos de deuda soberana. Esta distinción no siempre se destaca como se debería.

183. Mediante su emisión y venta, de conformidad con la práctica internacional contemporánea, la República Argentina creó e hizo circular "productos financieros" propios como medio para obtener liquidez en el mercado primario internacional con objeto de financiar las necesidades presupuestarias generales del Estado. Una vez emitidos, Argentina obtuvo la liquidez buscada mediante la venta del mencionado "producto" a los bancos de colocación (o suscriptores) quienes, generalmente, revendieron los bonos a otros bancos o instituciones (sin perjuicio de que los suscriptores podían mantener los bonos, o alguno de ellos, en su propia cartera). El instrumento que sirve de continente al producto denominado "bono de deuda soberana" o "bono" tiene un valor nominal determinado que debe reembolsarse en la fecha de vencimiento, con producción de intereses en el intervalo.

184. Los bonos de deuda soberana son, sin lugar a dudas, documentos que reconocen una deuda por el monto de su valor nominal, el compromiso de reembolso del capital en la fecha de vencimiento e intereses por el adelanto para los compradores, pero no son "pagarés", "debentures"o "certificados de deuda" que contengan una aceptación de deuda con respecto *a un prestamista o prestamistas determinados*. Son, por lo tanto, productos financieros de un tipo distinto emitidos por los gobiernos de los Estados soberanos de conformidad con la información detallada contenida en determinados prospectos para compradores interesados, sobre diversas cuestiones, entre las que se incluyen advertencias sobre el riesgo del producto, el derecho aplicable y cuestiones de orden jurisdiccional.

185. Por lo tanto, los documentos que contienen los bonos de deuda soberana adoptan la forma de títulos innominados que contienen la promesa de pago a los compradores de los intereses acordados en los intervalos y del capital en la fecha de vencimiento y determinan la forma específica de amortizar la emisión. Estos bonos innominados son susceptibles de circulación y apropiación, son negociables en los mercados en cualquier momento y tienen un valor de mercado variable además del valor nominal fijo.

186. Argentina participó en las transacciones que involucraban la venta de sus bonos de deuda soberana a los bancos de colocación (o suscriptores) como un actor comercial. Una de las características de los bonos de deuda soberana pertinentes es que, a pesar de haber sido emitidos por un Estado soberano, en este caso la República Argentina, los bonos de deuda soberana están regidos por el derecho interno de un país extranjero determinado y están sujetos a la jurisdicción de los tribunales locales extranjeros de los mayores centros financieros ¹⁵¹.

187. A partir de las consideraciones antedichas, se puede deducir que la compra inicial de los bonos de deuda soberana pertinentes de Argentina por parte de los bancos de colocación (o suscriptores) en los mercados internacionales de capitales fue una mera

.

¹⁵⁰ Véase *Fedax*, *supra* nota 128, párr. 29.

¹⁵¹ Véase, por ejemplo, el fallo *Payment of Various Serbian Loans Issued in France* (Fr. v. Yugo.), 1929, P.C.I.J. (ser. A) No. 20, (julio 12), pág. 41.

transacción comercial y no, como concluye la Mayoría, una transacción que pueda calificarse de "inversión" en Argentina, en el sentido del Convenio CIADI, porque, para empezar, la entidad denominada "Estado receptor" no se encuentra presente en una transacción de tales características. Por un lado, la República Argentina no actuó como el Estado receptor de una inversión al vender los bonos de deuda soberana y, por el otro, los bancos de colocación (suscriptores) no actuaron como inversores privados extranjeros en el territorio de Argentina al comprar los bonos de deuda soberana en el mercado primario.

188. La República Argentina no fue "anfitrióna" de nada como resultado de las transacciones en cuestión, sino que realizó un negocio comercial de un producto financiero propio fuera de la República, en mercados internacionales, como podría serlo la venta de cualquier tipo de bien gubernamental argentino, con la obtención de un precio a cambio. Por lo tanto, los derechos sobre títulos en poder de los Demandantes no pueden haber adquirido, como concluye la Mayoría, una calidad de "inversión" inexistente en esos bonos de deuda soberana, porque puede transferirse nada más que aquello que se tiene (nemo dat quod non habet) como declaró el tribunal del caso Mihaly c. Sri Lanka¹⁵² y nos dice el sentido común. En el mercado secundario, los bonos de deuda soberana se intercambian igualmente entre los compradores y vendedores (en mercados mayoristas o minoristas) como transacciones comerciales, generalmente con descuentos sustanciales de su valor nominal¹⁵³.

189. En presente caso, al ser la compra y venta inicial en el mercado primario de los bonos, una mera transacción comercial entre partes que actuaron como actores comerciales: (i) los bonos de deuda soberana adquiridos por los bancos italianos involucrados y depositarios de ellos, no poseen la cualidad de "inversión" según el Convenio CIADI y, como consecuencia, (ii) los derechos sobre títulos en dichos bonos de deuda soberana que dichos bancos vendieron en el mercado secundario minorista italiano a los Demandantes no son tampoco por esa misma razón una "inversión" en el sentido del Artículo 25(1) del Convenio CIADI.

3. El concepto de "inversión" en el Artículo 25(1) del Convenio CIADI de 1965 y su relevancia para determinar la competencia de los tribunales arbitrales CIADI (la prueba de "doble enfoque")

190. La Decisión de la Mayoría comienza reconociendo que la existencia de una "inversión" en del sentido del Artículo 25(1) 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" El Artículo 25(1) establece efectivamente algunos *límites externos* a la jurisdicción del CIADI. Cualquier excepción a la jurisdicción del Centro y a la competencia del tribunal arbitral presentada debe ser

¹⁵² Véase *Mihaly*, *supra* nota 27, párr. 24.

¹⁵³ Michael Waibel señaló, con respecto al mercado secundario para deudas soberanas, que dichos descuentos: "reflejan la posibilidad de un reembolso eventual" y que "el crecimiento de los mercados secundarios desde 1980 ha proporcionado incentivos para comprar (bonos) por debajo de su valor nominal y proseguir litigios por el valor nominal completo más intereses" (*Opening Pandora's Box, supra* nota 144, pág. 722, nota al pie 71) [Traducción del Árbitro].

¹⁵⁴ Véase Decisión de la Mayoría, párr. 439.

considerada a la luz del Artículo 25(1) del Convenio y de la definición del término "inversión" del TBI, contrato o ley pertinente, en el presente caso, el Artículo 1(1) del TBI Argentina-Italia (*prueba de "doble enfoque"*).

191. A pesar de esta presentación inicial, la finalidad del razonamiento de la Decisión de la Mayoría se centra en excluir cualquier efecto normativo de la expresión: "las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión" del Artículo 25(1) del Convenio CIADI, en el proceso de determinación de si los bonos de deuda soberana y los derechos sobre títulos en los bonos en cuestión constituyen "inversiones" protegidas en el presente caso. Para el autor de la presente Opinión, el término "inversión" en el Artículo 25(5) del Convenio CIADI tiene un sentido corriente objetivo. En cambio, la Decisión de la Mayoría asigna a las partes del TBI una amplia discreción para definir el término "inversión" en su texto y dicha definición del TBI prevalecería en sus relaciones mutuas sobre el sentido ordinario del término en el Artículo 25 (1) del Convenio CIADI.

192. Tal como se declara en una de las conclusiones de la Decisión de la Mayoría: "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 [A]rt. 25 del Convenio en tanto los Estados estén preparados a someterlos a la jurisdicción del CIADI. 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 materia" ¹⁵⁵. La "entrega de un único cargamento de automóviles" (y en la medida que sea una "única transacción comercial") es el solo ejemplo que encontramos en la Decisión de la Mayoría de una actividad económica que calificaría como una mera transacción comercial situada fuera de los "límites externos" del ámbito de aplicación del Artículo 25 del Convenio CIADI.

193. En cuanto a las "buenas razones" para excluir la venta de productos materiales, como "automóviles", del alcance del mencionado Artículo 25 y, en contraste, para incluir la venta de productos financieros, como "bonos de deuda soberana", el razonamiento circular de la Decisión de la Mayoría es el siguiente:

"[L]os 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 instrumentos [financieros], a la luz de la interpretación amplia a ser asignada al [A]rt. 25 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 [A]rt. 25 del Convenio.

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 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" ([A]rt. 8(3) del TBI Argentina-

¹⁵⁵ *Ibídem*, párr. 470

Italia). Por lo tanto, los bonos soberanos/derechos sobre títulos están cubiertos por el término "inversión" en el [A]rt. 25(1) del Convenio CIADI" (énfasis agregado).

194. La Decisión de la Mayoría adopta, por lo tanto, al establecer el alcance del término "inversión" en el Artículo 25(1) del Convenio CIADI, la teoría subjetivista que, como señaló *Emmanuel Gaillard:* "simplemente combina el requisito de inversión con la condición de consentimiento" [Traducción del Árbitro]. Tal como es aplicado por la Decisión de la Mayoría, dicho método se revela en una de sus manifestaciones más extremas, a saber, como puramente subjetivo y como tal imposible de ser reconciliado con el *effet utile* que hay que atribuir a la regla del Artículo 25(1) que ordena ("se extenderá") la existencia de una diferencia de naturaleza jurídica "que surja directamente de una inversión" 158. Tal como se mencionó en el laudo *Saba Fakes c. República de Turquía* del 14 de julio de 2010:

"En primer lugar, el Tribunal considera que la noción de inversión, que es una de las condiciones que deben satisfacerse para que el Centro ejerza jurisdicción, no puede definirse simplemente a través de una referencia al consentimiento de las partes, el cual es otra condición para la jurisdicción del Centro. El Tribunal sostiene que una definición objetiva de la noción de inversión se contempló dentro del marco del Convenio CIADI, dado que, de otra manera, algunos términos del Artículo 25 serían despojados de todo sentido". ¹⁵⁹ [Traducción del Árbitro].

*

195. Las palabras "que surjan directamente de una inversión" del Artículo 25(1) tienen ciertamente un sentido. No pueden carecer de sentido y una interpretación de buena fe deberá tenerlo en cuenta. Al haber sido objeto de una enmienda, esas palabras reflejan objetivamente los "límites externos" más allá de los cuales el consentimiento de las Partes sería ineficaz para crear una inversión CIADI protegida. Las Partes son libres de acordar qué constituye una inversión en sus relaciones mutuas pero con la condición de que sus definiciones caigan dentro de los "límites externos" definidos por el sentido corriente del término "inversión" del Artículo 25(1) en el contexto del Convenio CIADI de 1965 y teniendo en cuenta su objeto y fin.

196. Como el Juez Shahabuddeen ha señalado recientemente, esa posición fue definida acertadamente por el presidente de la reunión consultiva regional de arreglo jurídico de diferencias relativas a inversiones, cuando informó, el 9 de julio de 1964, durante la negociación del futuro Convenio CIADI, lo siguiente:

"La finalidad de la Sección 1 no es definir las circunstancias en las cuales se recurriría a los servicios al Centro, sino indicar los límites externos dentro de los cuales el Centro tiene jurisdicción, siempre que las partes hayan prestado su

¹⁵⁶ *Ibídem*, párrs. 471 y 472.

Véase Emmanuel Gaillard, *Identify or Define? Reflections on the Evolution of the Concept of Investment in ICSID Practice*, in International Investment Law for the 21sr century: Essays in the Honour of Christoph Schreuer, (Oxford University Press, 2009), pág. 410.

¹⁵⁸ *Ibídem*, pág. 441. Respecto de la adopción de dicha fórmula, remitirse a la opinión disidente del Profesor Abi-Saab en *Abaclat*, *supra* nota 37, párr. 44.

¹⁵⁹ Véase *Saba Fakes c. República de Turquía* (Caso CIADI No. ARB/07/20), Laudo del 14 de julio de 2010 ("*Saba Fakes*"), párr.108.

consentimiento. Más allá de estos límites externos, no se podrán utilizar los servicios del Centro incluso si se ha prestado dicho consentimiento". ¹⁶⁰ [Traducción del Árbitro].

197. Los primeros comentaristas también han confirmado la existencia de límites externos objetivos contenidos en el Convenio CIADI, derivados de la función de las palabras "que surjan directamente de una inversión" en cualquier interpretación de buena fe de la regla enunciada en el Artículo 25(1) del Convenio. Por ejemplo, Aron Broches en su conferencia de 1972 en la Academia de Derecho Internacional de La Haya, luego de referirse al requisito indispensable del consentimiento de las partes, agregó lo siguiente: "Resulta evidente que, sin embargo -y ya he realizado esta aclaración en otro momento- esta discreción no es ilimitada y no puede ejercerse al punto de ser *claramente inconsistente con el propósito del Convenio*" (énfasis agregado) [Traducción del Árbitro]. En el mismo sentido, Christopher Schreuer:

"No caben dudas de que los servicios del Centro no estarían disponibles para cualquier controversia que las partes quisieran someter [...] [S]iempre ha sido claro que las transacciones comerciales ordinarias no estarían respaldadas por la jurisdicción del Centro [...] La conclusión de que el término "inversión" tiene un sentido objetivo independiente de la disposición de las partes se confirma por la Regla 2 de las Reglas de Iniciación" [Traducción del Árbitro].

198. Esta también es generalmente la posición adoptada en las decisiones de los tribunales arbitrales del CIADI y por los comentaristas, que se basan en el concepto objetivo de la noción de "inversión" dominante cuando se adoptó el Convenio CIADI en 1965. Como explica Emmanuel Gaillard:

«Traditionnellement, la controverse sur la notion d'investissement au sens de l'article 25 (1) de la Convention de Washington se présente de la façon suivante. Même lorsqu'elle se préoccupe des nouvelles formes d'investissement, la doctrine classique définit l'investissement comme 'un apport dont la rémunération est différée dans le temps et fonction des résultats entrepris' [...] Trois éléments sont donc requis : l'apport, la durée et le fait que l'investisseur supporte, au moins en partie, les aléas de l'entreprise [...] Dans une telle conception, un simple prêt dont la rémunération ne dépend en rien du succès de l'entreprise ne peut être qualifié d'investissement. Certains auteurs ont proposé des définitions moins exigeantes de la notion d'investissement» ¹⁶³.

¹⁶⁰Véase Opinión disidente del Juez Shahabuddeen, Decisión del Comité *ad hoc* sobre la Solicitud de Anulación del laudo del 17 mayo de 2007 del caso *Malaysian Historical Salvors*, *SDN*, *BHD c. Malasia* (Caso CIADI No. ARB/05/10) del 16 de abril de 2009 ("*Malaysian Historical Salvors*"), párr. 12 de la Opinión (cita tomada de: ICSID, History of the ICSID Convention..., vol. II-1, pág. 566, 1958). La mayoría del Comité *ad hoc* que adoptó un enfoque subjetivo sobre el sentido del término "inversión" en el Artículo 25(1) del Convenio CIADI, también se apoyó en los trabajos preparatorios del Convenio, tal como lo hace la Decisión de la Mayoría en el presente caso (párr. 57 y ss. de la decisión).

¹⁶¹ Véase *Recueil des Cours* (1972) (II), tomo 136, pág. 362.

Véase Christoph H. Schreuer, Loretta Malintoppi, August Reinish, *The ICSID Convention: A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nations of Other States* (Cambridge University Press, 2nd ed., 2009), pág. 117.

¹⁶³ Véase Emmanuel Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI (ICSID Case Law)*, Pedone Paris 2004, pág. 479.

199. Michael Waibel acertó al afirmar de manera lapidaria que: "La definición de inversión del Artículo 25 no es infinitamente elástica" y recientemente: "La inclusión del término inversión en el Artículo 25 implica que la competencia del CIADI en razón de la materia es limitada. El término tiene un sentido específico y corriente puesto de relieve por las labores preparatorias, la práctica ulterior, los laudos arbitrales y la doctrina. La jurisdicción del tribunal no puede solicitarse cuando quiera que las partes lo deseen. La jurisdicción del CIADI tiene 'límites externos'" [Traducción delÁrbitro]. Comparto las opiniones precedentes, así como la siguiente Zachary Douglas:

"(e)l término "inversión" [...] es un término específico: su sentido corriente no puede extenderse para incluir cualquier derecho con valor económico dentro de su alcance, dado que, de otro modo, se violentaría el sentido corriente en contradicción con el Artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados". [Traducción del Árbitro].

200. Esas declaraciones tienen sustento general en las decisiones de los tribunales arbitrales CIADI. Por ejemplo, el tribunal del caso *Joy Mining* (presidido por la misma persona que presidió el caso *Fedax*) declaró en 2004 que la libertad de las partes para definir una inversión no es ilimitada y que: "Las partes de una disputa no pueden definir como inversión, mediante un contrato o un tratado y a los fines de la jurisdicción del CIADI, una cosa que *no satisface los requisitos objetivos del artículo 25 del Convenio*. De lo contrario, el artículo 25 y su dependencia del concepto de inversión, aún cuando no se encuentre específicamente definido, se convertiría en una disposición sin sentido" (énfasis agregado). El laudo adoptado unánimemente en 2009 en *Phoenix Action c. República Checa* resume con precisión la situación jurídica:

"[n]o hay tal cosa como una total discreción [en referencia a la definición del término "inversión"], incluso si la definición desarrollada por la jurisprudencia del CIADI es muy amplia y abarcativa. En efecto, existen ciertos criterios básicos y las partes no tienen la libertad de decidir en los TBI que cualquier cosa... es una inversión" ¹⁶⁸.

201. Los límites objetivos introducidos en el del Artículo 25(1) por medio de la inclusión del término "inversión" han sido también expresados de manera clara por los comités *ad hoc* del CIADI relativos a solicitudes de anulación. Por ejemplo, en el siguiente fragmento de la decisión del comité *ad hoc* en el procedimiento de anulación en el caso *Patrick Mitchell c. la República Democrática del Congo*:

¹⁶⁴ Véase Waibel "Opening Pandora's Box: Sovereign Bonds in International Arbitration", *supra* nota 144, págs. 711 a 722.

¹⁶⁵ Véase Michael Waibel, *Sovereign Defaults before International Courts and Tribunals* (Cambridge University Press, 2011), pág. 212.

Véase Zachary Douglas, *The International Law of Investment Claims* (Graduate Institute of International Studies, Geneva, 2009), párr. 342.

¹⁶⁷ Véase *Joy Mining Machinery Limited c. República Arabe de Egipto* (Caso CIADI No. ARB/03/11), laudo del 6 de agosto de 2004 ("*Joy Mining*"), párr. 50.

¹⁶⁸ Véase *Phoenix Action Ltd c. República Checa* (Caso CIADI No. ARB/06/5), laudo del 15 de abril de 2009 ("*Phoenix Action*"), párr. 82.

"Las partes de un acuerdo y los Estados que concluyen un tratado de inversión no pueden abrir la jurisdicción del Centro a cualquier operación que quieran calificar arbitrariamente como una inversión. Se repite así que en los tribunales arbitrales del CIADI, el Convenio de Washington tiene supremacía sobre un acuerdo celebrado entre las partes o un TBI" [Traducción del Árbitro].

*

202. Es verdad que durante la elaboración del Convenio CIADI se consideraron y rechazaron varias definiciones del término "inversión", pero esto de ninguna manera permite considerar el silencio de la definición del Convenio como si el término "inversión" no tuviera un sentido en el Artículo 25(1) o la noción fuera tan elástica como para despojarla de cualquier efecto jurídico, como lo hace en realidad la Decisión de la Mayoría. Como bien lo expresó Michael Waibel "la falta de consenso no se puede utilizar para adoptar por defecto una definición amplia" (énfasis en el original) y como también destacó: "asignar un peso exclusivo al consentimiento del TBI despoja al Artículo 25 de su propósito fundamental" [Traducción del Árbitro].

203. Es evidente que una lectura que elimine el requisito de inversión del Artículo 25 se opone a las reglas de interpretación de los tratados de la CVDT, las cuales se basan en el principio de que debe presumirse que el texto es la expresión auténtica de la intención de las partes, e incluyen el principio de "interpretación efectiva" (effet utile) controlado por la buena fe y el objeto y fin del tratado sujeto a interpretación. Como explicó el Profesor Abi-Saab, en su opinión disidente a la Decisión Abaclat de 2011, el término "inversión" en el Artículo 25(1) "a pesar de que es flexible, no es infinitamente elástico" y posee un "núcleo" que debe identificarse a través del análisis del contexto general del Convenio CIADI y las circunstancias que rodean su elaboración, así como también su objeto y fin" (párrs. 46 y 47 de la Opinión), y además:

"48. Es significativo que el Convenio CIADI y el Centro hayan sido establecidos por iniciativa del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento y dentro de su marco; una institución que centra sus actividades, desde comienzos de los años sesenta, casi exclusivamente en el segundo principio de su título, esto es, el 'desarrollo' de los países menos desarrollados" [Traducción del Árbitro].

204. Es necesario recordar las consideraciones y los comentarios precedentes porque la referencia inicial en la Decisión de la Mayoría sobre la "prueba de doble enfoque" se desvanece rápidamente. La Decisión admite que el Artículo 25(1) "abre el alcance general del término "inversión" a la posibilidad de restricción" Pero para la Mayoría, la restricción se refiere esencialmente al alcance del consentimiento de las partes, tal como se indica en el TBI, y no a un núcleo objetivo sensato del requisito de inversión del Artículo 25(1). La etiqueta de "inversión" que las Partes del TBI le colocan a la transacción en cuestión sería el factor determinante según la Decisión de la Mayoría.

¹⁶⁹ Véase *Patrick Mitchell c. República Democrática del Congo* (Caso CIADI No. ARB/99/7), Decisión del Comité *ad hoc* sobre la Solicitud de Anulación del 1 de noviembre de 2006, párr. 31.

¹⁷⁰ Véase Michael Waibel, "Opening the Pandora's Box...", supra nota 144, pág. 730.

¹⁷¹ Véase Decisión de la Mayoría, párr. 454.

205. Este enfoque puramente subjetivo de la Decisión de la Mayoría resulta difícil de reconciliar con el lenguaje específico del Artículo 25(1) ("las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión") porque como se ha mencionado, por ejemplo, en una decisión no cuestionada por los subjetivistas como la del caso *COSB c. la República de Eslovaquia*:

"La República de Eslovaquia correctamente señala, sin embargo, que un acuerdo entre las partes que describe su transacción no es, como tal, concluyente para resolver la cuestión acerca de si la controversia conlleva una inversión de conformidad con el Artículo 25(1) del Convenio. El concepto de inversión, en los términos de esa disposición, es objetivo en su naturaleza, dado que las partes pueden acordar una definición más precisa o restrictiva al aceptar la jurisdicción del Centro, pero no pueden elegir someter ante el Centro aquellas controversias que no se relacionan con una inversión. Se debe aplicar, por lo tanto, una prueba doble para determinar si este Tribunal tiene competencia necesaria para entender en el fondo del reclamo: si la diferencia surge de una inversión dentro del sentido del Convenio y, de ser así, si la diferencia se relaciona con una inversión tal como fue definida por el consentimiento de las partes al arbitraje del CIADI, en su referencia al TBI y las definiciones pertinentes contenidas en el Artículo 1 del TBI" (énfasis agregado) [Traducción del Árbitro].

*

206. Rechazo el enfoque subjetivo e ilimitado de la Decisión de la Mayoría sobre el sentido y alcance del requisito de inversión del Artículo 25(1) del Convenio CIADI, por ser contrario al texto de la disposición, a una interpretación de buena fe y a la aplicación de dicha regla convencional. Asismismo, rechazo la conclusión particular de la Decisión de la Mayoría de que la venta de bonos de deuda soberana por parte de la República Argentina y la compra de derechos sobre títulos por parte de los Demandantes son transacciones que, tanto individualcomo conjuntamente, aprueban el requisito de inversión del Artículo 25(1) del Convenio CIADI y, en consecuencia, el primer componente de la prueba de "doble enfoque".

207. Dichas transacciones no son, por su propia naturaleza, inversiones CIADI protegidas, porque no cumplen con el criterio objetivo básico para identificar a la inversión del Artículo 25(1), tal como generalmente ha sido interpretado por la mayoría de las decisiones de tribunales arbitrales del CIADI y los comentaristas académicos ¹⁷³. Los elementos objetivos del concepto de "inversión" que una actividad debe reunir para calificar como una inversión CIADI están ausentes de las transacciones en cuestión en el presente caso.

208. Además, contrariamente a la conclusión de la Decisión de la Mayoría, Argentina e Italia no decidieron, en su TBI de 1990, que los bonos de deuda soberana y los derechos sobre títulos pertinentes fueran "inversiones" tal como el Artículo 1(1) del TBI define el término (ver abajo). El texto de esta definición no proporciona soporte alguno para que la Mayoría concluya que este Tribunal es competente para entender y adjudicar el

.

¹⁷² Véase *CSOB*, *supra* nota 133, párr. 68.

¹⁷³ Véase, por ejemplo, R. Dolzer and C. Schreuer, *Principles of International Investment Law* (Oxford University Press, 2nd ed., 2012), págs. 68 y 69.

presente caso, como afirman los Demandantes, pues como se declara en el laudo *Joy Mining* de 2004:

"Las partes de una disputa no pueden definir como inversión, mediante un contrato o un tratado y a los fines de la jurisdicción del CIADI, una cosa que no satisface los requisitos objetivos del artículo 25 del Convenio. De lo contrario, el artículo 25 y su dependencia del concepto de inversión, aún cuando no se encuentre específicamente definido, se convertiría en una disposición sin sentido" (énfasis agregado).

209. Para concluir con la prueba de "doble enfoque", conviene recordar que dicha prueba no es una característica excepcional del derecho del CIADI. En el derecho internacional, es en realidad la regla general para el arreglo judicial y el arbitraje institucionalizados. Por ejemplo, en la CIJ, la determinación de su jurisdicción en un caso determinado conlleva pasar la prueba de las disposiciones de su Estatuto sobre la competencia de la Corte (Artículos 34 a 38) y de las disposiciones relevantes del título o los títulos particulares de jurisdicción invocados.

- 4. Determinación del sentido corriente del término "inversión" en el Artículo 25(1) del Convenio CIADI por aplicación de las reglas de derecho internacional de interpretación de los tratados codificadas por la CVDT
 - (a) El recurso de la Decisión de la Mayoría a los medios de interpretación complementarios de los tratados del artículo 32 de la CVDT

210. La Decisión de la Mayoría comienza la interpretación del Artículo 25(1) del Convenio CIADI considerando "los antecedentes de la adopción" de esa disposición, a saber, sus *travaux préparatoires*. La finalidad de esta aplicación, en cierta forma heterodoxa, del sistema de interpretación de los tratados de la Convención de Viena parecía ser la de: (i) proporcionar soporte, desde el inicio del proceso de interpretación, para ampliar, lo más posible, el alcance del *concepto de "inversión"* del Convenio CIADI (prácticamente sin limitación normativa objetiva) y, (ii) evitar entrar en la cuestión problemática del *elemento temporal* concerniente al significado dominante en el campo del *desarrollo económico* del sentido corriente del término "inversión" en la década de los sesenta (en contraposición a su actual significado en el campo financiero).

211. El recurso de la Decisión de la Mayoría a los *travaux* aparece como una sorpresa, dado que ni la emisión de bonos de deuda soberana, ni la problemática de la moratoria de pagos soberana fueron objeto de consideración dentro del marco de las negociaciones que conllevaron a la elaboración del Convenio CIADI. Además, la *práctica* confirma que, desde la entrada en vigencia del Convenio CIADI, el 14 de octubre de 1966, hasta la incoacción del caso *Abaclat*, el 14 de septiembre de 2006, es decir, durante cuarenta años, los "bonos de deuda soberana" sujetos a una reestructuración como consecuencia de la declaración de moratoria de un Estado en una situación de emergencia económica (o, para la cuestión, de "derechos sobre títulos"), no han sido objeto de caso CIADI alguno. Por lo tanto, el mensaje general que se infiere a través de los *travaux* y de la *práctica general del CIADI*, excluye del ámbito del Convenio CIADI los "bonos de deuda soberana" y los "derechos sobre títulos" en bonos de deuda soberana.

¹⁷⁴ Véase *Joy Mining, supra* nota 167, párr. 50.

212. En cualquier caso, no puede ignorarse el recurso temprano de la Mayoría a "medios complementarios" de interpretación como son los *travaux* del Convenio CIADI. En primer lugar, se debe destacar que el término "complementario" enfatiza que el artículo 32 de la CVDT no proporciona, como se explica en el comentario de la Comisión de Derecho Internacional, "medios de interpretación independientes o autónomos, sino sólo medios que faciliten una interpretación ajustada a los principios enunciados en el artículo 31" de la CVDT¹⁷⁵[Traducción del Árbitro]. En segundo lugar, se explica en el mismo comentario:

"Los elementos de interpretación del artículo 31 se refieren todos al acuerdo entre las partes *en el momento en el que es objeto de una manifestación auténtica en el texto, o después de ese momento.* Por hipótesis, no es el caso de los trabajos preparatorios que por consiguiente no tienen el mismo carácter auténtico como elemento de interpretación, por muy valiosos que que a veces puedan ser para aclarar la manifestación del acuerdo que aparece en el texto. Además, no cabe duda de que las actas de las negociaciones de los trataos son en muchos casos incompletas o equívocas, de suerte que se necesita gran prudencia para determinar su valor como elemento de interpretación". ¹⁷⁶[Traducción del Árbitro].

213. Asimismo, tal como los presenta la Decisión de la Mayoría, sin un contexto o secuencia de referencia precisos, los *travaux* mencionados son con frecuencia contradictorios entre sí o con los comentarios sobre los mismos. Por ejemplo, la mención en forma aislada acerca de que un delegado australiano señaló en 1964 que un "borrador" parecía incluir "los préstamos de efectivo que toma un Estado receptor por parte de inversores privados extranjeros" no ayuda a interpretar el Artículo 25 del Convenio CIADI de 1965. Se puede realizar la misma afirmación acerca de la propuesta de Austria: "no deberían incluirse los préstamos o bonos públicos" en el Convenio; o la declaración de Burundi acerca que el dinero prestado por una empresa extranjera a un Estado no podría ser considerado como una inversión 177.

214. En cuanto a los comentarios sobre los *travaux*, la Decisión de la Mayoría cita dos declaraciones de *Broches* que, fuera de contexto, parecerían ser contradictorias entre sí. La primera afirmación establece: "el requisito de que una controversia deba haber surgido de una 'inversión' puede fusionarse en el requisito del consentimiento a la jurisdicción" En contraposición, en la citada segunda afirmación, *Broches* habría dicho: "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*" (énfasis agregado).

¹⁷⁵ Véase Report of the United Nations Conference on the Law of Treaties, First and Second Sessions, Vienna, 26 March-24 May 1968 and 9 April-22 May 1969, Documents of the Conference (United Nations publication, Sales No. E.70.V.5) ("UN Publication on the Law of Treaties"), pág. 43, párr. (19) (pag. 45 en la versión en español de la publicación).

¹⁷⁶ *Ibídem*, pág. 40, párr. 10 (pag.43 de la versión en español de la publicación).

¹⁷⁷ Véase Decisión de la Mayoría, pie de página 190; y Waibel, *Opening the Pandora's Box..., supra* nota 144, pág. 720, nota al pie 61.

¹⁷⁸ Véase Decisión de la Mayoría, pág. 148, nota al pie 185 citando a A. Broches, The Convention on the Settlement of Investment Disputes: Some Observations on Jurisdiction, 5 Columbia Journal of Transnational Law (1966), 261, en 268.

¹⁷⁹ *Ibídem*, pág. 148, nota al pie 187.

215. La Decisión de la Mayoría finaliza con la conclusión de que "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 [A]rt. 5 del Convenio CIADI, sin que el concepto quede sujeto a la discreción irrestricta de las partes" (énfasis agregado). No obstante, no se da contenido jurídico objetivo a la "discreción irrestricta" (expresión extraída de otras decisiones arbitrales CIADI) que podría limitar el consentimiento mutuo de las Partes. En cualquier caso, la mencionada "discreción irrestricta" no parece funcionar como un límite jurídico normativo de ningún tipo de lo que la Decisión de la Mayoría considera que es el sentido abarcativo del término "inversión" en el Artículo 25(1) del Convenio, lo que la lleva a concluir que los bonos de deuda soberana y los derechos sobre títulos pertinentes entran dentro del concepto de "inversión" del Convenio CIADI.

216. El autor de la presente Opinión tiene un punto de vista diferente. Para él, el término "inversión" del Artículo 25(1) tuvo, en el momento de la elaboración del Convenio CIADI, un núcleo o sentido corriente intrínseco querido por los Estados negociadores, cuyos elementos constitutivos han sido identificados por decisiones y comentaristas del CIADI; este sentido no puede modificarse por un acuerdo entre las partes interesadas mediante un TBI o de alguna otra manera. Así las cosas, ese núcleo o sentido corriente intrínseco (como se verá a continuación) impide que los bonos de deuda soberana y los derechos sobre títulos en cuestión en el presente caso puedan ser caracterizados como una "inversión" en el sentido del Artículo 25(1) del Convenio CIADI.

*

217. La consideración inmediata de la Decisión de la Mayoría sobre los *travaux* también ha tenido el propósito adicional de debilitar cualquier concepto objetivo del término "inversión" mediante la insistencia de que en el transcurso de elaboración del Convenio CIADI el compromiso principal habría consistido, por un lado, en el simple uso del término "inversión" en el Artículo 25(1) sin límites, o solo con límites muy débiles, en lo que se refiere a la jurisdicción *ratione materiae* del Centro (para satisfacer la posición de los Estados exportadores de capital) y, por el otro lado, el establecimiento de un mecanismo en el Artículo 25¹⁸¹ por medio del cual los Estados podrían excluir de la jurisdicción del Centro asuntos que no consideraran apropiados para ser abordados en el marco de esta institución (para satisfacer la posición de los Estados importadores de capitales)¹⁸². En otras palabras, la comprensión general de la mayoría es que el CIADI como institución tendría una jurisdicción abarcativa *ratione materiae* prácticamente ilimitada, a menos que los Estados contratantes notifiquen al Centro la clase o clases de controversias que aceptarían someter, o no, a la jurisdicción del Centro.

218. Como prueba del denominado "compromiso" ("trade-off"), la mayoría cita el párrafo 27 del Informe de los Directores Ejecutivos del Convenio CIADI, el cual vincula en forma expresa la falta de la definición de "inversión", en primer lugar, con el "requisito esencial del consentimiento de las partes" y, en segundo lugar, al "mecanismo" del Artículo 25(4) del Convenio 183. Sin negar este pasaje del Informe de

¹⁸⁰ *Ibídem*, párr. 452.

¹⁸¹ *Ibídem*, párrs. 449 a 451.

¹⁸² *Ibídem*, párr. 451.

¹⁸³ Ibídem.

los Directores Ejecutivos o el derecho a invocarlo, debo decir que para la regla general de interpretación de los tratados del artículo 31 de la CVDT, la *intención* subyacente al "compromiso" invocado por la Decisión de la Mayoría, sería relevante solo en la medida en que encuentre una expresión en el texto del Convenio CIADI, pero no más allá o de otro modo. Además, la historia publicada del Convenio CIADI proporciona pruebas concluyentes contrarias a una determinada lectura de lo expresado en el mencionado párrafo del Informe de los Directores Ejecutivos pues se hicieron varios intentos para definir el término "inversión" del Artículo 25(1).

219. Por lo tanto, confieso que no veo reflejados dichos intentos, ni por remisión ni otra forma, en el texto de los párrafos del Artículo 25 o en cualquier otra disposición del Convenio CIADI, inclusive su Preámbulo. Seguramente existan también otros compromisos o interpretaciones alcanzados del mismo modo durante el proceso de negociación y redacción del Convenio CIADI a los cuales no hace referencia alguna la Decisión de la Mayoría, lo que demuestra, nuevamente, la manera particularmente selectiva de sus referencias a los *travaux*, los argumentos y la prueba. Por ejemplo, en el párrafo 25 del mismo Informe de los Directores Ejecutivos, se puede leer lo siguiente:

"Aunque el consentimiento de las partes constituye un requisito previo esencial para dar jurisdicción al Centro, el mero consentimiento no es suficiente para someter una controversia a su jurisdicción. En concordancia con la finalidad del [C]onvenio, la jurisdicción del Centro resulta además limitada por la naturaleza de la diferencia y de las partes" (énfasis agregado).

220. Por lo tanto, a pesar del Artículo 25(4), la naturaleza de la diferencia continúa siendo primordial para la interpretación de la expresión "las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión" del Artículo 25(1) del Convenio CIADI. En segundo lugar, el texto del Artículo 25 en su totalidad no proporciona un contexto que permita al intérprete razonar como si lo agregado en el Artículo 25(4) despojara al término "inversión" del apartado (1) de su sentido y función normativa. En tercer lugar, la necesidad de interpretar este último término - en el contexto del Convenio CIADI en su totalidad y teniendo en cuenta su objeto y fin - no puede evitarse mediante la invocación de la posibilidad de los Estados de realizar notificaciones que excluyan una "clase o clases de diferencias", porque la clase o clases no excluidas de diferencias de naturaleza jurídica deben asimismo surgir "directamente de una inversión" protegida para concordar con el Artículo 25(1). Cuarto, en el presente caso, ni Argentina ni Italia hicieron declaraciones en virtud del Artículo 25(4) para excluir alguna clase o clases de diferencias de naturaleza jurídica admitidas por el Convenio CIADI. En conclusión, el Artículo 25(1) incluye algunas diferencias de naturaleza jurídica y excluye otras diferencias; y el Artículo 25(4) permite a los Estados Contratantes excluir una clase o clases de las diferencias de naturaleza jurídica entre las incluidas.

*

221. Para una interpretación del término "inversión" del Artículo 25(1) del Convenio CIADI, los *travaux* más importantes son, según mi opinión, aquellos relacionados específicamente con las formulaciones sucesivas propuestas para el apartado (1) de dicho Artículo y la discusión referida a dicho artículo, como está documentada en la publicación denominada *History of the ICSID Convention*. Llama por lo tanto la

atención que curiosamente esos *travaux* no se mencionan en la Decisión de la Mayoría. No obstante, existe información al respecto en la documentación remitida al Tribunal por las Partes que revela el interés en esos *travaux* para algunos aspectos de la interpretación del Artículo 25(1) a efectos confirmatorios.

222. Por ejemplo, en el párrafo 23 de la decisión *Fedax* de 1997, se dice que en un primer borrador del futuro convenio se estableció, a los efectos de un determinado capítulo, que: "(i) 'inversión' significa cualquier contribución monetaria u otro bien de valor económico por un período de tiempo indeterminado o, si el período de tiempo estuviera determinado, no menor a cinco años". Una definición de este tipo podría haber incluido "préstamos" pero no toda clase de préstamos, sino solo aquellos con una duración determinada menor de cinco años. Esta disposición desapareció en el transcurso de las negociaciones, pero es un buen ejemplo del interés eventual de los *travaux* para una interpretación del Artículo 25(1) del Convenio CIADI como medio complementario.

223. La Opinión disidente del Profesor Abi-Saab, remitida al Tribunal, proporciona por su parte información relevante de importancia sobre los travaux que precedieron la adopción del texto del Artículo 25(1). Esta información revela la intención de limitar o restringir detrás de la introducción y posterior calificación del término 'inversión' en la disposición ¹⁸⁴[Traducción del Árbitro]. Tal como explica el Profesor Abi-Saab, esto se realizó en respuesta a las preocupaciones sobre la amplia jurisdicción ratione materiae de ciertos borradores. En un primer momento, un documento de trabajo decía "diferencias". Luego, un borrador preliminar introdujo el término "inversión" como calificador para "diferencias" al definir el ámbito de jurisdicción (cualquier diferencia de naturaleza jurídica de inversión existente o futura). Luego, esto se modificó en un borrador posterior: "todas las diferencias de naturaleza jurídica [...] que surjan de una inversión o se relacionen con ella" [Traducción del Árbitro]. Pero esta fórmula se siguió cuestionando fuertemente por ser muy amplia, específicamente la cláusula "se relacionen con" (que fue eliminada en una votación por 26 votos a 8), mientras se agregó el adverbio "directamente" a la segunda versión (revisada) del borrador la cual se convirtió en la fórmula actual: "las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión". 185

224. Por lo tanto, como concluye el Profesor Abi-Saab: (i) el propósito de utilizar el término "inversión" en el Artículo 25(1) del Convenio CIADI fue de limitar mediante factores externos objetivos los tipos de diferencias que podrían tratarse dentro del CIADI; (ii) estos límites externos delimitan un vasto ámbito; y (iii) pero en todo caso dichos límites existen 186. Esto se reitera frecuentemente en la jurisprudencia CIADI y por los comentaristas. Por ejemplo, la decisión SGS c. Pakistán de 2003 reconoce que el Convenio CIADI deja a las partes contratantes "una amplia libertad para definir [el] término ["inversión"] de conformidad con sus objetivos y circunstancias específicas", pero ésta admisión se califica con la siguiente afirmación:

"Esa libertad, sin embargo, no parece ilimitada, dado que puede considerarse que esa 'inversión' contiene un núcleo duro que la distingue de una 'transacción

¹⁸⁴ Véase Opinión disidente del Profesor Abi-Saab en *Abaclat*, *supra* nota 37, párr. 43.

¹⁸⁵ *Ibídem*, párr. 44.

¹⁸⁶ *Ibídem*, párr. 45.

comercial ordinaria' como puede serlo, por ella misma, una simple venta de bienes y servicios" ¹⁸⁷ [Traducción del Árbitro].

225. Para resumir, la apelación temprana de la Decisión de la Mayoría a los medios de interpretación complementarios como los travaux del Convenio CIADI se concluye finalmente con la confirmación de que la finalidad de la inserción del término "inversión" en el Artículo 25(1) del Convenio era distinguir entre las transacciones protegidas por el sistema CIADI establecido por el Convenio de 1965, y otras transacciones, es decir, las "transacciones comerciales ordinarias", las cuales permanecerían bajo la protección otorgada por el derecho consuetudinario internacional exclusivamente. El término "inversión" fue considerado suficientemente flexible como para que proporcionara un amplio margen para especificaciones posteriores de los Estados, pero no infinitamente elástico hasta el punto de confundir una "inversión" CIADI genuina con una "transacción comercial ordinaria".

226. Esta conclusión es suficiente para rechazar la opinión de que no es necesario que se sometan los reclamos del presente caso a la prueba de "doble enfoque", es decir, la pruebas del CIADI y el TBI. Para el autor de la presente Opinión, en este caso, la doble prueba implica -como es de común acuerdo entre las Partes- que la competencia del presente Tribunal depende del cumplimiento de los requisitos jurisdiccionales objetivos tanto del Convenio CIADI como del TBI Argentina-Italia. Así, la jurisdicción ratione materiae del Tribunal descansa -para utilizar los términos del laudo Phoenix Action de 2009- en la *intersección* de las dos definiciones ¹⁸⁸.

(b) El sentido corriente del término "inversión" en el Artículo 25(1) del Convenio CIADI determinado por la aplicación de regla general de interpretación de los tratados del artículo 31 de la CVDT y de la denominada prueba de "Salini".

227. Después de iniciar el juego con los travaux, la Decisión de la Mayoría desarrolla un razonamiento dubitativo sobre el sentido de "inversión" en el Artículo 25(1) del Convenio CIADI que termina con la admisión de que sus comentarios previos sobre los travaux y las supuestas intenciones de las partes "no deben llevar a un resultado que se desvíe de la interpretación" del Artículo 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" (artículo 31 de la CVDT), incluso si los antecedentes históricos indicaran lo contrario 189.

228. Hasta aquí todo parece estar en orden. No puedo estar más de acuerdo con esa afirmación. Pero entonces, ¿a que vienen las evocacioneas al denominado "compromiso" y a las intenciones subyacentes de los redactores del Convenio CIADI de 1965? En todo caso, según las normas de derecho internacional codificadas en los artículos 31 a 33 de la CVDT, la interpretación de un tratado debe proceder a partir del sentido corriente de los términos, inclusive cuando tal sentido no sea del agrado del

¹⁸⁷ Véase SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República Islámica de Pakistán (Caso CIADI No. ARB/01/13), Decisión sobre las Objeciones a la Jurisdicción del 6 de agosto de 2003 ("SGS v.Pakistan"), párr. 133 y nota al pie 153. ¹⁸⁸ Véase *Phoenix Action*, *supra* nota 168, párr. 74.

¹⁸⁹ Véase Decisión de la Mayoría, párr. 455.

intérprete, y la intención de las partes es relevante sólo en la medida en que encuentre expresión en el texto del tratado o esté necesariamente implícita en el mismo, pero no más allá de ello o de otro modo. Estas reglas de derecho internacional son obligatorias para las cortes y tribunales internacionales, con inclusión de los tribunales CIADI, quienes no deben desviarse de las mismas en el curso de su aplicación en los casos sometidos a su consideración. Lo que está en juego en este punto es *pacta sunt servanda*.

229. Como consecuencia de la visión subjevista general adoptada por su Decisión, la Mayoría no puede llegar a determinar un *sentido corriente* del término "inversión" en el Artículo 25(1) del Convenio CIADI, más allá de la afirmación defectuosa y general - obtenida a partir de las definiciones de diccionarios - de que el término "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 financieros" Más aún, incluso el endorso de la salvedad del Profesor Amerasinghe acerca de que las definiciones de los diccionarios pueden ser irrelevantes a los fines de definir "inversión" en el Artículo 25(1) no conducirá, la Decisión de la Mayoría a la conclusión contraria, a saber que los bonos y derechos sobre títulos en los bonos *no* se encuentran cubiertos por el sentido corriente del término. La Mayoría terminará sugiriendo que el término considerado es "ambiguo" en el sentido del art. 32 de la CVDT, o que este es el caso de 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) ¹⁹¹.

230. La Decisión de la mayoría no realiza más esfuerzos en vistas de determinar el "sentido corriente" del término "inversión" en el Artículo 25(1) del Convenio CIADI, a través de la aplicación de todos los elementos de interpretación de la regla general de interpretación de los tratados del artículo 31 de la CVDT, la cual - debe destacarse - "forman una regla única con partes intimamente ligadas entre sí." que se aplica en un proceso de interpretación concebido como "una unidad" 192.

231. Los pasajes relevantes de la Decisión de la Mayoría son verdaderamente muy escasos. Por ejemplo -luego de rendir homenaje de boquilla al método de la interpretación sistemática- la única función que se le da al *contexto* en la interpretación consiste en reenviar al lector a la consideración por la Mayoría de los *travaux* del Convenio, a saber, al "compromiso" mencionado anteriormente ¹⁹³. Pero los *travaux* no tienen función alguna en la aplicación de la regla general de interpretación de los tratados. El "contexto" es en verdad un elemento de esa regla general, pero se relaciona -al igual que otros elementos constitutivos de la regla general del artículo 31- con el acuerdo entre las partes *en el momento en que es objeto de una manifestación auténtica en el texto o después de ese momento pero no con anterioridad a dicho momento* (es decir, en "compromisos" o "tratos" durante las etapas de negociación o redacción del tratado) ¹⁹⁴. En contraste con lo anterior, varios componentes del "contexto" definido por

¹⁹⁰ *Ibídem*, párr. 456.

¹⁹¹ *Ibídem*, pág. 151, nota al pie 194.

¹⁹² Véase *United Nations Publication on the Law of Treaties*, *supra* nota 175, pág. 39, párr. 8 (pag.42 en la versión en español de la publicación).

¹⁹³ Véase Decisión de la mayoría, párr. 457.

¹⁹⁴ Véase *United Nations Publication on the Law of Treaties*, *supra* nota 175, pág. 40, párr. 10 (pag. 43 enla versión en español de la publicación).

la CVDT (artículo 31(2)) no cumplen ninguna función en el razonamiento de la Decisión de la Mayoría.

232. Sobre la base del "contexto" textual definido por el artículo 31(2) de la CVDT y otros elementos del artículo 31, no existe soporte alguno para concluir, como lo hace la Decisión de la Mayoría, que la mera existencia del mecanismo de notificación del Artículo 25(4) del Convenio CIADI militaría en favor de una interpretación "amplia" del concepto de inversión del Artículo 25(1) "sujeto a la posibilidad de restricciones ulteriores de las partes" Sin lugar a dudas, el Artículo 25(4) es "contexto" para interpretar los términos del Artículo 25(1), pero la redacción del primero no expresa una intención amplia o restringida en cuanto al alcance del término "inversión" en el último. No existe ningún reenvío u otra indicación textual o necesariamente implícita a ese propósito en ninguno de esos dos párrafos del Artículo 25 o, para el caso, en ninguna otra disposición de ese Artículo o del Convenio CIADI. Los apartados (1) y (4) del Artículo 25 del Convenio abordan diferentes objetos y cada uno está formulado de manera autosuficiente.

233. En cuanto al *objeto y fin* del Convenio CIADI, la Decisión de la Mayoría comienza con la afirmación de que "la situación es menos clara" que en el caso del contexto (sic) porque el primer párrafo del Preámbulo del Convenio CIADI "puede entenderse de diferentes maneras" la Por qué? En realidad, el primer párrafo del Preámbulo es bastante claro al destacar "la necesidad de la cooperación internacional para el desarrollo económico y la función que en ese campo desempeñan las inversiones internacionales de carácter privado"; el segundo párrafo recuerda "la posibilidad de que a veces surjan controversias entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes en relación con tales inversiones"; y el tercero reconoce "que aun cuando tales controversias se someten corrientemente a sistemas procesales nacionales, en ciertos casos el empleo de métodos internacionales de arreglo puede ser apropiado para su solución" (énfasis agregado).

234. Habida cuenta de la claridad del Preámbulo, de las explicaciones del Informe de los Directores Ejecutivos (párrafos 9, 11, 12 y 13), de las conclusiones de los tribunales arbitrales CIADI y de los comentarios doctrinales relevantes, no existe soporte objetivo alguno para el razonamiento inconcluso de la Decisión de la Mayoría sobre el objeto y fin del Convenio CIADI. Una vez más, la única explicación para la inconclusión mencionada es la visión subjetivista unilateral de la Decisión de la Mayoría y la sombra proyectada sobre ella por la decisión *Abaclat* criticada en este punto por el Profesor Abi-Saab en su opinión disidente, en los términos siguientes:

"157. [...] el razonamiento también se basa en lo obtenido de una interpretación puramente subjetiva, truncada y parcial del objeto y del fin del Convenio CIADI y del TBI [...] [S]e describe que el objeto y fin de estos dos tratados 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 partes. Como consecuencia, según

_

¹⁹⁵ Véase Decisión de la Mayoría, párr. 457.

¹⁹⁶ *Ibídem*, 458.

esta visión, todas las disposiciones de estos tratados deben interpretarse exclusivamente en virtud de este fin.

"158. Desde esta perspectiva, se considera a todas las limitaciones a la jurisdicción de los Tribunales del CIADI, ya sean inherentes o negociadas con paciencia y cuidado, y estipuladas en el tratado para proteger los intereses del Estado parte (que son, después de todo, el interés colectivo de la población), obstáculos en el camino para alcanzar el 'propósito' de los tratados, que deben superarse a cualquier precio y por cualquier argumento" [Traducción del Árbitro].

235. La visión subjetivista unilateral de la Decisión de la Mayoría contrasta notablemente con el objeto y fin del Convenio CIADI, *tal como se explica claramente en los párrafos pertinentes del Informe de los Directores Ejecutivos*. Por ejemplo, en el siguiente pasaje:

"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*. Además, el convenio permite la incoación de los procedimientos, tanto a los Estados como a los inversionistas, y los Directores Ejecutivos han tenido siempre presente ambos casos al redactar las disposiciones del convenio" (énfasis agregado).

*

236. Sin perjuicio de las consideraciones anteriores, la Decisión de la Mayoría encuentra pronto *una manera* de aclarar el objeto y fin del Convenio del CIADI en la forma fascinante de una "conclusión tentativa" así enunciada:

"el Tribunal [...] se resiste a respaldar una lectura extremadamente restringida del término "inversión" en el Art. 25 (1) del Convenio. En particular, el 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 ("constituencies" en el texto inglés) reales o imaginarios" 198.

237. Esta "conclusión tentativa", colocada en el medio de la consideración por la Decisión de la Mayoría del papel del *objeto y fin* del tratado en la interpretación del término "inversión" en el Artículo 25(1) del Convenio, no es razonable y no puede tampoco dejarse pasar sin un comentario. En primer lugar, nadie ha pretendido en el presente caso una lectura "extremadamente restringida" del término "inversión" en el Artículo 25(1) del Convenio, sino una interpretación conforme al sentido corriente intrínseco al término en el momento de la conclusión del Convenio del CIADI que resulte de la aplicación de la regla general de interpretación de los tratados del artículo 31 de la CVDT.

¹⁹⁷ Véase Informe de los Directores Ejecutivos, párr. 13.

¹⁹⁸ Decisión de la Mayoría, párr. 460.

238. En segundo lugar, mi refutación de las conclusiones principales de la Decisión de la Mayoría en el presente contexto no se relaciona con las alegadas dificultades de los aspectos sustantivos del presente caso, sino con la norma *pacta sunt servanda* y la norma de derecho consuetudinario internacional relativa al consentimiento del Estado a la jurisdicción de las cortes y tribunales internacionales (con inclusión de los tribunales arbitrales del CIADI), así como con una aplicación correcta de las reglas de derecho internacional codificadas por la CVDT que gobiernan la interpretación de los tratados internacionales.

239. Por último, no tiene sentido extrapolar a consideraciones relacionadas con el objeto y fin del Convenio del CIADI debidamente fijado por los Estados Contratantes en 1965, las opiniones o los comentarios doctrinales privados (a veces de *lege ferenda*) en publicaciones contemporáneas acerca del entendimiento y/o desempeño por parte de los tribunales arbitrales del CIADI de sus respectivas tareas ¹⁹⁹.

*

240. Siguiendo la referida "conclusión tentativa", la Decisión de la Mayoría prosigue indicando que 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. El rol clave del requisito de consentimiento (específico) al arbitraje por parte de los Estados ya se encuentra articulada en el último párrafo del preámbulo y se vuelve particular y reiteradamente manifiesta en el Art. 25 del Convenio CIADI, en particular en la última oración de su inciso 4"²⁰⁰.

241. Nuevamente, el consentimiento como factor controlante del significado del término "inversión" en el Artículo 25(1) del Convenio del CIADI que la Decisión de la Mayoría subraya mediante el agregado de diferentes elementos, a saber: Preámbulo (último párrafo); Artículo 25(4) (el "compromiso" alcanzado durante las negociaciones); Informe de los Directores Ejecutivos (referencia al consentimiento como la "piedra angular" de la jurisdicción del Centro) y el artículo 1(1) del TBI (que supuestamente incluye las transacciones en cuestión en la definición de "inversión"). Y nuevamente, el rechazo por la Decisión de la Mayoría de todo sentido corriente objetivo del término "inversión" del Artículo 25(1) del Convenio del CIADI.

242. El propósito primordial del Convenio del CIADI de 1965, de promover la cooperación internacional para *el desarrollo económico* desaparece de la escena abrumado por la mencionada avalancha de consentimientos unilaterales y bilaterales. De hecho, es una manera muy particular de aplicar las reglas de la CVDT a la interpretación del Artículo 25(1) del Convenio reemplazando el objeto y fin de este último (un componente de la regla general de interpretación de los tratados) por la propia conclusión errónea de la Mayoría sobre la definición del término "inversión" en el Artículo 1(1) del TBI Argentina-Italia (ver más adelante).

¹⁹⁹ *Ibídem*, pág. 153, nota al pie 203.

²⁰⁰ *Ibídem*, párr. 461.

243. Para la Decisión de la Mayoría, dejar los bonos de deuda soberana y derechos sobre títulos pertinentes fuera del alcance del Artículo 25 del Convenio del CIADI "no tendría sentido a la luz del acuerdo expreso de Argentina e Italia de proteger el valor generado por esos tipos de contribuciones"²⁰¹. Esta afirmación solo tiene sentido si se rechaza la prueba del doble enfoque. Por lo tanto, finalmente, la Decisión de la Mayoría concluye con la negación del valor normativo de la prueba del "doble enfoque", en línea con la Decisión en Abaclat de 2011. Ahora bien, lo que para la Mayoría es un sin sentido no es más que uno de los resultados siempre posibles que resultan, naturalmente, de la interpretación del texto de un instrumento internacional convencional realizada por un tribunal arbitral internacional que aplique las reglas de la CVDT. Como explicó el Profesor Abi-Saab en el párrafo 40 de su opinión disidente en en el caso Abaclat: "Sin estos límites, las palabras no tendrían sentido ya que no podrían distinguirse unas de otras. El significado intrínseco de una palabra, que es su significado 'ordinario', está además especificado por la forma y el contexto en que se utiliza y, si figura en un tratado, por el objeto y propósito del tratado." (énfasis agregado) [Traducción del Árbitro].

*

244. El razonamiento de la Decisión de la Mayoría sobre la interpretación del concepto de "inversión" en el Artículo 25(1) del Convenio del CIADI también adolece de una omisión grave e inaceptable. Omite toda referencia al primer elemento constitutivo de la regla general de interpretación de los tratados, es decir, a la buena fe. Como expresan las primeras palabras del Artículo 31(1) de la CVDT: "Un tratado deberá interpretarse de buena fe". Además, la buena fe es un principio general de derecho aplicable, en este caso también, por los tribunales y cortes internacionales a, inter alia, la interpretación y aplicación de los tratados y los Estados no pueden convenir entre si fuera del sistema del derecho internacional.

245. Esto significa que se espera que los tribunales y cortes internacionales recuerden en todo momento, como fue mencionado por la Comisión de Derecho Internacional, que "la interpretación de los tratados de buena fe y con arreglo al derecho es indispensable para que la norma *pacta sunt servanda* tenga verdadero sentido." [Traducción del Árbitro]. En efecto, como se indica en el comentario de la Comisión correspondiente al Artículo 31(1) de la CVDT, esta disposición contiene tres principios distintos:

"El primero, la interpretación de buena fe, se desprende directamente de la norma *pacta sunt servanda*. El segundo principio es la misma esencia del método de interpretación por el texto; se ha de presumir que las partes han tenido la intención que resulta del sentido corriente de los términos que han empleado. El tercer principio es tanto de sentido común como de buena fe; el sentido corriente de los términos no se determina en abstracto, sino en el contexto del tratado y teniendo en cuenta su objeto y fin. La Corte Internacional ha afirmado estos principios en repetidas ocasiones." ²⁰³ [Traducción del Árbitro].

²⁰¹ *Ibídem*, párr. 463.

²⁰² United Nations Publication on the Law of Treaties, supra notq 175, pág. 38, párr. 5 (pág. 41 de la versión en español de la publicación).

²⁰³ *Ibídem*, pág. 40, párr. 12 (pág. 43 de la versión en español de la publicación).

246. Por lo tanto, una interpretación del término "inversión" del Artículo 25(1), que desconociera el *propósito principal* del Convenio del CIADI de proporcionar un incentivo adicional y estimular un mayor flujo de inversiones privadas internacionales en los territorios de los Estados receptores como medio para fortalecer el desarrollo económico de estos Estados, no puede considerarse como una interpretación de buena fe de esta disposición, porque el material probatorio disponible (el texto de los tres primeros párrafos del Preámbulo del Convenio; el párrafo 12 del Informe de los Directores Ejecutivos) sustenta la visión de que dicho propósito principal estuvo claramente presente en la mente de los representantes de los Estados negociadores cuando en 1965 adoptaron el Convenio del CIADI, y sus intenciones se manifestan con nitidez en el texto del Preámbulo del Convenio. Además, los *travaux* confirman que el término "inversión" se incluyó en el Artículo 25(1) precisamente para distinguir entre aquellas actividades protegidas por el sistema del CIADI y aquellas otras denominadas, generalmente, "transacciones comerciales ordinarias".

247. Otro elemento que una interpretación de buena fe no puede desconocer es el hecho de que el término "inversión" o la expresión "diferencia relativa a inversiones" no han sido objeto de ninguna definición en el tratado mismo. No obstante, el título confirma que el tratado es un "Convenio sobre *arreglo de diferencias relativas a inversiones* entre Estados y Nacionales de otros Estados", y no un sistema internacional general de arreglo de cualquier tipo de controversia. Además, del texto del Convenio no puede inferirse una intención de los Estados Contratantes de atribuir al término "inversión" del título y texto del tratado un sentido inusual, extraordinario o contrario a la percepción intuitiva que uno tiene de la noción. La regla de "sentido especial" del párrafo 4 del Artículo 31(4) de la CVDT no tienen por lo tanto aplicación a la interpretación del término "inversión" en el Artículo 25(1) del Convenio del CIADI.

248. Por lo tanto, la disposición del Artículo 25(1) debe ser interpretada de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a sus términos, considerando obviamente término "inversión" del artículo en su contexto y teniendo en cuenta el objeto y fin del Convenio. El objeto del proceso de interpretación de la mencionada disposición en la presente instancia consiste, por lo tanto, en determinar el sentido corriente del término "inversión" en dicho artículo del Convenio del CIADI con la ayuda, en la medida en que sea relevante, de los elementos de interpretación que conforman la regla general de interpretación de los tratados enunciada en el Artículo 31(1) a (3) de la CVDT.

249. Al respecto, debe subrayarse que dentro del sistema de interpretación de la CVDT, una correcta aplicación del elemento temporal a la interpretación de un término o expresión determinados del texto está controlada por el principio de buena fe, específicamente incorporado a la "regla general de interpretación" del Artículo 31 de la CVDT²⁰⁴. Por lo tanto, una interpretación de buena fe del término "inversión" en el Artículo 25(1) del Convenio del CIADI no permite que el intérprete ignore la incidencia eventual que pueda tener en la interpretación dicho elemento temporal.En otras palabras, uno debe preguntarse: ¿cuál era el sentido corriente predominante del término "inversión" cuando se introdujo en el Artículo 25(1) en 1965?

²⁰⁴ *Ibídem*, pág. 42, párr. 16 (pág. 42 de la version en español de la publicación)

250. Es necesario clarificar esta cuestión porque, en la actualidad, el término se utiliza bien genéricamente o bien en algún contexto específico (por ejemplo, en un contexto financiero) con sentidos que pueden no coincidir con el sentido corriente del término "inversión" en el momento de la negociación y adopción del Convenio del CIADI, sin perjuicio de la penumbra que rodea sus límites externos exactos lo que proporciona sin duda un margen para la interpretación. La buena fe implica tomar en consideración, cuando sea apropiado, el elemento temporal en la interpretación del Artículo 25(1) del Convenio distinguiendo entre cualquier sentido eventual del término "inversión" en contextos actuales particulares financieros u otros, sin conexión con una actividad económica en el Estado receptor, por un lado, y la "inversión" internacional que el Convenio del CIADI pretendió proteger en 1965 para alentar el desarrollo económico, mediante la creación de un foro internacional neutral para el arreglo de diferencias relativas a esas inversiones que contrarrestase la autoridad reguladora del Estado receptor sobre las inversiones realizadas en su territorio, por otro lado.

251. A la luz de los materiales probatorios y las publicaciones disponibles, el tipo de "inversión" del Convenio del CIADI presupone, no sólo una contribución financiera sino también una contribución en términos una de actividad económica, con duración y riesgo, en el Estado receptor y la expectativa de ganancias y/o ingresos a cambio²⁰⁵. La Decisión de la Mayoría admite expresamente que el argumento primordial que milita en contra de su entendimiento desmesuradamente amplio del alcance del término "inversión" en el Artículo 25 del Convenio "sería que puede tomar por sorpresa a los Estados que se suscribieron al arbitraje internacional".

252. La interpretación de buena fe de la CVDT es justamente la herramienta a disposición del intérprete para evitar conclusiones que podrían ser contrarias a la norma pacta sunt servanda vinculante para los Estados contratantes del Convenio del CIADI. Dados los métodos de interpretación aplicados por la Decisión de la Mayoría, considero que debo utilizar la presente oportunidad para reproducir a continuación el siguiente pasaje del *International Law de Oppenheim* editado en 1992 por Sir Robert Jennings, ex presidente de la CIJ y Sir Arthur Watts:

"La regla general de interpretación establecida en el Artículo 31 de la Convención de Viena adopta el enfoque textual [...] El hecho de que ese enfoque textual — acogido por unanimidad por la Comisión de Derecho Internacional— sea un componente aceptado del derecho consuetudinario internacional lo sugieren numerosos pronunciamientos de la Corte Internacional de Justicia, que también ha hecho hincapié en que la interpretación de un tratado no consiste en revisarlo ni en leer en él lo que no contiene en forma expresa o no se deduce necesariamente de él, ni en aplicar una regla de interpretación que produzca un resultado contrario a la letra o el espíritu del texto del tratado" 207.

*

²⁰⁵ Opinión disidente del Profesor Abi-Saab, en *Abaclat*, párr. 50.

²⁰⁶ Decisión de la Mayoría, párr. 462.

²⁰⁷International Law, de Oppenheim, vol. I (partes 2 a 4), novena edición, páginas 1271 a 1272. Debe subrayarse que en el pasaje citado, la referencia a "el espíritu" no concierne cualquier espíritu flotante, sino al "espíritu del texto del tratado".

253. No se ha proporcionado al Tribunal evidencia alguna sobre eventuales enmiendas o modificaciones por la práctica o de otra forma, del *propósito principal* original del Convenio del CIADI de fortalecer el desarrollo económico de los Estados receptores mediante la estimulación de un mayor flujo de capitales privados internacionales hacia sus respectivos territorios. Además, ni la Decisión de la Mayoría ni las Partes han argumentado, y mucho menos probado, que los Estados Contratantes del Convenio del CIADI pretendíeron que el sentido por ellas atribuido al término "inversión" del Artículo 25(1) debería entenderse, a fines de su interpretación, como un sentido de carácter "evolutivo" susceptible de incorporar, como tal, las evoluciones futuras eventuales en la utilización del término en derecho, relaciones o contextos distintos al del CIADI. De conformidad con la explicación del Informe de los Directores Ejecutivos, las palabras "*la jurisdicción del Centro*" del Artículo 25(1) se usan en el Convenio "como una expresión adecuada para indicar *los límites* dentro de los cuales se aplicarán las disposiciones del convenio y se facilitarán los servicios del Centro para procedimientos de conciliación y arbitraje" *(énfasis agregado)*.

254. Es indudable que las Partes del presente caso difieren en cuanto a la interpretación de los hechos relevantes y del derecho aplicable pero no cuestionan el tipo de "inversión" al cual hace referencia el Artículo 25(1). Es importante, a este respecto, el hecho de que los propios Demandantes describen sus presuntas razones para calificar sus tenencias como inversiones CIADI, de la siguiente manera:

"[...] La compra inicial de los bonos emitidos por la Argentina, por parte de los bancos y suscriptores, constituye de manera incuestionable una inversión que cumple con todos los requisitos de la definición de inversión, en cuanto a duración, riesgo, compromiso significativo y contribución al desarrollo de la Argentina, ganancias y rendimiento. Tal como estaba permitido, en los términos de las emisiones de bonos respectivas (y como en prácticamente todas las emisiones de bonos), los compradores iniciales de los bonos vendieron los mismos a un gran número de inversores en el mercado secundario, los cuales posteriormente pueden haberlos revendido. Es evidente que la posterior circulación de los bonos en el mercado secundario no privó a la "inversión" inicial de su calidad de tal ni modificó su naturaleza" (énfasis agregado).

255. En su búsqueda del sentido corriente del término "inversión" en el Artículo 25(1) del Convenio del CIADI, una interpretación de buena fe de la disposición no puede dejar de lado el criterio de que una actividad u operación debe estar presente para caracterizar una determinada transacción como una "inversión", como se infiere de las decisiones arbitrales CIADI y de los comentarios relativos a dichas deciones. El criterio generalmente adoptado establece la necesidad de una contribución en efectivo u otros activos de valor económico (es decir contribución en especie, trabajo, etc.), una determinada duración (un mínimo de años), un elemento de riesgo en la empresa (riesgo operacional) y una contribución al desarrollo económico del Estado receptor, presentado usualmente en términos de magnitud de la inversión (una contribución significativa y positiva para el desarrollo económico del Estado receptor). También se hace referencia (a veces bajo el título "contribución") a la regularidad de la compensación diferida de la inversión (ganancias y rendimiento).

²⁰⁸ Informe de los Directores Ejecutivos, párr. 22.

²⁰⁹ Dúplica de los Demandantes, párr. 97.

256. El tribunal de arbitraje del CIADI en *Salini c. Marruecos* -uno de los primeros en intentar una definición objetiva del término "inversión"- proporciona en su decisión sobre jurisdicción del 23 de julio de 2001 la siguiente lista de elementos distintivos de "inversión" que deben satisfacerse de forma cumulativa:

"La doctrina generalmente considera que una inversión implica: contribuciones, una determinada duración del cumplimiento del contrato y una participación en el riesgo de la transacción (se omiten citas). Al leer el Preámbulo del Convenio, se podría agregar como condición adicional la contribución al desarrollo económico del Estado receptor de la inversión.

"En la realidad, estos elementos pueden ser interdependientes. Por lo tanto, los riesgos de la transacción podrían depender de las contribuciones y la duración del cumplimiento del contrato. Como resultado, estos criterios deberían ser determinados globalmente incluso si, a los fines del razonamiento, el Tribunal los considere individualmente".

"A pesar de que la duración total para el cumplimiento del contrato, según CCAP, se fijó en 32 meses, luego se extendió a 36 meses. La transacción, por lo tanto, cumple con la extensión mínima de tiempo sostenida por la doctrina, que es de 2 a 5 años" (se omiten citas) [Traducción del Árbitro].

257. Con variaciones mínimas, los intentos de determinar el sentido corriente del término "inversión" en el Artículo 25 del Convenio del CIADI se vuelcan generalmente en la consideración de esos criterios o condiciones. Como comentó, entre otros, el tribunal arbitral en su decisión sobre jurisdicción en el caso *Jan de Nul* de 2006:

"El Tribunal coincide con los precedentes del CIADI que, sujetos a variaciones mínimas, han confiado en la denominada 'prueba de *Salini*'. Dicha prueba identifica los siguientes elementos como indicadores de una 'inversión' a los fines del Convenio del CIADI: (i) una contribución; (ii) una cierta duración para la implementación del proyecto; (iii) una repartición de los riesgos operacionales y (iv) una contribución al desarrollo del Estado receptor. Se entiende que estos elementos pueden estar estrechamente interrelacionados, deben ser examinados en su totalidad y generalmente dependan de las circunstancias del caso" (decisión *Jan de Nul* del 16 de junio de 2006, párr. 91) [Traducción del Árbitro].

258. La cuarta condición adicional de la prueba de *Salini*, a saber, la contribución al desarrollo económico del Estado receptor de la inversión mencionada en el Preámbulo del Convenio del CIADI, habia sido sugerida en los ochenta por *George Delaume* como una prueba de condición única *alternativa* a la prueba tradicional contribución/duración/riesgo, con el fin de ampliar el alcance de la aplicación del Artículo 25(1) del Convenio²¹². La prueba de *Salini*, por lo tanto, fusiona estos últimos

 ²¹⁰ Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. c. Reino de Marruecos (Caso CIADI No. ARB/00/4),
 Decisión sobre Jurisdicción del 23 de Julio de 2001 ("Salini c. Marruecos"), párr. 52.
 ²¹¹ Ibídem, párr. 54.

²¹² George Delaume se refiere a "la esperada y, hasta podría decirse verdadera, contribución de la inversión al desarrollo económico del país en cuestión" (Le centre international pour le règlement des différends (CIRDI), *Journal de droit international* (1982), pág. 801) [Traducción del Árbitro].

tres elementos constitutivos de la tradicional definición de "inversión" *con* el elemento de contribución de la inversión internacional al desarrollo económico del Estado receptor conforme al Preámbulo del Convenio CIADI.

- 259. La mayoría de los tribunales arbitrales del CIADI abrazan el enfoque conceptualista objetivo de *Salini* (con su "método deductivo") pero, como se explica en las citas a continuación, algunos de ellos consideraron *la cuarta condición de Salini como una consecuencia de la inversión en lugar de una condición constitutiva de la noción y además, estiman que esta cuarta condición estaría cubierta por las tres primeras:*
 - "[...] parece que, de conformidad con los objetivos del Convenio, para que un contrato sea considerado una inversión debe cumplir con las siguientes tres condiciones: a) que la parte contratante haya realizado una contribución en el país en cuestión; b) que esta contribución se extienda por un período de tiempo determinado y c) que involucre algún riesgo para la parte contratante.
 - "Sin embargo, no parece necesario determinar que el contrato se dirija al desarrollo económico del país, una condición que es, en cualquier caso, difícil de establecer y está implícitamente cubierta por las tres condiciones adoptadas allí" (LESI-Dipenta c. Argelia (Caso CIADI No. ARB?03/8) del laudo de 10 de enero de 2005, párr. 13(iv)) (énfasis agregado) [Traducción del Árbitro];
 - "Este Tribunal considera, por su parte, que sí existe una definición de inversión de acuerdo al Convenio CIADI y que no basta con señalar la presencia de algunas de las "características" habituales de una inversión para satisfacer esta condición objetiva de la competencia del Centro. Una interpretación de este tipo significaría privar de sentido alguno a ciertos términos del artículo 25 del Convenio CIADI, lo cual no sería compatible con la exigencia de interpretar los términos del Convenio confiriéndoles un efecto útil, como recordó pertinentemente el laudo emitido en el caso Joy Mining Machinery Limited c. República Árabe de Egipto de 6 de agosto de 2004. Según el Tribunal, dicha definición comprende solo tres elementos. La exigencia de una contribución al desarrollo del Estado receptor, difícil de establecer, es en su opinión más una cuestión de fondo del litigio que de competencia del Centro. Una inversión puede resultar o no útil para el Estado receptor sin dejar por ello de ser una inversión. Es cierto que el preámbulo del Convenio CIADI menciona la contribución al desarrollo económico del Estado receptor. Sin embargo, dicha referencia se presenta como una consecuencia, no como un requisito de la inversión: al proteger las inversiones, el Convenio favorece el desarrollo del Estado receptor. Ello no significa que el desarrollo del Estado receptor sea un elemento constitutivo de la noción de inversión. Es por esta razón, como han señalado algunos tribunales de arbitraje, que este cuarto elemento está en realidad englobado en los tres primeros" (Victor Pey Casado c. Chile, (Caso CIADI No. ARB/98/2), Laudo del 8 de mayo de 2008, párr. 232) (énfasis agregado); y
 - "[...] el presente Tribunal considera que los criterios de (i) una contribución; (ii) una duración determinada y (iii) un elemento de riesgo, son necesarios y suficientes para definir una inversión dentro del marco del Convenio del CIADI. Según la opinión del Tribunal, este enfoque refleja una definición objetiva de 'inversión' que abarca los criterios específicos que corresponden al sentido corriente del término

'inversión', sin perjuicio al texto o el objeto y fin del Convenio del CIADI. Estos tres criterios derivan del sentido corriente de la palabra 'inversión', [...]" (Saba Fakes c. Turquía, Laudo del 14 de julio de 2010, párr. 110) (énfasis agregado) [Traducción del Árbitro].

260. Las decisiones mencionadas anteriormente y otras que adoptan el mismo enfoque objetivo clásico²¹³ difieren a veces, por lo tanto, en cuanto a la cantidad de elementos constitutivos que definen una "inversión" pero todas pretenden definir el término mediante criterios determinados, los cuales deben cumplirse para que la transacción sea calificada como una "inversión". Además, todas esas decisiones mencionan los tres elementos de contribución, duración y riesgo operativo, que aparecen así como un denominador mínimo común, es decir, como *sentido corriente* nuclear o intrínseco del concepto de inversión del Artículo 25(1) del Convenio, tal como explica correctamente la decisión *Saba Fakes* arriba indicada²¹⁴.

261. No obstante, la "contribución al desarrollo económico del Estado receptor", al ser parte del objeto y fin del Convenio del CIADI (independientemente de ser considerada implícita en el mencionado sentido nuclear, condición adicional o consecuencia de la inversión) también cumple - en virtud del Artículo 31(1) de la CVDT - un papel importante en la determinación del sentido corriente del término "inversión" en el contexto específico del Artículo 25(1) del Convenio del CIADI. De conformidad con ese objeto y fin, resulta obvio, como destacó correctamente el tribunal de arbitraje del caso *Phoenix Action*, que si "el inversor no lleva adelante una actividad económica, que es la meta abierta al flujo de inversiones internacionales, la operación, a pesar de que posiblemente involucre una contribución, una duración y un riesgo, no calificará como una *inversión protegida*, dado que no satisface el objeto del Convenio del CIADI" (laudo del 15 de abril de 2009, párr. 86) (énfasis agregado) [Traducción delÁrbitro].

262. El sentido corriente del término "inversión" del Artículo 25(1) del Convenio del CIADI deducido de las consideraciones anteriores plantea el interrogante acerca de si podría afirmarse que las "inversiones de cartera" y otros productos financieros negociables (negociación a gran velocidad de circulación en los mercados de capital y en lugares alejados del Estado en cuyo territorio se supone que se desarrolla la inversión) entre actores sociales ajenos a cualquier actividad económica en el Estado receptor y que, en general, cubren una amplia gama de productos financieros, que

.

²¹³ De la manera en que lo explicaron D. Carreau, T. Flory y P. Juillard en una sección sobre la búsqueda de los criterios relacionados con "el concepto de inversión": "Los criterios se basan en tres ideas. Primero, no puede existir una inversión sin una contribución -cualquiera sea la forma de la contribución. Segundo, no puede existir una inversión durante de un período de tiempo corto: una transacción de inversión se caracteriza por una 'durabilidad' que solo puede satisfacerse por una contribución a mediano o largo plazo. Tercero, no puede existir una inversión sin riesgo, lo que significa que la compensación diferida del inversor debe depender de la pérdida y ganancia del emprendimiento. Estos criterios deben aplicarse de forma cumulativa" (*Droit International Economique*, tercera edition, 1990, párr. 935) (citado en Emmanuel Gaillard, *Identify or Define?*, *supra nota 157, at* pág. 405) [Traducción del Árbitro].

²¹⁴ Además de las decisiones mencionadas, véase otras como por ejemplo: *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. República Islámica de Pakistán* (Caso CIADI No. ARB/03/29), Decisión sobre Jurisdicción de 14 Noviembre de 2005 ("*Bayindir Insaat*"); *LESI, S.p.A. y Astaldi, S.p.A. c. República Democrática de Argelia* (Caso CIADI No. ARB/05/3), Decisión sobre Jurisdicción de 12 de Julio de 2006 ("*LESI-Astaldi*"); *Saipem S.p.A. c. República Popular de Bangladesh* (Caso CIADI No. ARB/05/7), Decisión sobre Jurisdicción y Recomendación sobre Medidas Provisionales de 21 Marzo de 2007; *Ioannis Kardassopoulos c. Georgia* (Caso CIADI No. ARB/05/18), Decisión sobre Jurisdicción de 6 de Julio 2007; y *Romak c. Uzbekistan, supra* nota.148.

abarcan desde instrumentos estandarizados (es decir acciones, bonos, préstamos) hasta productos derivados (es decir, coberturas de divisas, petróleo, etc., swaps de incumplimiento crediticio) podrían calificarse como "inversión" en el sentido del Convenio del CIADI, dadas las características intrínsecas y la novedad de varios de estos productos.

263. El autor de la presente Opinión está convencido de que la respuesta a la mencionada interrogante de una interpretación de buena fe de derecho internacional sólo puede ser negativa porque dichos productos financieros no cumplen con los requisitos atribuidos al sentido corriente inherente del término "inversión" en el Artículo 25(1), habida cuenta el objeto y fin del Convenio del CIADI de 1965. Por lo tanto, los mencionados productos no califican, en regla general, como "inversiones protegidas" en virtud del Convenio²¹⁵.

264. La conclusión de la Decisión sobre la cuestión, contraria a la mía, es consecuencia de la aceptación, por parte de la Mayoría, de la proposición de la naturaleza no jurisdiccional de la prueba de Salini compartida generalmente por los subjetivistas (es decir, Delaume, Schreuer, Fadlallah, Mortenson, Manciaux, etc.) quienes a pesar de admitir la existencia de rasgos comunes en la mayoría de las "inversiones" (similares a los mencionados en los párrafos anteriores) consideran, no obstante, que estos rasgos no deberían interpretarse necesariamente como "requisitos jurisdiccionales" sino simplemente como "características típicas" de las inversiones en virtud del Convenio²¹⁶. La Decisión de la Mayoría es perfectamente clara a este respecto: "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"217.

265. Sin embargo, la Decisión de la Mayoría siente la necesidad de indicar algunos límites a lo que de otra forma sería una "interpretación liberal indebida" del Artículo 25(1), por lo que agrega que: "(los requisitos de la prueba de Salini) [...] pueden aún ser útiles, en tanto y en cuanto sean considerados como directrices y sean aplicados en conjunto y de manera flexible. En particular, pueden resultar de ayuda para identificar, y excluir, fenómenos extremos que deben permanecer fuera incluso de una lectura amplia

²¹⁵ Véase Opinión disidente del Profesor Abi-Saab en *Abaclat*, *supra* nota 37, párrs. 55 a 58.

²¹⁶ Algunos de dichos autores evolucionaron con el paso del tiempo a posiciones subjetivas más radicales. Por ejemplo, Delaume escribió en 1986 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 Contratante" ("ICSID and the Transnational Financial Community", 1 ICSID Review (1986), pág. 242) [Traducción del Árbitro]. Esta afirmación es ambigua. Puede entenderse prima facie como una tentativa de interpretar el sentido corriente en 1965 del término "inversión" del Artículo 25(1) por referencia al Artículo 25(4), como lo intenta la Decisión de la Mayoría en el presente caso. Pero también, puede entenderse como una tentativa de redefinir, desde 1986 en adelante (sin la modificación del Convenio), el sentido corriente original del término "inversión" en el Artículo 25(1), coincidiendo con el flujo en expansión, en ese momento, de capital privado en la financiación de países con mercados emergentes.

del término "inversión" en el Art. 25 del Convenio CIADI" (énfasis agregado). No obstante, uno no puede evitar preguntarse qué significa "fenómenos extremos" para la Decisión de la Mayoría dada su conclusión específica de que los "derechos sobre títulos" pertinentes en posesión de los Demandantes en "bonos de deuda soberana" argentinos depositados en bancos italianos en Italia "cumplen los criterios generalmente atribuidos a la prueba de *Salini*" cuando en realidad no cumplen con ninguno de esos criterios.

266. Si la mayoría no puede, o no desea, distinguir entre una "inversión" según el Artículo 25(1) del Convenio del CIADI y la emisión y venta de bonos de deuda soberana por un Estado en los mercados internacionales de capitales como medio de financiación para sus necesidades generales de liquidez de conformidad con las prácticas y procedimientos aceptados en la actualidad para los mercados, entonces las denominadas "directrices" de la prueba de *Salini* no tienen sentido y solo representan un homenaje de boquilla a la objetividad.

267. La Mayoría, además de dejar de lado la prueba de *Salini*, la niega rotundamente y esta es la verdadera cuestión jurídica en disputa entre su Decisión y la presente Opinión, Se trata de atribuir o no al término "inversión" del Artículo 25(1) el sentido corriente que posee en su contexto y teniendo en cuenta el objeto y fin del Convenio del CIADI de 1965. Otra diferencia es el papel del "elemento temporal" en la interpretación de los términos del Convenio. La Decisión de la Mayoría desconoce completamente este elemento, lo que es contrario al principio de buena fe que preside la interpretación de los tratados. En 1965, la época de los bonos de deuda soberana Brady que no hacen su aparición en los mercados hasta los años noventa y posteriores estaba todavía muy remota²²⁰.

268. En cualquier caso, la prueba de que la venta y la compra de los bonos de deuda soberana y derechos sobre títulos como las de aquellos que son objeto del presente caso, fueron previstas en 1965 por los Estados negociadores e incluidas en el término

²¹⁸ *Ibídem*, párr. 481.

²¹⁹ *Ibídem*, párr. 482.

²²⁰ A fines de los años ochenta y principios de los noventa, la naturaleza del endeudamiento soberano cambió de forma drástica en maneras que limitaron la efectividad del Club de París (el financiamiento otorgado a los países provino mayormente de otros Estados o de sus agencias). Los flujos de capital oficial hacia los países con mercados emergentes se estancaron y surgieron los flujos de capital privado, los cuales la mayoría se originaron "a partir de grandes bancos de Estados desarrollados de alto ingreso, que trataron de sacar ventaja de las tasas de interés más elevadas que se podían obtener mediante los préstamos a países del mundo en desarrollo. "La 'deuda de los mercados emergentes' se convirtió en su propio mercado". (Declaración escrita del testigo William Burke-White, párr. 15, Anexo al Memorial de Argentina). En 1985, según el Plan Baker, el financiamiento de los bancos comerciales se tornó un prerrequisito al financiamiento multilateral institucional del FMI y de otros organismos internacionales (ibídem, párr. 17). Se estableció un proceso para la renegociación de deuda soberana al banco privado en el Club de Londres (ibídem, párr. 18). En 1989 tuvo lugar un cambio importante en la titularidad de los bonos de deuda soberana con el Plan Brady, por el cual las deudas bancarias se convertían en Bonos Brady negociables. Se expandió así el mercado para los bonos de países en desarrollo: "Para los gobiernos emisores, estos nuevos bonos proporcionaron una fuente relativamente fácil de capital nuevo. Para los exportadores de capital, estos nuevos bonos de deuda soberana prometían un alto rendimiento en capital" (ibídem, párr. 22). Como resultado, los acreedores de los años noventa y posteriores "eran tenedores de bonos -pequeños bancos, fondos e individuos (en lugar de bancos comerciales grandes). Estos acreedores privados "han crecido en número, son anónimos y difíciles de coordinar" (ibídem, párr. 23).

"inversión" del Artículo 25(1) del Convenio del CIADI, no ha sido administrada por los Demandantes ni, tampoco, se explica en la Decisión de la Mayoría. Es evidente que existe un paralelismo amplio en el tiempo entre el flujo de capital privado en expansión y el incremento en la cantidad de publicaciones doctrinales a favor, como apuesta política, de la apertura de las puertas del arbitraje internacional del CIADI a las controversias eventuales que surjan de simples transacciones financieras, incluso cuando estas últimas no están conectadas con una "inversión" genuina ²²¹. Pero, como ya se indicó, el Convenio CIADI de 1965 permanece como se concluyó, es decir, sin modificaciones.

269. La Decisión de la Mayoría ha sido recatada en alegar decisiones arbitrales para sustentar sus conclusiones, lo que demuestra que se basa principalmente en construcciones de doctrina bastante posteriores al Convenio del CIADI. Además, algunas de las decisiones arbitrales del CIADI invocadas se vuelven en contra de las conclusiones de la Decisión de la Mayoría. Por ejemplo, el laudo *Mihaly* de 2002, el cual establece que "sin prueba de una 'inversión' en virtud del Artículo 25(1), ninguna de las Partes necesita argumentar con más detalle, porque sin dicha 'inversión' no puede existir controversia alguna, ya sea de naturaleza jurídica u otra, que surja directa o indirectamente de esta, que podría ser sometida a la jurisdicción del Centro y el Tribunal''²²² [Traducción del Árbitro]. Esta es exactamente la posición del autor de la presente Opinión. En la misma línea, el laudo *Joy Mining* de 2004, el cual, luego de notar la ausencia en el caso de los elementos riesgo, duración, regularidad de ganancias y contribución al desarrollo, concluye que: "carece de jurisdicción para considerar la diferencia porque la reclamación va más allá del Tratado y el Convenio''²²³ [Traducción del Árbitro].

270. Las conclusiones de la Decisión de la Mayoría descansan en gran medida en la decisión *Fedax* (1997). Debe destacarse al respecto que esta decisión da un alcance amplio al concepto, pero no niega la proposición de que al insertar el término "inversión" en el Artículo 25(1) del Convenio CIADI, los Estados Contratantes establecieron un requisito legal objetivo que debe satisfacerse para establecer la jurisdicción del Centro²²⁴. Así, sin involucrarse en un amplio debate sobre la noción de "inversión", *Fedax* tuvo no obstante en cuenta algunos elementos básicos constitutivos de una noción objetiva del término (duración, regularidad de ganancias y rendimiento, asunción del riesgo, compromiso significativo, significante para el desarrollo económico del Estado receptor) al decidir que la compra de los pagarés pertinentes (como evidencia de un "préstamo") calificaba, en las *circunstancias particulares del caso*, como una "inversión" del Convenio del CIADI²²⁵.

271. Ciertamente, *Fedax* admite que un préstamo *podría* constituir una inversión, pero añade que no es necesariamente así en todas las circunstancias fácticas o para cada tipo de préstamo o crédito. Parecería que para *Fedax*, los préstamos comprendidos dentro del

²²¹ Por ejemplo, en 2004, Manciaux sugirió tener en consideración solo el "crecimiento de los bienes del Estado receptor", lo que recuerda a la proposición antes mencionada de *Delaume* de la: "contribución al desarrollo económico del Estado receptor" (véase: Emmanuel Gaillard, *Identify or Define?..., supra* nota 157, pág. 405, nota al pie 15) [Traducción del Árbitro].

²²² Mihaly, supra nota 27, párr. 32.

²²³ *Joy Mining, supra* nota 167, párrs. 62 y 63.

²²⁴ Fedax, supra nota 128, párr. 28.

²²⁵ *Ibídem*, párr. 43.

alcance del Convenio serían en último término y generalmente hablando aquellos que pretenden financiar de alguna manera un proyecto, obra o servicio (es importante la referencia a la Ley Orgánica de Crédito Público de Venezuela) en el Estado receptor que tienen el carácter o están relacionados con una inversión "genuina" en el setido del Artículo 25(1) del Convenio²²⁶. La Decisión *Joy Mining* (2004) y el laudo *Sempra c. Argentina* (2007), cuyos tribunales estuvieron presididos por la misma persona, ha aclarado esta cuestión²²⁷.

272. A diferencia de Fedax, la decisión CSOB c. Eslovaquia no consideró que los elementos básicos del concepto objetivo de "inversión" eran prerrequisitos jurisdiccionales para concluir que una transacción determinada constituye una inversión, pero sí en cambio que la transacción subyacente esté encaminada a promover el desarrollo económico del Estado receptor²²⁸. Esta última decisión está, por lo tanto, más cercana a la Decisión de la Mayoría en el presente caso que Fedax. El tribunal de arbitraje del caso CSOB c. Eslovaquia destacó que "la reclamación de CSOB y la línea de créditos disponible para la Slovak Collection Company estaban relacionados con el desarrollo de una actividad bancaria de CSOB en la República de Eslovaquia y que calificaban como inversiones en del sentido del Convenio y el TBI"229 [Traducción del Árbitro]. Sin embargo -en contraposición al enfoque general adoptado en la presente Decisión de la Mayoría, sobre el elemento territorial de una "inversión" (ver a continuación)- el tribunal del caso CSOB c. Eslovaquia subrayó que el Acuerdo de Consolidación regulaba el desarrollo de las actividades de CSOB en la República Checa y la República de Eslovaquia que conllevaban dispendios o desembolsos de recursos en la República de Eslovaquia, y que CSOB calificaba como el titular de un "bien invertido u obtenido" en el territorio de la República de Eslovaquia, así como que dichas actividades se diseñaron para producir un beneficio y ofrecer un rendimiento en el futuro con sujeción al elemento de riesgo implícito en la mayoría de las actividades económicas²³⁰.

273. En el presente caso, la Decisión de la Mayoría no sigue en realidad el razonamiento de *Fedax* o de *CSOB* para llegar a la conclusión de que los bonos de deuda soberana y los derechos sobre títulos en cuestión cumplen con los criterios de la prueba de *Salini*. Sigue un camino diferente, basado esencialmente en la presunción que los Estados Contratantes del Convenio del CIADI le asignaron a los TBI, o a otros instrumentos jurisdiccionales, la función de procurar la definición del término "inversión" del Artículo 25(1) del Convenio del CIADI, tal como hicieron anteriormente, por ejemplo, la decisión *MCI c. Ecuador* del 31 de julio de 2007²³¹, la decisión *CMS Gas c. Argentina* del Comité *ad hoc* para la Solicitud de anulación del 25 de septiembre de 2007²³² y el laudo *Biwater c. Tanzania* del 24 de julio de 2008. Este

²²⁶ *Ibídem*, párr. 42.

Decisión *Joy Mining*, *supra* nota 168, párr. 60; y laudo *Sempra Energy International c. Republica Argentina* (Caso CIADI No. ARB/02/16) de 28 de Septiembre de 2007, párrs. 211 a 216 (este laudo fue anulado por Decision del Comité *ad hoc* sobre la Solicitud de Anulacion de 29 de Junio de 2010).

²²⁸ Decisión CSOB c. Eslovaquia, supra nota 133, párr. 64.

²²⁹ *Ibídem*, párr. 91.

²³⁰ *Ibídem*, párrs. 87 a 90.

²³¹ M.C.I. Power Group, L.C. y New Turbine, Inc. c. Republica de Ecuador (Caso CIADI No. ARB/03/6), Decision sobre la Solicitud de Anulacion de 19 de Octubre de 2009) ("MCI c. Ecuador"), párr. 165.

²³² CMS Gas Transmission Company c. Republica Argentina (Caso CIADI No. ARB/01/8), Decision del Comite *ad hoc* ssobre la Solicitud de Anulacion de la Republica Argentina del 25 de Septiembre de 2007 ("CMS Gas c. Argentina"), párr. 71.

último menciona, *inter alia*, que "incluso si la República pudiera demostrar que alguno o todos los criterios de *Salini* no se cumplen en este caso, eso no sería necesariamente suficiente – per se – para declinar la jurisdicción"²³³. En esta materia, la decisión mayoritaria en el caso *Abaclat* no ayudó a la presente Decisión de la Mayoría debido a la omisión por parte de la primera de la consideración de los requisitos en tanto que requisitos jurisdiccionales.

*

274. En resumen, la Decisión de la Mayoría plantea la cuestión de la naturaleza no jurisdiccional de la prueba de *Salini* para evitar la inevitable conclusión de que la compra por parte de los Demandantes de "bonos de deuda soberana/ derechos sobre títulos" del presente caso no es una "inversión" genuina en el sentido del Artículo 25(1) del Convenio del CIADI. Pero ese planteamiento es en realidad una falacia. Lo que cuenta para una interpretación de buena fe no es *Salini*, sino la determinación del *sentido corriente* del término "inversión" en el Artículo 25(1) en el contexto del Convenio del CIADI de 1965 en virtud del objeto y fin de ese Convenio, en tanto que primer punto de referencia para la interpretación de las disposiciones del Convenio, tal como lo estipulan las reglas sobre interpretación de los tratados codificadas por la CVDT. Es éste sentido corriente lo que la mayoría intenta ocultar repetidamente detrás de la pantalla de la afirmación dogmática y reiterativa del sentido amplio que ha de atribuirse al término "inversión" en el Artículo 25 (de hecho, un sentido ilimitado) o, alternativamente, que dicho término no debe estar sujeto a una interpretación restrictiva indebida, la cual nadie propuso o propone.

275. Una interpretación de buena fe del Artículo 25(1) del Convenio del CIADI también debe ponderar el hecho de que el Centro no se estableció para convertirse en una institución más para el arreglo de cualquier tipo de controversias a través de la conciliación y arbitraje, sino para el arreglo de diferencias que surjan directamente de una "inversión" entre el Estado Contratante (el Estado receptor) y un nacional de otro Estado Contratante (el inversor privado extranjero). Proceder de otra manera significa situarse en plena contradicción con el texto del Artículo 25(1), con el propósito del Convenio del CIADI enunciado en el Preámbulo y explicado en el Informe de los Directores Ejecutivos, sí como de la lógica y justificación del sistema de protección internacional especial del CIADI²³⁴. Además, en el presente caso, los Demandantes son ajenos a cualquier tipo de actividad económica en el Estado receptor (ni están relacionados de alguna manera relevante y significativa con una actividad de ese tipo) y, por lo tanto, no han cumplido con el requisito de cooperación para el desarrollo económico del Estado receptor enunciado en el párrafo de apertura del Preámbulo del Convenio del CIADI, requisito que es la verdadera raison d'être de la protección otorgada por el Convenio a una "inversión" genuina²³⁵.

276. Para el autor de la presente Opinión, el término "inversión" en el Artículo 25(1) del Convenio del CIADI tiene un *sentido corriente* inherente y deseado, correctamente descripto, en relación con el TBI Suiza-Uzbekistán de 1993, por el laudo del 26 de

²³³ Biwater Gauff (Tanzania) Limited c. Republica Unida de Tanzania (Caso CIADI No. ARB/05/22), Laudo de 24 de Julio de 2008, párr. 318.

Opinión disidente del Juez Mohamed Shahabuddeen en la Decisión sobre el procedimiento de anulación relativo a *Malaysian Historical Salvors y el Gobierno de Malasia*, *supra* nota 160, párrs. 62-65. *Phoenix Action*, *supra* nota 168, párr 86.

noviembre de 2009 del tribunal arbitral del caso *Romak y Uzbekistan* (un tribunal CPA) de la siguiente manera:

"El Tribunal Arbitral considera, por lo tanto, que en el marco del TBI el término "inversiones" posee un sentido inherente (independientemente de si el inversionista recurre a los procedimientos arbitrales del CIADI o de la CNUDMI), lo que entraña una contribución que se extiende a lo largo de un determinado período de tiempo e implica un grado de riesgo. El Tribunal de Arbitraje se encuentra confortado en su análisis por el razonamiento adoptado por otros tribunales [...] que incorporan la contribución, duración y riesgo como rasgos distintivos de una "inversión". Por su naturaleza, los tipos de activos enumerados en la lista no exhaustiva del TBI en cierta medida dan cuenta de estos rasgos distintivos. Sin embargo, si un activo no se corresponde con la definición inherente de "inversión", el hecho de que encaje dentro de una de las categorías enumeradas en el artículo 1 no lo transforma en una "inversión". El tribunal del caso Azinian sostiene, en términos generales, que "la caracterización... no es un sucedáneo al análisis" [Traducción del Árbitro].

5. La definición de "inversión" del Artículo 1(1) del TBI Argentina-Italia

(a) Textos auténticos y economía general de la definición

277. La disposición que define el término "inversión" en el TBI Argentina-Italia, es decir el Artículo 1(1), está compuesto por un *encabezamiento* que contiene una *definición general* del término, seguido *dentro de ese contexto general* - por una lista no taxativa de (a) a (f) de ejemplos de distintos tipos de inversiones específicas. Entre ellos, el ejemplo expuesto en (c) trata de instrumentos financieros. Como se mencionó en la nota al pie 22 de la Introducción a la presente Opinión, el término utilizado en los textos auténticos en español ("*obligaciones*") e italiano ("*obbligazioni*") del Artículo 1(1)(c) se tradujeron en algunas versiones en inglés como "*bonds*", y se creó así una confusión considerable entre las Partes, así como dentro del Tribunal.

278. La Decisión de la Mayoría reproduce los textos originales en español e italiano y una traducción no oficial en inglés del Artículo 1(1)(c), en sus párrafos 417 y 418. La traducción no oficial en inglés reproducida está compuesta por una traducción proporcionada por la Demandada y una traducción alternativa proporcionada por los Demandantes, pero esta traducción no ha sido autenticada por las Partes (Artículo 33(2) de la CVDT). La cuestión de la utilización, o no, del término "bonds" en algunas traducciones en inglés no oficiales es por lo tanto legalmente irrelevante para la interpretación del Artículo 1(1)(c) del TBI. A continuación, reproduciré el texto del párrafo (c) en sus versiones originales española e italiana en ese orden:

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

"c. obbligazioni, titoli pubblici o private o qualsiasi altro diritto per prestazioni o servizi che abbiamo un valore economico, come altresi redditi capitializzati;"

²³⁶ Romak, supra nota 148, párr. 207.

279. Como puede observarse, los términos en inglés "bonds" (bonos) y/o "security entitlements" (derechos sobre títulos) no aparecen en las versiones auténticas en español o italiano del Artículo 1(1)(c) del TBI Argentina-Italia de 1990. Todavía menos expresiones como "sovereign bonds" (bonos de deuda soberana) o "security entitlements in sovereign bonds" (derechos sobre títulos en bonos de deuda soberana). Esta aclaración debería ser el punto de partida de cualquier proceso de interpretación que tenga como finalidad determinar el sentido corriente del término "inversión" del Artículo 1(1) del TBI, a través de la aplicación de las reglas de interpretación de la CVDT. No obstante, y desde el comienzo del proceso de interpretación, la Decisión de la Mayoría menciona dogmáticamente que "no puede haber duda de que el párrafo 1 del Artículo 1 del TBI Argentina-Italia cubre los bonos/derechos sobre títulos en juego en el presente procedimiento" 237. Debo decir que dicha proclamación no carece de fundamento, a menos que el contexto del párrafo (c), a saber, el encabezamiento en el Artículo 1(1), se deje de lado, como hace el razonamiento de la de la Mayoría en su Decisión.

280. Pero la Decisión de la Mayoría no puede ignorar, y de hecho admite, que el texto del Artículo 1(1) del TBI somete el significado de los tipos específicos de inversión enumerados en la lista no exhaustiva, y por lo tanto el párrafo (c), al control de la definición general del encabezamiento del Artículo 1(1). Como ya se indicó en esta Opinión, el Artículo 31(1) de la CVDT establece que un tratado debe 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. De esto se sigue que las "obligaciones/obbligazioni" del párrafo (c) solo pueden ser aquellas que se encuentren en concordancia con la definición del encabezamiento, y no más allá o de alguna otra manera. No obstante, a pesar de esta conclusión obvia textual y contextual en cuanto al sentido y alcance del término "obligaciones/obbligazioni" del párrafo (c), la Decisión de la Mayoría insiste en que:

"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".

281. Pero esto es precisamente lo que han hecho Argentina e Italia mediante el método de colocar los ejemplos específicos de la lista no exhaustiva dentro del contexto de la definición de "inversión" del *encabezamiento* del Artículo 1(1) (*en este marco general/intale contexto di carattere generale*). Por lo tanto, las "*obligaciones/obbligazioni*" en el párrafo (c) que no cumplan con los requisitos establecidos en la definición general del *encabezamiento*, o que debido a su propia naturaleza o características se contradicen con dicha definición, han de ser consideradas como excluidas explícitamente por la definición de inversión del Artículo 1(1) leída como debe hacerse, es decir en su conjunto. Esto es así. No hay lugar a dudas. Los Estados no están obligados por el derecho internacional a recurrir a un método técnico particular, como el de contratar expresamente ("<u>contracting in</u>") para evitar asumir cualquier tipo de obligación convencional, en particular obligaciones de índole jurisdiccional.

_

²³⁷ Decisión de la Mayoría, párr. 490.

²³⁸ *Ibídem*, párr. 491.

282. La conclusión, por lo tanto, es obvia. Incluso si un determinado activo cae dentro de uno de los tipos enumerados en la lista no exhaustiva de ejemplos (lo que no es el caso de los "bonos de deuda soberana" y "derechos sobre títulos" pertinentes), este hecho no lo transforma en una "inversión" protegida por el TBI, a menos que el activo en cuestión se corresponda con la definición de ese término en el *encabezamiento* del Artículo 1(1) del TBI Argentina-Italia. En otras palabras, se considera que un activo determinado, incluso si encaja dentro de los tipos enumerados en los párrafos (a) a (f), es una inversión protegida por el TBI siempre y cuando que el activo en cuestión caiga también dentro del alcance de la definición del encabezamiento.

(b) El texto de la definición de "inversión" en el *encabezamiento* del Artículo 1(1) del TBI y su interpretación

- 283. Las transacciones de compra del presente caso no conforman una contribución o activo invertido o reinvertido por los Demandantes *en el territorio* de la República Argentina, *de acuerdo con las leyes y reglamentos de esta última* y, como consecuencia, no son susceptibles de ser incluidas dentro de la definición del término "inversión" del *encabezamiento* del del Artículo 1(1) del TBI, el cual establece que:
 - "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".
- 284. El sentido corriente de los términos de la definición del *encabezamiento* no permiten concluir que las ventas de bonos de deuda soberana y la compra de los derechos sobre títulos, en cuestión en el presente caso, califiquen como "inversiones", ya sea de manera individual o conjunta, en el sentido de la definición del Artículo 1(1) del TBI Argentina-Italia. Esto explica porqué la Decisión de la Mayoría *evita realizar un análisis contextual verdadero sobre la existencia, en el presente caso, de una inversión que comprendida dentro de la definición del TBI en conjunto,* así como también su silencio sobre el hecho de que el TBI Argentina-Italia define también en el Artículo 1(2) el término "inversor" con referencia a "inversiones en el territorio de la otra Parte Contratante" y que el Artículo 1(4) define el término "territorio", a los fines del Acuerdo, de la siguiente manera:

"El término 'territorio' designa, además de las áreas enmarcadas por los límites terrestres y marítimos, también las zonas marítimas, es decir las zonas marinas y submarinas, en las cuales las Partes Contratantes tienen soberanía, derechos soberanos o ejercen jurisdicción, conforme a sus respectivas legislaciones y al derecho internacional".

285. La Decisión de la Mayoría comete un error cuando analiza la determinación del sentido y alcance del término "obligaciones /obbligazioni" del párrafo (c) como si este subpárrafo fuera una disposición autosuficiente a los efectos de su interpretación. El subpárrafo (c) es parte de una disposición más amplia que establece, explícita e inequívocamente, que el subpárrafo debe entenderse dentro del contexto general de la

definición del término "inversión" del encabezamiento del Artículo 1(1). Una interpretación que ignora el contexto inmediato del subpárrafo (c) representado por el *encabezamiento* del Artículo 1(1) del TBI y las definiciones de los términos "inversor" y "territorio" en los párrafos 2 y 4 del Artículo 1 respectivamente (como dispone el Artículo 31 de la CVDT) no puede brindar una correcta interpretación de buena fe del sentido corriente del término "*obligaciones/obbligazioni*" en el Artículo 1(1) (c).

286. Resulta evidente que estas consideraciones se aplican a todos los términos y expresiones de cada uno de los tipos de activos específicos mencionados, ya sea en el Artículo 1(1) (c) del TBI, o en los subpárrafos (a), (b), (d), (e) y (f) del mismo Artículo En consecuencia, los esfuerzos realizados por la Decisión de la Mayoría para encontrar soporte para su lectura errónea del Artículo 1(1) mediante la invocación de las expresiones "cualquier otro derecho a prestaciones o servicios que tengan un valor económico" o "cualquier derecho de tipo económico conferido por ley o por contrato" (en párrafos (c) y (f) respectivamente) no llevan a ninguna parte. El sentido corriente de essas expresiones también debe determinarse mediante la consideración del *contexto* inmediato representado por el mencionado *encabezamiento*, como sucede con el término "obligaciones"/"obbligazioni" del subpárrafo (c).

287. Además, no se supone que un intérprete que aplica el Artículo 31 de la CVDT declare estar "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", como lo hace la Decisión de la Mayoría²³⁹, *antes* de determinar el sentido corriente de los términos en el encabezamiento del párrafo 1 del Artículo 1, en sus respectivos *contextos* y *teniendo en cuenta también el objeto y fin del TBI*.

288. El Preámbulo del TBI Argentina-Italia de 1990 establece expresamente que mediante el TBI las Partes Contratantes: (i) desean "crear condiciones favorables para una mayor cooperación entre los dos Países y, en particular, para la realización de inversiones por inversores de una Parte Contratante en el territorio de la otra, (ii) consideran que la única manera de establecer y conservar un adecuado flujo internacional de capitales es a través del mantenimiento de un clima satisfactorio para las inversiones dentro del respeto a las leyes del país receptor", y (iii) reconocen que la conclusión de un Acuerdo para la promoción y la recíproca protección de las inversiones contribuirá a estimular las iniciativas empresariales que favorezcan la prosperidad de las dos Partes contratantes" (énfasis agregado).

289. Por lo tanto, el objeto y fin buscado por Argentina e Italia al finalizar los años noventa era esencialmente el desarrollo de una cooperación económica *a través del estímulo de iniciativas empresariales*, en la forma de inversiones realizadas por inversores de una de las Partes Contratantes en el territorio de la otra y de acuerdo con las leyes y reglamentos de esta última. El objeto y fin del TBI, así como del contexto del subpárrafo (c), confirma también, indudablemente, que el propósito del TBI es el desarrollo de inversiones que involucren actividades económicas de un carácter empresarial, en el territorio de la otra Parte Contratante, y no de inversiones de cartera o la adquisición de simples productos financieros sin relación con un proyecto, empresa o

_

²³⁹ *Ibídem*, párr. 495.

actividad del inversor privado nacional de una de las Partes Contratantes en el territorio del Estado receptor de la inversión.

290. El razonamiento que lleva la Decisión de la Mayoría a concluir de otra manera resulta, aparentemente, de asumir que cada uno de los tipos específicos de inversiones mencionados en el Artículo 1(1) del TBI tendrían un sentido corriente propio, independiente del contexto representado por la definición del término "inversión" en el encabezamiento del Artículo 1(1) y las definiciones de los términos "inversor" y "territorio" en los párrafos 2 y 4 del Artículo 1, así como también del objeto y fin del TBI qual como se enuncia en su Preámbulo. Sobre la base de esa falsa asunción, la Decisión de la Mayoría concluye que los bonos de deuda soberana y los derechos sobre títulos en cuestión son inversiones protegidas por el TBI Argentina-Italia. Pero no puede ser así dado que esa conclusión no resulta de una interpretación llevada a cabo en conformidad con el Artículo 31 de la CVDT, que incluye el principio de buena fe. El texto preciso del Artículo 1(1) excluye la posibilidad de que las Partes Contratantes puedan haber pretendido que, para los fines de su interpretación, el tipo específico de activos del subpárrafo (c) sea aislado de su contexto inmediato y del objeto y fin del TBI.

291. Al realizar una interpretación autónoma y libre del subpárrafo (c), la Decisión de la Mayoría erra en su conclusión, porque proceder de esa manera significa ignorar por completo el siguiente comentario primordial de la Comisión de Derecho Internacional sobre el tercer principio básico en que descansa el párrafo 1 del Artículo 31(1) de la CVDT (antes, Artículo 27(1) del proyecto de artículos de la CDI), a saber: "El tercer principio es tanto de sentido común como de buena fe; el sentido corriente de los términos no debe determinarse en abstracto, sino en el contexto del tratado y teniendo en cuenta su objeto y fin". ²⁴⁰ [Traducción del Árbitro].

(c) Requisitos que califican la expresión "aporte o bien invertido o reinvertido por personas físicas o jurídicas de una Parte Contratante" del encabezamiento del Artículo 1(1) del TBI

(i) Consideraciones generales

292. El enfoque interpretativo erróneo de la Decisión de la Mayoría para la determinación del alcance del término "inversión" en el delArtículo 1(1) del TBI Argentina-Italia de 1990 encuentra su confirmación cuando, en un segundo movimiento, la Mayoría trata la cuestión central de la interpretación de los requisitos que califican en el encabezamiento al "aporte o bien invertido o reinvertido" (conferimento o bene investito o reinvestito) mediante la disposición de que la inversión debe ser realizada por un inversor privado extranjero (i) en el territorio del otro Estado Parte del TBI y (ii) de acuerdo con las leyes y reglamentos de este último.

293. Las presuntas "inversiones" efectuadas por los Demandantes en el presente caso no cumplen con ninguno de estos dos requisitos. No obstante, por medio de un razonamiento tosco, la mayoría llega a la conclusión opuesta²⁴¹. Mi opinión es diferente. Pero el punto de interés en este momento no es analizar mis opiniones, sino

²⁴⁰ United Nations Publication on the Law of Treaties, supra nota 175, pag. 40, párr. 12. (pag. 43 de la versión en español de la publicación). ²⁴¹ Decisión de la Mayoría, párrs. 510 y 519.

cómo la Mayoría llegó a esa conclusión por medio de una interpretación supuestamente realizada de conformidad con las reglas de interpretación de los tratados de la CVDT. El interrogante no se extiende demasiado, ya que la Decisión de la Mayoría se limita, una vez más y sin ocultarlo, a seguir la metodología interpretativa de la decisión mayoritaria de *Abaclat* de 2011, lo cual significa colocarse en un universo diferente al del derecho de los tratados de derecho internacional público.

294. Sería en vano intentar encontrar en el razonamiento de la Decisión de la Mayoría algunos rasgos de los principios y reglas de la CVDT según las cuales se debe entender que el texto es la auténtica expresión de la intención de las partes y que el punto de partida de la interpretación de un tratado es la determinación del sentido del texto (no una investigación de intenciones vaporosas, originales o posteriores). Ello es así. Además, el texto de la definición en el encabezamiento del Artículo 1(1) del TBI no tiene la menor ambiguedad o obscuridad, hasta al punto de parecer uno de esos textos convencionales que dan sentido a la máxima *in claris not fit interpretatio*.

295. En realidad, la Mayoría decidió reescribir, en el presente caso, los requisitos que califican la expresión "aporte o bien invertido o reinvertido" del Artículo 1(1) del TBI por medio de una construcción basada en dos proposiciones erróneas: (i) la invocación fuera de contexto del término "obligaciones/obbligazioni" en el subpárrafo (c), y (ii) el recurso a los elementos extrínsecos de la regla general de interpretación de los tratados del Artículo 31 de la CVDT. Resulta difícil entender de otra manera las numerosas desviaciones del derecho de los tratados de la Decisión de la Mayoría en el presente contexto. Sin embargo, la meta primordial de la Mayoría -es decir que "todos los requisitos [sobre la jurisdicción ratione materiae] se han cumplido con relación a los bonos y los derechos sobre títulos pertinentes" solo puede alcanzarse en un arbitraje CIADI a través de la aplicación del derecho relevante, en este caso, del derecho internacional público.

296. En este caso, la Decisión de la Mayoría es un ejemplo -entre otros en el campo de las diferencias relativas a inversiones entre inversores privados extranjeros y Estados receptores- de decisiones interpretativas de disposiciones de un tratado realizadas, supuestamente, de conformidad con las reglas de interpretación de la CVDT, cuando en realidad son resultado de conclusiones políticamente orientadas ("policy oriented"), adoptadas con el propósito subjetivo de extender al máximo la protección de las inversiones privadas extranjeras y la mayor número de supuestos inversores, incluso más allá de los textos de los instrumentos aplicables y sin consideración al alcance del consentimiento del Estado receptor a la jurisdicción, tal y como quedó establecido en la oferta de arbitraje formulada en el TBI correspondiente. Una buena demostración del enfoque descripto es el razonamiento subyacente al siguiente pasaje de la Decisión de la Mayoría:

"En cuanto a los bonos/derechos sobre títulos, la única conclusión alternativa (a una inversión ubicada en Argentina) 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

²⁴² *Ibídem*, párr. 520.

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"²⁴³.

297. Debo admitir que me resulta difícil entender el razonamiento anterior en un contexto de derecho internacional público. Refleja una tendencia notable en alguna decisión CIADI en la cual, los árbitros, al verse enfrentados con un objeto de una reclamación que cae fuera de la derecho aplicable, en lugar de rechazar el caso, realizan toda clase de esfuerzos para evitar hacerlo creando sentido al aplicar el derecho en lugar de descubrirlo a través de una seudo interpretación del TBI, alegando que están aplicando de la regla general de interpretación de los tratados del Artículo 31 de la CVDT²⁴⁴. La mejor respuesta jurídica a esas denominadas conclusiones interpretativas es citar nuevamente el siguiente comentario de la CDI de su proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados que se explica por sí solo:

"... la jurisprudencia de la Corte Internacional contiene muchas declaraciones que permiten llegar a la conclusión de que considera el método de interpretación por el texto como una norma establecida. En particular, la Corte ha señalado más de una vez que la interpretación no consiste en revisar los tratados ni en entender que disponen lo que no dicen de manera expresa ni está implicitamente implícito en ellos. ²⁴⁵ [Traducción del Árbitro].

(ii) La inversión debe realizarse "en el territorio" de la otra Parte Contratante

298. En la misma línea que el razonamiento del tribunal de *Abaclat*, la Decisión de la Mayoría en el presente caso comienza su consideración sobre el prerrequisito de territorialidad mediante la afirmación, dogmática, de que dado el carácter de las inversiones en cuestión (a saber, su propia conclusión errónea de que los bonos y derechos sobre títulos pertinentes son "inversiones" en virtud del Artículo 1(1) del TBI Argentina-Italia), el criterio decisivo para determinar el cumplimiento del prerrequisito de territorialidad no puede ser la *ubicación física en Argentina* de las supuestas contribuciones en cuestión.

299. Por lo tanto, en lugar de afirmar aquello que es obvio - es decir, que los bonos de deuda soberana y los derechos sobre títulos pertinentes no cumplen con el prerrequisito de territorialidad de la "inversión" protegida por el TBI - la Decisión de la Mayoría simplemente decide buscar un criterio alternativo al prerrequisito de territorialidad del TBI susceptible de poder ubicar en él los productos financieros en cuestión, a pesar de que *el término "territorio" de cada Parte Contratante a los fines del TBI está definido*

.

²⁴³ *Ibídem*, párr. 509.

²⁴⁴ M. Koskenniemi, From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument, University of Helsinki, 1989, pág 415. Véase también el laudo Wintershall, supra nota 9, párr. 185.

²⁴⁵ United Nations Publication on the Law of Treaties, supra nota 175, párr. 11 (pag.43 de la versión en español de la publicación).

en el Artículo 1(4) en función de criterios terrestres y marítimos físicos/jurídicos, lo que excluye una construcción virtual del concepto de "territorio" como la efectuada por la Decisión de la Mayoría. Para el TBI Argentina-Italia de 1990, "territorio" significa, a los fines del Acuerdo: (i) áreas enmarcadas por los límites terrestres y marítimos [de una de las Partes Contratantes]; y (ii) las zonas marítimas, es decir las zonas marinas y submarinas, en las cuales las Partes Contratantes tienen soberanía, derechos soberanos o ejercen jurisdicción, conforme a sus respectivas legislaciones y al derecho internacional.

300. En la búsqueda de una alternativa al prerrequisito de territorialidad definido en los párrafos 1 y 4 del Artículo 1 del TBI Argentina-Italia, la Decisión de la Mayoría considera que en el caso de los bonos de deuda soberana y los derechos sobre títulos pertinentes, es suficiente con que "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 Argentina", y rechaza que los fondos en cuestión tengan que relacionarse con un proyecto, empresa o actividad específicos en el territorio del Estado receptor²⁴⁶. Para sustentar esta conclusión, la Mayoría invoca el primer párrafo del Preámbulo del Convenio del CIADI, a pesar de que en realidad parece seguir el razonamiento de Abaclat acerca de que la cuestión relevante "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 último". Todo esto recuerda a las más extremas opiniones subjetivas mencionadas en relación con la interpretación del concepto de "inversión" en el Artículo 25(1) del Convenio del CIADI, en particular de Delaume y Manciaux. En cuanto a la sustancia del argumento, hay pronunciamientos de tribunales arbitrales en materia de inversiones en el sentido que la contribución de una inversión internacional al desarrollo del Estado receptor es imposible de determinar, y, todavía más cuando existen distintas opiniones como es el caso sobre lo que constituye "desarrollo", véase laudo *Phoenix Action*, párr. 85).

301. Cualquiera que sea la hipótesis, la Decisión de la Mayoría importa al presente contexto un criterio o criterios alternativos objeto de discusión en relación con el concepto general de "inversión" del Artículo 25(1) del Convenio del CIADI, discusión ajena al texto de las definiciones de los párrafos 1 y 4 del Artículo 1 del TBI Argentina-Italia. Como tales, esos criterios no tienen ningún papel que desempeñar en la interpretación del texto de estas definiciones del BIT según las reglas de interpretación de los tratados de la CVDT. Además, la redacción del Artículo 1(1) es clara (aporte o bien invertido o reinvertido "en el territorio" de la otra Parte Contratante) y no está necesitada de mayores interpretaciones pues, como se indicó, el término "territorio" se encuentra asimismo definido en el Artículo 1(4) del mismo TBI. En dicha situación, la tarea de un árbitro internacional es dar efecto y aplicar las dos definiciones mencionadas del TBI, tal como se encuentran formuladas en el texto del instrumento bilateral convencional y no revisar o modificar motu propio el texto de los párrafos 1 y 4 del Artículo 1 del TBI Argentina-Italia. Lamento dejar constancia de que la Decisión de la Mayoría ha invocado el TBI Argentina-Italia en contra de un concepto objetivo de "inversión" en el Artículo 25(1) del Convenio del CIADI y, en el presente contexto, un concepto subjetivo del término en el Convenio en contra del sentido corriente de los términos "inversión" y "territorio" tal como los define respectivamente el propio texto

_

²⁴⁶ Decisión de la Mayoría, párrs. 496 y 503 a 505.

Decisión Abaclat, supra nota 4, párr. 374. Véase Decisión de la Mayoría, párrs. 499, 502 y 505.

del TBI Argentina-Italia. Otro defecto en la posición de la Decisión de la Mayoría sobre la cuestión es que de la misma se deriva que el término "en el territorio" tendría sentidos diferentes según la naturaleza del caso o de la reclamación. Pero, no existe ningún indicio en el texto del TBI Argentina-Italia de 1990 que se manifieste semejante intención común de las Partes Contratantes cuando concluyeron el TBI.

302. Es un hecho que a lo largo del TBI Argentina-Italia, el término "inversión" aparece sistemáticamente calificado por las palabras "en el territorio" de la otra Parte Contratante, entendido en el sentido físico/jurídico de la definición de "territorio" en el Artículo 1(4) del TBI, como demuestran las siguientes oraciones: " para la realización de inversiones por inversores de una Parte Contratante en el territorio de la otra" (primer párrafo del Preámbulo del TBI); "realizar inversiones en el territorio de la otra Parte Contratante" (Artículo 1(2)); "cada Parte Contratante promoverá la realización de inversiones en su territorio por inversores de la otra Parte Contratante" (Artículo 2); "cada Parte Contratante, en el ámbito de su territorio, acordará a las inversiones realizadas por inversores de la otra Parte Contratante" (Artículo 3); "la Parte Contratante en cuyo territorio se ha efectuado la inversión" (Artículo 4); "riesgos por inversiones efectuadas por uno de sus inversores (de una Parte Contratante) en el territorio de la otra Parte" (Artículo 7); "la Parte Contratante en cuyo territorio está situada la inversión" (Artículo 8); y "en cuyo territorio se ha efectuado la inversión" (Protocolo Adicional(1)).

303. No existe duda alguna de que la protección otorgada por el TBI Argentina-Italia a la "inversión" de inversores privados nacionales de la otra Parte Contratante involucra a aquellas realizadas "en el territorio" (como lo define el propio TBI) del Estado Parte receptor exclusivamente, y ninguna otra. El prerrequisito de territorialidad es uno de los rasgos sobresalientes del TBI Argentina-Italia tomado en su conjunto (como del TLCAN y de otros TBIs). El prerrequisito de territorialidad, expresado y claramente manifestado en el texto del TBI, y definido en el mismo, no puede ignorarse en una interpretación de la intención común de Argentina e Italia sobre el tema de las "inversiones protegidas" cuando convinieron el TBI²⁴⁸.

304. Es por este motivo que debe destacarse que en las relaciones entre Argentina e Italia, las reglas de interpretación de los tratados de los Artículos 31 a 33 de la CVDT de 1969 se aplican como reglas consuetudinarias codificadas de derecho internacional y qua reglas convencionales porque ambos países son parte de la CVDT y el TBI fue concluido en 1990, es decir, después de la entrada en vigor en 1980 de la CVDT. Por lo tanto, incluso si alguien considerase que en el derecho consuetudinario internacional el término "territorio" podría tener, según las circunstancias del caso, diferentes sentidos, la definición del Artículo 1(4) del TBI prevalecería en las relaciones entre Argentina e Italia en virtud de la regla de "sentido especial" del Artículo 31(4) de la CVDT.

*

305. Además, la Decisión de la Mayoría agrega, a lo mencionado anteriormente, otro elemento extrínseco al texto en su interpretación del prerrequisito de territorialidad contenido en el Artículo 1(1) del TBI Argentina-Italia, a saber, la mencionada "operación económica unificada del proceso de emisión de bonos" detallada al

²⁴⁸ A este respecto, el TBI Argentina-Italia de 1990 es similar a las disposiciones relevantes de TLCAN.

comienzo del Capítulo III de esta Opinión²⁴⁹. Según la Decisión de la Mayoría, la Demandada habría diseñado la circulación de derechos sobre títulos en el mercado secundario para recaudar liquidez en aras de satisfacer las necesidades presupuestarias de Argentina cuando decidió a emitir los bonos en cuestión en el mercado primario de acuerdo con los suscriptores. Enfrentado con esa tipo de explicación, el lector no puede menos que preguntarse si la Decisión de la Mayoría es verdaderamente el resultado de una interpretación del TBI u otra cosa que no guarda relación con una operación interpretativa de un tratado, realizada de conformidad con las reglas de interpretación de la CVDT.

306. Para sustentar el argumento de la operación económica unificada, la Decisión de la Mayoría rechaza la necesidad de probar que los fondos o contribuciones en cuestión puedan ser rastreados hasta un "proyecto, empresa o actividad específicos" en el territorio del Estado receptor como se menciona con frecuencia en decisiones arbitrales del CIADI en relación con el concepto de "inversión" del Artículo 25(1) del Convenio. Para la Decisión de la Mayoría: "Ninguna disposición del TBI Argentina-Italia contiene dicho 'requisito de especificidad' que complementa al prerrequisito de territorialidad" Esto es correcto, pero es irrelevante dado que el objeto de la interpretacón en el presente contexto es el TBI Argentina-Italia y no el Convenio del CIADI. Esto demuestra, una vez más, las dificultades de la Decisión de la Mayoría en admitir con sinceridad la prueba del "doble enfoque". Se supone que el presente Tribunal interpreta y aplica dos instrumentos convencionales con partes diferentes partes, y no solo uno.

307. De acuerdo con los Demandantes, la Decisión de la Mayoría se refiere, en relación con la presente cuestión, a la Decisión Fedax de 1997. Se deben hacer algunas aclaraciones sobre esta referencia. En primer lugar, Fedax no mezcló la interpretación del Convenio del CIADI y la interpretación del TBI aplicable. En lo que concierne al alcance del Artículo 25(1) del Convenio, el tribunal en Fedax estimó que, dado que los pagarés constituyen la prueba de un préstamo y un instrumento financiero y crediticio bastante típico, nada que impedía que su compra califique como una inversión conforme al Convenio en las circunstancias de un caso particular como Fedax y que, además, esa conclusión debía ser examinada en el contexto del consentimiento específico de las partes y otras disposiciones que regulan el asunto. Más adelante, el tribunal examino en su decisión los términos y disposiciones relevantes del TBI Países Bajos-Venezuela que era el tratado bilateral de protección de inversiones que maniestaba el consentimiento al arbitraje de esta última Parte Contratante. En este punto, y en respuesta a un argumento de Venezuela en contrario, el tribunal Fedax declaró efectivamente que "mientras que es verdad que en algunos tipos de inversión mencionados en el Artículo 1(a) del Convenio, como la adquisición de intereses en bienes inmuebles, empresas y similares, se realizará una transferencia de fondos o valores al territorio del Estado receptor, esto no sucede necesariamente en otras inversiones, particularmente aquellas de naturaleza financiera"²⁵¹ (énfasis agregado) [Traducción del Árbitro].

308. Pero, esta declaración del tribunal en *Fedax* se relacionaba con un TBI, el TBI Países Bajos-Venezuela, cuya definición del término "inversión" en su Artículo 1(a) no

²⁴⁹ Decisión de la Mayoría, párrs. 500 a 502.

²⁵⁰ *Ibídem*, párr. 503.

²⁵¹ Decisión Fedax, supra nota 128, párrs. 29 y 41.

incorporaba el prerrequisito de territorialidad ("en el territorio de" la otra Parte Contratante), como sí lo hace el Artículo 1(1) del TBI Argentina-Italia. Además, y a pesar de ello, el tribunal *Fedax* sintió la necesidad de concluir su razonamiento puntualizando que los pagarés en cuestión fueron emitidos por Venezuela y estaban regulados expresamente por la Ley Orgánica de Crédito Público de Venezuela con la finalidad de obtener créditos locales y extranjeros para obras y servicios en la República de Venezuela y que el tipo de inversión en cuestión no era capital volátil. Debe también agregarse que el Artículo 1(a) del TBI Países Bajos-Venezuela incluye entre los tipos específicos de inversiones protegidas enumerados los "títulos a dinero". ("titles to money"). Ninguna de esas circunstancias se dan cita en el presente caso.

*

309. La Demandada ha explicado, en repetidas ocasiones, en sus alegatos escritos y en las audiencias, el mecanismo utilizado para las emisiones de bonos correspondientes de la República Argentina y presentó además, varios informes periciales al respecto. Los Demandantes, por otro lado, no rechazaron la descripción hecha por la Argentina del mecanismo de emisión, la titularidad y la circulación de los derechos sobre los títulos. Pero, la Decisión de la Mayoría evita ahondar en el análisis jurídico de esta información valiosa y de las pruebas documentales relativas a los rasgos inherentes esenciales de las transacciones típicas en los mercados de valores o de capital contemporáneas. ²⁵²

310. Sin un análisis apropiado de los rasgos de hecho y de derecho que subyacen las operaciones económicas involucradas en el presente caso, la conclusión de la Decisión de la Mayoría acerca de que la cuestión del proceso de emisión y circulación de bonos por parte de Argentina implicaría que 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" o es más que una simple declaración retórica sin sustento probatorio. En ningún momento, los Demandantes pudieron probar, a través de las pruebas administradas, que el dinero abonado a los bancos italianos por los "derechos sobre títulos" pertinentes estaba destinado a "contribuir al desarrollo económico de Argentina y efectivamente se hubieran puesto a su disposición a tal efecto" (énfasis agregado), como declara la Decisión de la Mayoría 254 sobre la base, aparentemente, de Abaclat y de algunas opiniones generales de comentaristas.

311. En todo caso, los hechos relevantes son los siguientes: (i) no existe vínculo territorial de las transacciones pertinentes relativas a los "derechos sobre títulos" realizadas en mercados minoristas entre italianos y la República Argentina; (ii) las contribuciones de los Demandantes, compradores italianos de esos títulos a bancos italianos en Italia son transacciones demasiado remotas para cumplir con el elemento de tener un efecto positivo sobre el desarrollo económico de la República Argentina; (iii) no se ha probado que los Demandantes hubieran puesto a disposición de la República Argentina en su territorio, o en otro lugar, cualquier tipo de fondos como resultado de las compras de los mencionados "derechos sobre títulos"; (iv) no se ha

Véase Memorial de Réplica de la República Argentina, párrs. 203 a 209 y su Escrito Posterior a la Audiencia, párrs. 125 a 133.

²⁵³ Decisión de la Mayoría, párr. 504.

²⁵⁴ *Ibídem*, párr. 508.

probado que los Demandantes tuvieron la intención de promover el desarrollo económico de la República Argentina, o que de hecho lo hayan promovido, a través de la compra de los "derechos sobre títulos" en Italia; (v) las ventas por la Demandada de los "bonos de deuda soberana" en el mercado primario internacional a los bancos suscriptores como medio de obtener liquidez para financiar las necesidades presupuestarias generales de la República Argentina son transacción financiera ajenas a los Demandantes; (vi) la República Argentina obtuvo de los bancos suscriptores compradores un precio acordado *inter se* para los "bonos de deuda soberana" emitidos por ella y (vii) ni siquiera se ha probado, por los Demandantes que los montos que abonaron a los bancos italianos en Italia al comprar los "derechos sobre títulos" se realizaron en conexión con algún compromiso o proyecto de inversión en el territorio de la República Argentina o en el marco de un compromiso o proyecto de ese tipo. Por lo tanto, la siguiente afirmación del tribunal en *LESI c. Argelia* tampoco es aplicable a los Demandantes en el presente caso:

"[...] las inversiones generalmente se tornan efectivas *en el país* en cuestión, pero esto no es una condición absoluta, nada evita que las inversiones se realicen, al menos parcialmente, desde el país donde reside el inversor, siempre que esto se efectúe dentro del marco de un proyecto a implementarse en el extranjero."²⁵⁵ [Traducción del Árbitro].

*

312. En el proceso de interpretación de un TBI, el derecho internacional no permite a los intérpretes reemplazar una definición mutuamente acordada en el texto del TBI, que refleja el acuerdo entre las Partes Contratantes, por alguna otra cosa, a saber, por definiciones à la carte de los intérpretes. En la elección de la Decisión de la Mayoría de elementos para concluir como lo hace, a saber que las transacciones pertinentes no son "transacciones comerciales ordinarias", parecería ser que la naturaleza de los "productos financieros" en cuestión ha desempeñado un papel principal. Al respecto, se debe subrayar nuevamente que, en las circunstancias del presente caso, no existe fundamento para poder concluir que se está ante la presencia de hechos que autoricen la aplicación de la regla del estándar de la "operación en conjunto" elaborada por las decisiones relevantes de los triunales arbitrales del CIADI para otras situaciones. Los ejemplos de la aplicación de la noción de "operación económica integrada o unificada" revelan dos o más componentes, entre los cuales, el elemento financiero no califica en general por si mismo como una inversión en virtud del TBI o contrato aplicable, aunque sí lo haga la operación en su conjunto. En el presente caso, estamos ante transacciones financieras desconectadas entre sí y realizadas todas ellas fuera del territorio de la República Argentina. Los hechos del presente caso ni siquiera plantean una cuestión de "inversión indirecta" como fue el caso en Fedax.

313. En el marco del TBI Argentina-Italia, una simple contribución financiera o un aporte de otra naturleza podrían calificar como una "inversión protegida", ya sea porque haya sido invertido o reinvertido en el territorio de la otra Parte Contratante, o si posee una "conexión jurídica o material" con un proyecto, empresa o actividad empresarial desarrollados, o a desarrollarse, en el territorio de esa Parte Contratante. Pero, en el

²⁵⁵ LESI c. Argelia, párr. 14 (original en francés; traducción no oficial al inglés); véase también para. 259 de esta Opinión.

presente caso, los Demandantes no invirtieron o reinvirtieron sus contribuciones en el territorio de Argentina o fuera de Argentina pero en conexión con un proyecto, empresa o actividad empresarial en el territorio de Argentina. En estas circunstancias, la aplicación de la noción de "operación economía integrada" al caso no es solo discutible sino inaplicable.

314. También debe anotarse que cuando la decisión mayoritaria en *Abaclat* declara (en el párrafo 374 de la decisión) que la cuestión relevante sobre el prerrequisito de territorialidad es si los fondos invertidos se pusieron a disposición del Estado receptor y si respaldaron el desarrollo económico de este último, se refería al sentido de la noción de "inversión" en el Artículo 25(1) del Convenio del CIADI. Pero la Decisión de la Mayoría, en el presente caso, tomándose libertades con las reglas de interpretación de Viena, cita la conclusión de Abaclat sobre el tema fuera de contexto, es decir, en relación con la interpretación de las palabras "en el territorio de la otra Parte Contratante" de la definición del término "inversión" en el Artículo 1(1) del TBI Argentina-Italia²⁵⁶. Se debe respetar el contexto porque, *inter alia*, un cambio de "contexto" puede modificar el sentido corriente que deba atribuirse a un término determinado de un instrumento convencional dado.

315. Hasta ahora, ningún tribunal arbitral del CIADI, con la excepción de Abaclat, ha hecho prevalecer su propia definición del prerrequisito de territorialidad sobre el sentido corriente de los términos "en el territorio" en la definición de "inversión" y "territorio" de un TBI determinado. En todo caso, las conclusiones a extraer de los cuatro ejemplos de jurisprudencia citados en la Decisión de la Mayoría²⁵⁷ no refuerzan su conclusión sobre el prerrequisito de territorialidad, sino que deuestran todo lo contrario. En cuanto a Fedax, como se indicó anteriormente, la definición en el TBI aplicable no incorporaba el prerrequisito de territorialidad. Los otros tres casos mencionados por la Decisión de la Mayoría no sustentan tampoco sus conclusiones sobre el asunto en cuestión:

- En cuanto al caso CSOB c. la República de Eslovaquia, CSOB invocó, como fundamento de jurisdicción, el TBI República de Eslovaquia- República Checa de 1992 y el Acuerdo sobre los principios básicos de una consolidación financiera de CSOB A.S. (el Acuerdo de Consolidación) que la Demandante pretendía incorporar por referencia al TBI. El Artículo 1(1) del TBI establecia que la "inversión", tal como se encontraba definida en el TBI, debía realizarse "en el territorio de la otra Parte". El Acuerdo de Consolidación establecía a su vez empresas recaudadoras en las dos Repúblicas. La Slovak Collection Company y CSOB acordaron un Contrato de préstamo el 31 de diciembre de 1993. La Demandante alegó que la República de Eslovaquia había incumplido con la obligación de reembolso a CSOB del préstamo contraído en virtud de dicho Contrato de préstamo. La República de Eslovaquia argumentó que el préstamo de CSOB no cumplía con ninguno de los elementos de la definición de inversión, el mencionado prerrequisito de territorialidad inclusive. Pero, el tribunal consideró que la finalidad principal del Acuerdo de Consolidación era asegurar una actividad continuada y en expansión de CSOB en ambas Repúblicas. Este compromiso, considerado en su totalidad, involucraba una

²⁵⁶ *Ibídem*, párrs. 502 y 505.

²⁵⁷ *Ibídem*, párr. 502, nota al pie 259.

contribución significante de CSOB al desarrollo económico de la República de Eslovaquia, lo que incluía gastos o desembolsos de recursos en la República de Eslovaquia en respuesta a la necesidad de desarrollo de la infraestructura bancaria de la República (párr. 88 de la decisión). En consideración de todo ello, el tribunal estimó que la actividad de CSOB en la República de Eslovaquia y su compromiso de asegurar una estructura bancaria sólida en ese país le obligaba a concluir que CSOB calificaba en efecto como el titular de un activo invertido u obtenido en el territorio de la República de Eslovaquia dentro del sentido del Artículo 1(1) del TBI aplicable (párr. 89 de la decisión).

- En la decisión SGS c. Pakistán de 2003, Pakistán se opuso a la jurisdicción inter alia porque las actividades de SGS de conformidad con el "Acuerdo de inspección de preembarque" (PSI, por sus siglas en inglés) no constituían una inversión "en el territorio" de Pakistán según el sentido del artículo 2(1) del TBI entre la Confederación Suiza y la República de Pakistán. El tribunal entendió que el PSI definía los compromisos de SGS, de manera tal que se aseguraba de que SGS, si los asumía, debía efectuar ciertos gastos en el territorio de Pakistán. A pesar de que los gastos podrían ser pequeños, involucraban la "inyección de fondos en el territorio de Pakistán para llevar a cabo los compromisos de SGS según el Acuerdo PSI" (párr. 136 de la decisión). La demandante presentó pruebas de los gastos en los que había incurrido en Pakistán para establecer y operar oficinas de enlace en Pakistán, necesarias para permitirle cumplir con sus obligaciones en virtud del Acuerdo PSI. A la luz de estos hechos, el tribunal concluye que los menciondos gastos realizados por SGS en virtud del Acuerdo PSI constituían una inversión según el sentido del TBI.
- En cuanto al caso SGS c. Filipinas de 2004, el Artículo II del TBI entre la Confederación Suiza y la República de Filipinas establecía que el Acuerdo será aplicable a las inversiones "en el territorio" de la otra Parte Contratante. Otras disposiciones del TBI también hacían referencia al prerrequisito de territorialidad. El tribunal arbitral sostuvo que "de conformidad con los principios normales de interpretación de tratados, las inversiones realizadas fuera del territorio del Estado Demandado, sin importar cuán beneficiosas fueran para él, no estarían cubiertas por el TBI" (párr. 99 de la decisión). El tribunal concordó con el razonamiento relevante de la Decisión SGS c. Pakistán. Estimó que en su propio caso, ese razonamiento estaba incluso más justificado dada la escala y duración de las actividades de SGS en Filipinas y la importancia de la Oficina de Enlace Manila (Manila Liaison Office). El tribunal concluyó en este punto que "no existía una inversión separada o distinta realizada en otro lado que no fuera el territorio de Filipinas, sino un proceso único integrado de inspección acordado a través de la Oficina de Enlace Manila (Manila Liaison Office), lo que era en sí mismo una inversión 'en el territorio de' Filipinas" (párr. 112 de la decisión) [Traducción del Árbitrol.

316. La venta de bonos de deuda soberana, emitidos por Argentina, a los bancos de colocación o suscriptores en el mercado internacional principal y la compra realizada por los Demandantes en el mercado italiano minorista de derechos sobre títulos en bonos de la deuda soberana argentina cuya titularidad corresponde a los bancos italianos son transacciones perfectamente identificables una de la otra, tanto económica como jurídicamente, y ninguna de ellas cumple con el prerrequisito de territorialidad del

Artículo 1(1) del TBI Argentina-Italia. Los bonos de deuda soberana en cuestión son flujos de capital intangible sin implantación física en el territorio de un Estado receptor determinado. Sus transacciones son, en realidad, ajenas a la noción de "Estado receptor" (noción que no debe necesariamente confundirse con la determinación para otras finalidades del *situs* de una deuda soberana determinada).

317. El régimen del TBI Argentina-Italia se diseñó para contrarrestar la autoridad reguladora del Estado receptor sobre las inversiones en su territorio²⁵⁸. Pero este equilibrio no tiene sentido cuando las transacciones en cuestión se realizan fuera del territorio del Estado demandado, como es el caso de la venta por la Argentina de bonos de deuda soberana a los bancos de colocación o suscriptores y la compra por parte de los Demandantes de los derechos sobre títulos en Italia a los bancos italianos titulares y depositarios de los "bonos de deuda soberana" pertinentes. Esto explica por qué ninguno de estos dos tipos de transacciones califica como una "inversión protegida" por el TBI Argentina-Italia.

(iii) La inversión debe realizarse "de acuerdo a las leyes y reglamentos" de la otra Parte Contratante

318. Otro requisito establecido en el encabezamiento del Artículo 1(1) del TBI Argentina-Italia, establece que para que una contribución o aporte califique como una "inversión" debe efectuarse "de acuerdo a las leyes y reglamentos" de la otra Parte Contratante. La Decisión de la Mayoría rechaza *in casu* la posibilidad de un incumplimiento por los Demandantes de ese prerequisito porque "no se ha planteado ningún argumento ante el Tribunal según el cual los bonos/derechos sobre títulos habrían violado alguna disposición del derecho argentino" ²⁵⁹.

319. Sin embargo, la Demandada ha brindado argumentos en contrario. En primer lugar, solicitó que el Tribunal decidiera inter alia sobre la base del derecho de la Parte Contratante parte en la diferencia -incluyendo las normas de esta última relativas a conflictos de leves-, las disposiciones del presente Acuerdo [el TBI], los términos de eventuales acuerdos particulares concluidos con relación a la inversión, como así también los principios de derecho internacional en la materia (Artículo 8(7) del TBI). En segundo lugar, la Demandada argumentó 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 en la especie. Por lo tanto, el incumplimiento del derecho italiano que regula la validez y naturaleza de las transacciones que involucran las compras en Italia por los Demandantes de los "derechos sobre títulos" pertinentes equivaldría a un incumplimiento del derecho argentino²⁶⁰.

320. En cuanto al primero de los dos argumentos, la Decisión de la Mayoría suscribe la posición de *Abaclat* y concluye: (i) que el Artículo 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 formulados en el

.

²⁵⁸ Michael Waibel, *Sovereign Defaults before International Courts and Tribunals, supra* nota 165, págs. 238 a 242.

²⁵⁹ Decisión de la Mayoría, párr. 512.

²⁶⁰ *Ibídem*, párr. 513.

Artículo 1(1) del TBI; y (ii) que la cuestión de la jurisdicción debe tratarse *exclusivamente* sobre la base del Artículo 25(1) del Convenio CIADI, por oposición al Artículo 42 del Convenio que definiría el derecho aplicable al fondo de la diferencia²⁶¹. Debo admitir que existen decisiones arbitrales y comentarios que apoyan estas conclusiones, a pesar de que personalmente tengo algunas dudas al respecto. Primero, en el presente contexto, estamos interpretando el Artículo 8(7) del TBI Argentina-Italia y no los Artículos 25 y/o 42 del Convenio CIADI. Segundo, mis dudas conciernen en particular el "exclusivamente". No puede cuestionarse, por ejemplo, que para determinar la jurisdicción *ratione personae* (es decir, los requisitos de nacionalidad y domicilio) y, probablemente, en otras cuestiones específicas también, el derecho doméstico cumple un papel fundamental tanto en una fase jurisdiccional preliminar eventual como en la fase sobre el fondo de la diferencia.

321. Mediante la conclusión mencionada, la Decisión de la Mayoría intenta dar una respuesta al segundo argumento de la Demandada eliminando de la escena las supuestas ilegalidades cometidas por algunos bancos italianos e intermediarios financieros, cuando éstos vendieron *en Italia* los derechos sobre los títulos pertinentes a los Demandantes, desconociendo la protección otorgada al respecto por las leyes y reglamentos italianos a los compradores de productos financieros sensibles. El Tribunal recibió de las Partes algunas pruebas de decisiones de los tribunales italianos terminando o anulando contratos relacionados con la compra de "derechos sobre títulos" como los del presente caso. Todo esto plantea, tanto en el ámbito del derecho internacional como en los derechos nacionales, una cuestión de *buena fe* común a todos los sistemas de derecho aplicables en relación con las compras por los Demandantes de los "derechos sobre títulos" en Italia.

322. La Decisión de la Mayoría declara, sin embargo, que no puede entender cómo dichas violaciones eventuales del derecho italiano podrían afectar negativamente una calificación de que los "derechos sobre títulos" en cuestión habían sido comprados de acuerdo con las leyes y reglamentos de Argentina. No tengo tal certeza, ya que los bancos italianos y los intermediarios financieros podrían haberse abstenido de poner debidamente al corriente a los compradores italianos de los "derechos sobre títulos" acerca de la información contenida en los "bonos de deuda soberana" argentinos y "prospectos" correspondiente en la que se advierte de los altos riesgos que involucraba la adquisición de ese tipo de productos financieros y esto comportamiento podría constituir una violación de la buena fe por parte de los vendedores incompatible con el ordre publico de la República Argentina. En dicha hipótesis, las compras en Italia de los "derechos sobre títulos" no habrían sido efectuadas de acuerdo con las leyes y reglamentos de la Argentina²⁶². La situación bien podría haber sido así porque los Demandantes no son titulares de "bonos de deuda soberana" con la correspondiente información sobre los riesgos que figuran en los bonos (los bonos permanecen depositado en los bancos) sino de los denominados "derechos sobre títulos", los cuales aparentemente no contienen información sobre dichos riesgos.

323. En virtud de las consideraciones precedentes, la conclusión de la Decisión de la Mayoría es, según mi opinión, prematura porque los asuntos en juego no se alegaron ni debatieron plenamente por lo que el Tribunal no se está en una posición que le permita

²⁶¹ *Ibídem*, párrs. 514 y 515.

²⁶² *Ibídem*, párrs. 516 a 518.

llegar a una, una conclusión informada. Además, el razonamiento de la Mayoría es poco convincente. En primer lugar, porque la Ley argentina N° 21.382 define una "[i]nversión de capital extranjero" como "[t]odo aporte de capital perteneciente a inversores extranjeros *aplicado a actividades de índole económica realizadas en el país*" ²⁶³ (énfasis agregado). Por lo tanto, los fondos de los Demandantes no pueden considerarse como una inversión extranjera en virtud del derecho argentino porque los Demandantes no probaron que dichos fondos se hayan aplicado o utilizado en actividades de naturaleza económica llevadas a cabo en Argentina, como confirma la conclusión de esta Opinión sobre el incumplimiento del prerrequisito de territorialidad del Artículo 1(1) del TBI Argentina-Italia. Como consecuencia, no puede establecerse, como lo hace la Decisión de la Mayoría, que los "derechos sobre títulos" pertinentes (un producto financiero) se hayan realizado "de acuerdo con las leyes y reglamentos de Argentina" en tanto que Estado receptor de la presunta inversión. De hecho, en el presente caso, la Demandada no ha sido anfitriona de nada ni de nadie.

324. Además, la Decisión de la Mayoría, no responde en realidad a los argumentos de buena fe y legalidad de la Demandada²⁶⁴. Los principios de buena fe y legalidad son principios generales de derecho comunes al derecho internacional y al derecho argentino e italiano. Por lo tanto, resulta inaceptable afirmar que las violaciones eventuales de esos principios jurídicos en el curso de las transacciones sobre "derechos sobre títulos" en bonos de deuda soberana argentina, los cuales tuvieron lugar en Italia entre italianos, son irrelevantes para el derecho argentino y/o para un instrumento de derecho internacional como el TBI Argentina-Italia, en cuestiones tanto jurisdiccionales como de fondo. Particularmente cuando, como en el presente caso, las normas relativas a conflictos de leyes de Argentina reenvían a las disposiciones del derecho italiano y los "bonos de deuda soberana" emitidos por Argentina advertían a los compradores potenciales sobre los riesgos que conllevaba su adquisición.

325. Se supone que el TBI Argentina-Italia, como todos los TBI, debe proteger solamente las inversiones de *buena fe*, incorporando el requisito de legalidad en la definición del término "inversión". Como declaró el laudo *Plama c. Bulgaria* de 2008 con referencia al Tratado sobre la Carta de Energía "la protección de la TCE no se puede aplicar a inversiones que fueron realizadas en violación del derecho" Por las mismas razones comparto la siguiente declaración del laudo *Phoenix Action* de 2009: "El Tribunal debe impedir un abuso del sistema internacional de protección de inversiones del Convenio del CIADI. Para hacer esto, debe asegurarse que solo se protejan las inversiones realizadas de conformidad con el principio internacional de buena fe y que no pretendan efectuar un uso indebido del sistema" [Traducción del Árbitro].

326. Si en una fase de jurisdicción/admisibilidad preliminar, los principios de *buena fe* y legalidad (y también el *orden publico*) se encuentran en discusión, pero el tribunal no tiene a su disposición los alegatos y pruebas necesarios para decidir sobre la cuestión, toda eventual excepción al respecto debería tratarse junto con el fondo, pero en todo

.

²⁶³ Ley argentina N.° 21.382 (A RA 326) (citada en el Memorial de Contestación de la República Argentina, pág. 149, pie de página 473).

²⁶⁴ Escrito Posterior a la Audiencia de la República Argentina, párrs. 141 a 144.

²⁶⁵ Plama, supra nota 41, párr. 139.

²⁶⁶ Phoenix Action, supra nota 168, párr. 113. Para otras decisiones relevantes, véase: Inceysa Vallisoletana S.L. c. Republica del Salvador, Laudo de 2 de Agosto de 2006.

caso no debería rechazarse *in limine*, como lo hace la Decisión de la Mayoría, en lo que respecta al requisito relativo a la conformidad con las leyes y reglamentos de la otra Parte Contratante del Artículo 1(1) del TBI Argentina-Italia.

6. Conclusión

327. Como ninguno de los requisitos relativos a la jurisdicción *ratione materiae* del Convenio del CIADI de 1965 y del TBI Argentina-Italia de 1990 han sido cumplidos por los Demandantes con respecto a los "derechos sobre títulos" en bonos de dueda soberana argentina objeto de su reclamación, el autor de la presente Opinión admite las excepciones preliminares de la Demandada en cuanto a la falta de jurisdicción *ratione materiae* y en consecuencia concluye que no hay jurisdicción del Centro ni competencia del presente Tribunal para decidir la diferencia de naturaleza jurídica en cuestión.

328. La conclusión opuesta de la Decisión de la Mayoría es, a grandes rasgos, el resultado de una forma errónea de enfocar la interpretación de las disposiciones relevantes de los dos instrumentos convencionales involucrados. Además, los métodos utilizados por la Decisión de la Mayoría para aplicar las reglas de interpretación de los tratados de la CVLT al Artículo 25(1) del Convenio y al Artículo 1(1) del TBI difieren uno del otro. En el caso del Artículo 25(1) del Convenio del CIADI, la mayoría privilegia elementos extrínsecos al texto (travaux; supuestas intenciones) en detrimento del sentido corriente del término "inversión" del texto dentro de su contexto y teniendo en cuenta el objeto y fin del Convenio (método subjetivo). No obstante, en lo que respecta al Artículo 1(1) del TBI, la mayoría, en su interpretación, le otorga el mayor peso imaginable a uno de los sentidos literales posibles del término, "obligaciones/obligazioni", en un determinado subpárrafo del párrafo (1) del Artículo sin tomar en consideración el sentido corriente de ese término en el contexto del Artículo en su totalidad y teniendo en cuenta el objeto y fin del TBI (método gramatical).

329. Estos dos métodos son ajenos a las regla de interpretación de los tratados del derecho internacional consuetudinario codificado por la CVDT en 1969, el cual en el caso del TBI se aplica igualmente entre Argentina e Italia, como ya se explicó, *qua* derecho convencional. Por lo tanto, es adecuado finalizar las precedentes consideraciones sobre la jurisdicción *ratione materiae*, citando el siguiente reciente comentario:

"[...] no corresponde a la Mayoría adaptar el marco del CIADI debido a la preocupación por el acceso a la justicia; este es el papel que corresponde desempeñar a los Estados, si perciben una injusticia" [Traducción del Árbitro].

330. Conviene señalar al respecto que el desarrollo progresivo del derecho internacional está avanzando. En el presente caso, se informó al Tribunal de los "Principios para los flujos de capital estables y la reestructuración equitativa de la deuda" anotados en 2005 por el Comité Monetario y Financiero Internacional de la Junta de Gobernadores del

²⁶⁷ Hans van Houtte y Bridie McAsey, "Case Comment. Abaclat and others v. Argentine Republic...", supra nota 51, pág. 233, nota al pie 19.

FMI²⁶⁸. Desde entonces, como es de dominio público, la UNCTAD tomó en 2009 la iniciativa de formular un conjunto de principios globales para la promoción de préstamos soberanos que fue confirmada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. En 2012, se llegó a una versión consolidada de los "Principios sobre promoción de otorgamiento y toma responsables de préstamos soberanos" de la UNCTAD -con ocasión de UNCTAD XIII en Doha- y se inauguró la etapa de aprobación y aplicación de los Principios, cuyo Principio 15 concierne la "Reestructuración" de obligaciones por deudas soberanas en un estado de necesidad económica²⁶⁹.

²⁶⁸ El texto de los Principios se adjunta al "Informe sobre implementación del Grupo Consultivo de los Principios" (octubre de 2007) (Réplica de Argentina, Anexo 351). Véase también (i) Observaciones respecto del Informe sobre implementación del Ministro de Economía de Argentina (*ibídem*, Anexo 352) y (ii) Anne O. Kueger y Sean Hagan, "Sovereing Workouts: An IMF perspective" (6 Chi.J.Int'L. 2005, págs 203 a 218) (Memorial de Argentina, Anexo 67).

²⁶⁹ Véase: Carlos Espósito y Juan Pablo Bohoslavsky, Principles Matter: Legal Status of UNCTAD's

²⁶⁹ Véase: Carlos Espósito y Juan Pablo Bohoslavsky, *Principles Matter: Legal Status of UNCTAD's Principles on Responsible Sovereign Lending and Borrowing* en Sovereign Financing and International Law. editado por Carlos Espósito, Yuefen Li y Juan Pablo Bohoslavsky (Oxford University Press, a publicarse en 2013). El texto de los Principios de la UNCTAD está anexado a la publicación.

Capítulo IV- El consentimiento al arbitraje de las Partes en la controversia

331. El Capítulo VI de la Decisión de la Mayoría, denominado "[E]l cumplimiento con el Artículo 8 del TBI Argentina-Italia. Los prerrequisitos de consultas amistosas y recurso a los tribunales argentinos", se refiere a la excepción preliminar (f) por la cual la Demandada solicitó, en subsidio, que el Tribunal determine "que los Demandantes no cumplieron los requerimientos previos necesarios para iniciar un reclamo bajo el TBI entre la Argentina e Italia". En dicho Capítulo, la Mayoría considera conjuntamente la cuestión del alcance del consentimiento de la Demandada (Artículo 8 del TBI) y el alcance del consentimiento de los Demandantes (Solicitud de Arbitraje) en relación con los diversos temas allí abordados. Con la finalidad de poder determinar correctamente si ambos consentimientos coinciden entre sí o no, al punto de que pueda concluirse que el "acuerdo de arbitraje" entre las Partes de la controversia ha sido debidamente celebrado (véase Capítulo II (2) de la presente Opinión), esta Opinión aborda, de manera separada en el presente Capítulo IV, cada uno de los dos consentimientos en cuestión, como a veces lo hace la CIJ (véase, por ejemplo, la sentencia de 2008 en el caso Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal (Djibouti v. France)). La Sección 1 se dedicará al alcance del consentimiento de la Demandada y la Sección 2 al alcance del consentimiento de los Demandantes. Las cuestiones de admisibilidad planteadas por la Solicitud de Arbitraje de los Demandantes también serán consideradas en la Sección 2 de este Capítulo de la Opinión.

1. El consentimiento del Estado demandado

(a) Algunas cuestiones de derecho internacional público

(i) La regla de derecho internacional del consentimiento del Estado a la jurisdicción

332. En el derecho internacional público, la jurisprudencia y la doctrina coinciden en considerar que la regla del consentimiento del Estado a la jurisdicción se aplica a la determinación de la existencia de la jurisdicción de cualquier corte o tribunal internacional, así como también al alcance de cualquier jurisdicción aceptada por un Estado determinado. Ya en 1923, la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) sostuvo lo siguiente: "Ha quedado bien establecido en el derecho internacional que ningún Estado puede, sin su consentimiento, ser obligado a someter sus diferencias con otros Estados ya sea a mediación o al arbitraje, ni a ningún otro tipo de solución pacífica" 270.

333. De la misma manera, la Corte Permanente señaló que: su propia jurisdicción contenciosa solo existe en la medida en que la Demandada haya prestado su consentimiento²⁷¹; la Corte tiene jurisdicción limitada en la medida en que los Estados la hayan aceptado²⁷² y la jurisdicción contenciosa de la Corte únicamente existe dentro

Estatuto de Carelia Oriental, Opinión consultiva, 1923 P.C.I.J. (Serie B) No. 5 (23 de Julio), pág.27.
 Mavrommatis Palestine Concessions (Grecia c. Reino Unido), 1924 P.C.I.J. (Serie A) No. 2 (30 de

Fábrica de Chorzów (Alemania c. Polonia), 1927 P.C.I.J. (Serie A), N.º 9, (26 de Julio), pág. 32.

de los límites en los cuales ha sido aceptada²⁷³. Esta jurisprudencia describe la regla como un corolario de la soberanía e independencia de los Estados²⁷⁴.

334. En toda ocasión pertinente, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) ha recordado que la regla del consentimiento del Estado a la jurisdicción se encuentra solidamente establecida en el derecho internacional y que la Corte solo puede ejercer jurisdicción sobre un Estado con su consentimiento²⁷⁵; que la Corte no puede obligar a un Estado a que comparezca ante ella, incluso por vía de intervención²⁷⁶ y que uno de los principios fundamentales de su Estatuto es que no puede resolver controversias entre Estados sin que ellos hayan prestado el consentimiento respecto de su jurisdicción²⁷⁷.

335. Para la doctrina jurídica, existe un principio irrefutable según el cual el derecho internacional público general no obliga a Estado alguno a someter una controversia a una corte o tribunal internacional, ni a darles cuenta de su propia conducta. De esto se sigue que, como mencionan generalmente los autores como, por ejemplo, Rosenne: "El acuerdo de las partes de la controversia es el prerrequisito para adjudicar el fondo de la controversia." [Traducción del Árbitro].

336. Los jueces o árbitros internacionales no pueden tratar con ligereza la regla del consentimiento del Estado a la jurisdicción al interpretar o aplicar los instrumentos o las cláusulas compromisorias que regulan los medios de resolución de controversias, dado que la regla tiene sus raíces en la estructura misma del ordenamiento jurídico internacional. Es una regla sistémica que forma parte del marco jurídico internacional de los instrumentos y cláusulas convencionales. Como explicó Mani: "El derecho internacional contemporáneo se caracteriza esencialemente por ser un proceso horizontal descentralizado de toma de decisiones obligatorias. Una gran parte de su cuerpo jurídico ha surgido del consentimiento de los Estados. El consentimiento de los Estados juega un papel fundamental, especialmente en el ámbito de la resolución de controversias. Se mantiene como la fuente principal de todos los mecanismos de resolución de controversias e incluso del cuerpo de normas a aplicarse por dichos mecanismos." [Traducción del Árbitro].

337. El principio de derecho internacional consuetudinario del consentimiento del Estado a la jurisdicción exige que los Estados presten sus respectivos consentimientos mediante una manifestación externa y positiva de la aceptación de la jurisdicción de la corte o el tribunal internacional en cuestión, es decir, por medio de un acto o conducta que manifieste positivamente ese consentimiento. Este corolario importante de la regla del consentimiento del Estado a la jurisdicción debe ser subrayado en el presente caso, porque los tribunales arbitrales que entienden en controversias relativas a inversiones,

²⁷³ Fosfatos en Marruecos (Italia c. Francia), 1938 P.C.I.J. (Serie A/B), N.° 74, (14 de Junio), pág. 23.

²⁷⁴ S.S. Lotus (Francia c. Turquia), 1938 P.C.I.J (Serie A), N.° 10 (7 de Septiembre), pág. 18.

²⁷⁵ Caso del oro amonedado sacado de Roma en 1943 (Cuestión Preliminar) (Italia c. Francia, Reino Unido de Gran Bretana e Irlanda del Norte y Estados Unidos de America), Informes de la CIJ, 1954, pág. 32.

^{32. &}lt;sup>276</sup> Ciertas Tierras fosfáticas en Nauru (Nauru c. Australia), Informes de la CIJ de 1992, pág. 260, párr. 53

^{53. &}lt;sup>277</sup> *Timor Oriental* (Portugal c. Australia), Sentencia, Informes de la CIJ de 1995, (*"Timor Oriental"*) pág. 101, párr. 26.

Shabtai Rosenne, Law and Practice of the International Court of Justice (1920-1996). Vol. II (Jurisdiction), Martinus Nijhoff, 1997, pág. 565.

²⁷⁹ V.S. Mani, *International Adjudication. Procedural Aspects*, Martinus Nijhoff, 1980, pág. xiii.

inclusive tribunales arbitrales del CIADI, han sostenido con cierta frecuencia el argumento contrario. Han considerado, por ejemplo, que un Estado demandado presta su consentimiento a la jurisdicción del tribunal arbitral en cuestión mediante una cláusula de la NMF de un determinado TBI, a menos que la disposición relativa a la resolución de controversias haya quedado expresamente excluidade la cláusula de la NMF correspondiente. Dicha clase de suposición no tiene sentido en el derecho internacional público porque este ordenamiento jurídico de por sí no impone a los Estados soberanos independientes ninguna "obligación jurisdiccional internacional". La reversión de dicho orden natural que es el prevalece en el ordenamiento jurídico internacional, es, sin lugar a dudas, el error jurídico principal con respecto a las cláusulas de NMF de *Maffezini* y otras decisiones arbitrales similares en el ámbito de las controversias en materia de inversiones.

338. La fuente de toda obligación jurisdiccional asumida por un Estado es siempre, en el derecho internacional general o consuetudinario, el resultado de un *pacto* (estipulaciones, acuerdos, convenios); toda vez que no hay *pacto* o se está más allá del alcance de lo pactado no existe obligación jurisdiccional internacional alguna de los Estados. Es precisamente por esto que los TBI contienen generalmente disposiciones sobre la resolución de controversias que han sido consentidas por los Estados parte del TBI mediante un acuerdo explícito por escrito con respecto a la jurisdicción internacional del CIADI y la competencia de los tribunales arbitrales establecidos en virtud del Convenio del CIADI (y/o a cualquier otro sistema arbitral alternativo acordado) con vistas a la resolución de controversias relativas a inversiones entre el Estado receptor de la inversión y un inversor nacional del otro Estado parte del TBI. La jurisdicción o competencia aceptadas pueden ser limitadas en su alcance y/o estar sujetas a prerrequisitos o precondiciones. Como declaró la CIJ:

"[...] la Corte tiene jurisdicción con relación a los Estados solo en la medida en que estos prestaron su consentimiento [...] Cuando una cláusula compromisoria en un tratado estipula la jurisdicción de la Corte, esa jurisdicción solo existe respecto de las partes del tratado que se encuentran obligadas por dicha cláusula *y dentro de los límites allí establecidos*." (énfasis agregado) [Traducción del Árbitro]

339. Como consecuencia de la alteración por *Maffezini* del principio que establece que la jurisdicción de cualquier corte o tribunal internacional no existe en el ordenamiento jurídico internacional, a menos que se manifieste mediante una estipulación, acuerdo o convenio en contrario celebrado entre las partes de la controversia, algunas decisiones arbitrales sobre las diferencias relativas a inversiones fueron incluso más allá que *Maffezini* con argumentos tales como, por ejemplo, el denominado "foro consentido" o la invocación de la máxima *expressio unius est exclusio alterius* en relación con la interpretación de las excepciones a las cláusulas de NMF en los TBI, etc., de manera a poder concluir a la existencia de jurisdicción y competencia en casos evidentes, e incluso de admisión, de incumplimiento de los prerrequisitos que definen el alcance del arbitraje internacional manifestado por las Partes Contratantes del TBI en las disposiciones de resolución de controversias de este último. Esto es lo que sucede en la Decisión de la Mayoría en el presente caso, con su aceptación del argumento de *inefectividad (futility)* de los Demandantes (una novedad en la materia) bajo la forma,

²⁸⁰ Caso relativo a las Actividades Armadas en el Territorio del Congo (Nueva solicitud: 2002, (República Democrática del Congo c. Ruanda), Fallo, Informes de la CIJ de 2006, pág. 32, párr. 65.

aparentemente, de una condición *implícita* en el Artículo 8 del TBI Argentina-Italia (definida con referencia al proyecto de artículos de la CDI sobre protección diplomática). Este argumento prevalece para la Mayoría sobre los prerrequisitos *explícitos* al arbitraje internacional establecidos por los Estados Contratantes en dicho Artículo del TBI.

340. Sin embargo, esta no es la única novedad. Recientemente, el silencio de las disposiciones de resolución de controversias en los TBI sobre los efectos del incumplimiento de los prerrequisitos que limitan el alcance del consentimiento del Estado receptor al arbitraje internacional establecido en las disposiciones de resolución de controversias de un TBI, también ha sido invocado por tribunales del CIADI para respaldar la jurisdicción o admisibilidad cuando no existen. La respuesta a dicho argumento, extraordinario dentro de un marco de derecho internacional público, ha sido proporcionada por el Profesor Abi-Saab en el siguiente pasaje de su opinión disidente en el caso *Abaclat*: "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 inadmisible o fuera de la jurisdicción del tribunal. Las partes hacen referencia al efecto del incumplimiento en el instrumento sólo en el caso de que deseen renunciar a esta sanción o modificarla. De lo contrario, es decir, si no existen disposiciones al respecto, son de aplicación las normas de derecho internacional general"²⁸¹. [Traducción del Árbitro]

341. Por lo tanto, la "inefectividad" y el "silencio de las disposiciones de resolución de controversias sobre los efectos del incumplimiento" se han sumado recientemente a la gran cantidad de argumentos empleados en procedimientos arbitrales del CIADI para eludir la regla del derecho internacional del consentimiento del Estado a la jurisdicción. Uno entiende el recurso de los abogados de los Demandantes a este tipo de argumentos, pero el fenómeno extraordinario que debe destacarse es el hecho de que varios árbitros del CIADI los han aceptado y han declarado la existencia de jurisdicción, independientemente de la existencia o del alcance del consentimiento del Estado a la jurisdicción. La decisión de la mayoría en el caso Abaclat de 2011 fue todavía más allá por medio de un doble ejercicio. En primer lugar, evitó completamente determinaciones sobre los requisitos jurisdiccionales e introdujo, en su lugar, criterios de admisibilidad, alegando (en contra de la jurisprudencia establecida de la CIJ) la existencia de una diferencia entre "condicionar [el] consentimiento" y "condicionar la efectiva implementación de ese consentimiento". En segundo lugar, rechazó las excepciones de inadmisibilidad planteadas, mediante el método subjetivo de sopesar los intereses específicos del Estado receptor y de los inversores privados extranjeros en juego, como en el derecho de los contratos en algunos sistemas nacionales. Este tipo de decisiones se toman "la libertad de desoír, con una opinión puramente subjetiva, un claro requisito convencional", como estableció el Profesor Abi-Saab en su opinión disidente en el caso Abaclat²⁸². [Traducción del Árbitro].

342. La consideración superficial por algunos tribunales arbitrales del CIADI de la regla del consentimiento del Estado a la jurisdicción, y sus corolarios, no deja de ser por otro lado una sorpresa, porque dichos tribunales afirman que el derecho que aplican para adjudicar las excepciones a la jurisdicción y/o la admisibilidad reguladas por el Artículo

²⁸² *Ibídem*, párr. 30 y ss.

²⁸¹ Opinión disidente del Profesor Abi-Saab, *supra* nota 37, párr. 28.

41 del Convenio del CIADI es el derecho internacional exclusivamente, y no la disposición del Artículo 42(1) del Convenio. Además, la regla del consentimiento del Estado es parte del "contexto" que un intérprete de un determinado tratado "habrá de tener en cuenta" (lenguaje obligatorio) en el proceso interpretativo (artículo 31(3)(c) de la CVDT) porque es una norma del derecho internacional general. Además, en esta fase del presente caso, es obviamente una "norma pertinente de derecho internacional" así como una norma "aplicable en las relaciones entre Argentina e Italia", tanto en virtud del derecho internacional general como de la CVDT aplicable también a las relaciones entre ambos países en tanto que derecho convencional con respecto a su TBI de 1990.

343. También conviene recordar que el artículo 31(3)(c) de la CVDT en ocasiones se invoca para respaldar las llamadas "interpretaciones evolutivas" de los términos o expresiones del tratado, luego de verificar la intención original de las partes del instrumento. No obstante, en lo que respecta a las "obligaciones convencionales jurisdiccionales", los métodos de interpretación evolutivos están injustificados, a menos que se encuentren expresamente permitidos por los términos del texto del tratado, o necesariamente implícitos en éstos, o por la práctica general en su aplicación. El motivo de esto es que la regla del consentimiento del Estado a la jurisdicción no es propicia a la validez de los denominados "consentimientos implícitos". Además, en el presente caso, no se ha alegado, ni mucho menos probado, que la regla del consentimiento del Estado a la jurisdicción haya evolucionado desde la conclusión del TBI Argentina-Italia de 1990. Por el contrario, la regla ha sido confirmada en la jurisprudencia más reciente de la CII²⁸³.

344. En resumen, como concluyó el laudo del 10 de febrero de 2012 de *ICS Inspection* and Control Services -dentro de su consideración sobre la cláusula de NMF invocada como una supuesta base de jurisdicción alternativa- cuando, en el ordenamiento jurídico internacional, el consentimiento del Estado demandado al arbitraje internacional no es suficientemente certero, la jurisdicción no puede sino ser rechazada:

"Este principio deriva de la ausencia de un "default forum" (foro por defecto) para la presentación de reclamos en virtud del derecho internacional. Si bien la jurisdicción inherente o la división hermética de competencia sobre reclamos ante tribunales generales es una característica común de los sistemas judiciales nacionales, *la posición por defecto en virtud del derecho internacional público es la ausencia de un foro ante el cual presentar reclamos*. Así, la inexistencia de un foro ante el cual presentar reclamos sustantivos válidos es un estado de situación normal en la esfera internacional. Por lo tanto, una resolución de falta de jurisdicción no debería considerarse un defecto del esquema de un tratado que se contrapone a su objeto y fin al momento de establecer protección sustantiva para las inversiones" 284 (cursivas agregadas).

345. Por último, la regla derecho internacional público del consentimiento del Estado a la jurisdicción se aplica *ne varietur* en los procedimientos arbitrales internacionales del CIADI de arreglo de diferencias relativas a inversiones con inversores privados

²⁸³ Véase, por ejemplo, el Fallo de la CIJ del 1 de abril de 2011 en el Caso sobre la aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de toda Forma de Discriminación Racial (Georgia c. Federación Rusa), Excepciones preliminares, Informes de la CIJ de 2011 ("Aplicación de la CEDR") ²⁸⁴ ICS Inspection and Control Services (2012), supra nota 12, párr. 281.

extranjeros en lo que concierne a la determinación de la existencia y el alcance del consentimiento de los Estados participantes de esos procedimientos. Como se declara en el caso *Plama*: "Actualmente, el arbitraje es la vía generalmente aceptada para resolver las controversias entre los inversores y los Estados. No obstante, no excluye el prerrequisito básico del arbitraje: un acuerdo de las partes tendiente a someter una controversia a arbitraje. Es un principio bien establecido, tanto en el derecho nacional como en el derecho internacional, que dicho acuerdo debería ser claro e inequívoco" [Traducción del Árbitro].

(ii) El consentimiento del Estado a la jurisdicción debe ser voluntario, cierto e inequívoco, sea cual fuere la forma de su manifestación o el título o los fundamentos de jurisdicción invocados.

346. La jurisprudencia de la CIJ y la doctrina establecen que el consentimiento del Estado a la jurisdicción debe ser voluntario, cierto e inequívoco. Por lo tanto, es difícil entender la sorpresa de algunos comentaristas de las decisiones arbitrales y laudos del CIADI, al enfrentarse a este corolario no controvertido de la regla del consentimiento del Estado a la jurisdicción. Entretener dudas mediante una redacción defectuosa u otros medios no resulta útil para sostener la existencia de jurisdicción en el derecho internacional público, sino todo lo contrario.

347. La existencia de dudas acerca de la realidad o alcance del consentimiento de un Estado determinado favorece generalmente el rechazo de la jurisdiccón, no su asunción. Decisiones recientes de la CIJ han enriquecido su jurisprudencia sobre la cuestión, como el siguiente pasaje de la sentencia de 2006 de la Corte en el caso *Actividades Armadas en el Territorio del Congo (Nueva solicitud: 2002):*

"La Corte rescuerda su jurisprudencia, así como también la de su predecesora, la Corte Permanente de Justicia Internacional, sobre las formas que puede adoptar la expresión del consentimiento de las partes a la jurisdicción. Según dicha jurisprudencia, 'ni el Estatuto ni el Reglamento exige que este consentimiento deba expresarse de una forma particular' y 'no existe nada que impida que la aceptación de la jurisdicción se efectúe mediante dos actos separados y sucesivos, en lugar de en conjunto y con antelación, mediante un compromiso'[...] La actitud del Estado demandado, sin embargo, debe ser capaz de considerarse como 'una indicación inequívoca' del deseo de ese Estado de aceptar la jurisdicción de la Corte de una manera 'voluntaria e incuestionable'."²⁸⁶ [Traducción del Árbitro].

348. El requisito de que el consentimiento del Estado a la jurisdicción sea voluntario, cierto e inequívoco se aplica, en consecuencia, cualquiera que sea la forma adoptada por la expresión del consentimiento del Estado, el momento de su manifestación, la simultánea o sucesiva aceptación de la jurisdicción por las partes de la controversia, o la base escrita o no escrita de la jurisdicción invocada. Por ejemplo, en el Fallo de 2008 sobre Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal (Yibuti c. Francia), un caso de forum prorogatum, la CIJ -luego de recordar una vez más que su jurisdicción se

²⁸⁵ *Plama* (2005), *supra* nota 41, párr. 198.

²⁸⁶ Supra nota 280, pág. 18, párr. 21.

basa en el consentimiento de los Estados sujeta a las precondiciones expresadas en el mismo- declaró lo siguiente:

"El consentimiento que permite a la Corte asumir jurisdicción debe ser cierto. Es así, no más ni menos, cuando la jurisdicción se basa en *forum prorogatum*. Como la Corte ha explicado recientemente, *cualquiera que sea la base del consentimiento*, la actitud del Estado demandado debe "ser capaz de ser considerada como 'una indicación inequívoca' del deseo del Estado de aceptar la jurisdicción de la Corte de manera 'voluntaria e incuestionable'... Para que la Corte ejerza jurisdicción sobre la base del principio de *forum prorogatum*, el elemento del consentimiento debe ser expreso o debe poder deducirse claramente de la conducta pertinente de un Estado." *(énfasis en la tercera línea agregado)*.

349. El requisito de que el consentimiento del Estado a la jurisdicción deba ser voluntario, cierto e inequívoco se aplica de la misma manera en el arbitraje internacional, sea cual fuere el fundamento de la jurisdicción invocado o las diversas formas escritas de expresión del consentimiento del Estado a la jurisdicción de un tribunal arbitral internacional. Pero, como una proposición general la "estipulación de arbitraje" en el derecho internacional debe ser objeto de un instrumento escrito lo que excluye la posibilidad de invocar un *forum prorogatum* como fundamento de la jurisdicción en el arbitraje internacional ²⁸⁸.

350. En el sistema particular del CIADI, el Artículo 25(1) del Convenio establece que el consentimiento de las Partes de la controversia (el Estado receptor y el inversor privado extranjero) debe ser prestado por escrito al Centro, aúnque no establece ningún título o forma escrita particular de hacerlo. Por lo tanto, en todos los casos, se necesita que el consentimiento del Estado a la jurisdicción se haya expresado por escrito para que se establezca la jurisdicción del Centro y la competencia de los tribunales arbitrales del CIADI, y dicho consentimiento debe ser voluntario, cierto e inequívoco, sea cual fuere la forma o maneras de su manifestación. El requisito de voluntario, cierto e inequívoco se aplica sea cual fuere el título o fundamento de jurisdicción alegado por un inversor privado extranjero demandante, lo que incluye por supuesto las "ofertas de arbitraje" de los Estados Contratantes contenidas en la mayoría de las cláusulas de resolución de controversias de los TBI. Del mismo modo, dicho requisito se aplica para determinar la existencia y el alcance del consentimiento del Estado receptor a la jurisdicción cuando la "oferta de arbitraje" estaría, supuestamente, en una cláusula de la NMF de un TBI en lugar de en la disposición sobre resolución de controversias del TBI en cuestión.

351. Generalmente, las cláusulas de la NMF no operan como una alternativa jurisdiccional a la disposición sobre resolución de controversias del TBI. Sin embargo, puede ocurrir que, al prestar su consentimiento en un tratado dado, las Partes Contratantes de un TBI determinado deseen que la cláusula de la NMF se aplique efectivamente a las cuestiones jurisdiccionales. En dicha hipótesis, el texto de la cláusula de la NMF, o de la disposición sobre resolución de controversias o de alguna

²⁸⁷ Ibídem, Fallo, Informes de la CIJ de 2008, p. 204, párr. 62.

²⁸⁸ Preámbulo del *Modelo de reglas sobre procedimiento arbitral*, codificación realizada en 1958 por la CDI.

otra disposición del TBI en cuestión debería establecer lo convenido de manera explícita, clara e inequívoca.

352. En otras palabras, no es admisible invocar la cláusula de la NMF como un fundamento de jurisdicción alternativo al estipulado en la cláusula de resolución de controversias del mismo TBI para eludir el requisito de que el consentimiento del Estado a la jurisdicción debe ser cierto, inequívoco y voluntario. Por lo tanto, al igual que en el laudo *Salini c. Jordan*²⁸⁹, el tribunal de *Plama* hizo una correcta aplicación del requisito considerado al declarar que "una disposición de la NMF de un tratado básico no incorpora por remisión las disposiciones relativas a la resolución de diferencias establecidas total o parcialmente en otro tratado, *a menos que la disposición de la NMF del tratado básico no deje dudas de que las Partes Contratantes tuvieran intención de incorporarlas"*²⁹⁰(énfasis agregado).

353. Diversas decisiones arbitrales subsiguientes confirman dicha conclusión. Por ejemplo, el siguiente pasaje del laudo *Wintershall*:

"[...] Comúnmente, una cláusula de la NMF no operaría como un modo de reemplazar un medio de resolución de diferencias por otro. Es (presuntamente) por esto que los redactores del modelo de TBI del Reino Unido habían dispuesto —en el Artículo 3(1) — que 'para evitar toda duda, el trato de la NMF se aplicará a algunas disposiciones específicas del TBI, incluida la disposición relativa a la resolución de diferencias'. Ello se debe a que, comúnmente y sin más, la posibilidad de que un inversor seleccione a su arbitrio entre una amplia variedad de opciones dispuestas en otros tratados negociados con otras partes en diferentes circunstancias desplazase la disposición relativa a la resolución de diferencias del mismo tratado básico, a menos, naturalmente, que la cláusula de la NMF del tratado básico indique clara e inequívocamente que debe interpretarse de esa manera; lo que no sucede en el presente caso" 291.

(iii) La distinción entre disposiciones materiales o sustanivas, disposiciones sobre resolución de controversias y cláusulas finales en los tratados

354. Debe hacerse una distinción entre las disposiciones sustantivas de un tratado, sus disposiciones sobre resolución de controversias (si existieran) y las cláusulas finales. Las disposiciones sustantivas expresan los derechos y obligaciones materiales de los Estados parte en relación con el objeto del tratado. Las disposiciones sobre resolución de controversias enuncian los medios o procedimientos acordados por los Estados parte

.

²⁸⁹ Comose explicó en *Salini Costruttori S.p.A. y Italstrade S.p.A. c. Reino Hachemita de Jordania* (Caso CIADI No. ARB/02/13), Decisión sobre Jurisdicción (*Salini c. Jordan*), la cuestión de la aplicabilidad de la cláusula de la NMF en cuestión a la "administración de la justicia en lo que respecta a la protección por parte de los Tribunales de los derechos de las personas involucradas en el comercio y la navegación" [Traducción del Arbitro] en la decisión de la Comisión Internacional de Arbitraje en el caso *Ambatielos*, *supra* nota 93, se relacionaba con la aplicación por los tribunales británicos de las disposiciones sustantivas de los tratados entre el Reino Unido y otros países, y no con la aplicación de una cláusula convencional de resolución de controversias internacionales (párrs. 106 a 112 de la decisión). ²⁹⁰ *Plama. supra* nota 41. párr. 223.

²⁹¹ Wintershall, supra nota 9, párr. 167. En el mismo sentido: Véase Campbell McLachlan QC, Laurence Shore y Watthew, "International Investment Arbitration: Substantive Principles", Oxford University Press (2007), pág. 256.

para el arreglo de controversias futuras eventuales relacionadas con dichos derechos y obligaciones materiales. Las cláusulas finales se refieren al tratado *qua* instrumento (textos auténticos, firmas, ratificación, aceptación o aprobación, entrada en vigor, alcance de aplicación, enmiendas o modificaciones, denuncias, suspensión o terminación, registro, depositario, fecha y lugar de conclusión). Las reglas de estas tres categorías de disposiciones de tratados poseen una naturaleza jurídica diferente las unas de las otras y la regla del consentimiento del Estado a la jurisdicción juega en relación con el arbitraje internacional un papel primordial dentro de la segunda y la tercera de esas categorías.

355. La distinción anterior está reconocida en la la jurisprudencia establecida de la CIJ. Por ejemplo, en el Fallo del caso Timor Oriental, la Corte determinó que el carácter erga omnes de una norma y la regla de consentimiento a la jurisdicción son dos cosas diferentes y que el simple hecho de que los derechos y las obligaciones erga omnes pueden estar en disputa en el marco de una controversia no le otorga a la Corte jurisdicción para entender en dicha controversia²⁹². La sentencia de la Corte sobre jurisdicción y admisibilidad en el caso de las Actividades Armadas en el Territorio del Congo (Nueva solicitud: 2002) destaca, con respecto a la relación entre las normas imperativas del derecho internacional general (jus cogens) y el establecimiento de la jurisdicción de la Corte, que: "el hecho de que una controversia se relacione con el cumplimiento de una norma de tal carácter (jus cogens), lo que es indudablemente el caso en relación con la prohibición del genocidio, no puede en sí mismo proporcionar un fundamento para la jurisdicción de la Corte para entender en la controversia. En virtud del Estatuto de la Corte, la jurisdicción siempre se basa en el consentimiento de las partes" ²⁹³ [Traducción del Árbitro]. Si esto es así para las obligaciones *erga omnes* y las normas de jus cogens, también lo es evidentemente respecto de reglas dispositivas como las contenidas en los TBI.

356. De lo anterior se desprende que cuando una disposición sobre resolución de controversias en un tratado establece la jurisdicción de una corte o de un tribunal internacional determinados como medio de resolución de controversias, esa jurisdicción existe solo respecto de las partes del tratado y dentro de los límites de su consentimiento tal como se encuentra definido en la disposición sobre resolución de controversias en cuestión. La importancia o relevancia de los valores que se pretenden proteger mediante el tratado en cuestión y la naturaleza, carácter y/o alcance de las reglas sustantivas incluidas en él son irrelevantes para establecer una jurisdicción. La jurisprudencia de la CIJ también lo confirma. Por ejemplo, el Fallo en el caso de la *Interpretación* y *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro) (fondo) establece que:

"La jurisdicción de la Corte en este caso está basada exclusivamente en el artículo IX de la Convención [sobre Genocidio] [...] la Corte no tiene facultades para decidir sobre supuestos incumplimientos de otras obligaciones en virtud del derecho internacional, no equivalentes al genocidio, particularmente aquellas que protegen los derechos humanos en un conflicto armado. Esto es así, incluso si los supuestos incumplimientos son obligaciones en virtud de normas imperativas u

²⁹³ *Supra* nota 32, pág. 32, párr. 64.

²⁹² Supra nota 277, pág. 102, párr. 29.

obligaciones que protegen valores humanitarios esenciales y que podrían tener carácter erga omnes."²⁹⁴ (cursivas agregadas) [Traducción del Árbitro]

357. Sin duda, los valores protegidos por los TBI son importantes, pero no son verdaderamente más importantes que aquellos protegidos por las reglas enumeradas por la Corte en la cita anterior.

*

- 358. La primera conclusión general pertinente que se deduce de la jurisprudencia internacional mencionada de la CIJ es, por un lado, la necesidad de que los árbitros distingan los derechos y las obligaciones sustanivas otorgadas a los inversores de la otra Parte Contratante por el TBI Argentina-Italia de 1990 (disposiciones materiales) y, por el otro, las disposiciones sobre resolución de diferencias relativas a inversiones del TBI referidas a las controversias entre el Estado receptor de una inversión y el inversor privado nacional del otro Estado contratante. La importancia de las disposiciones sustantivas que establecen los estándares materiales de protección de las inversiones y los inversores privados extranjeros, o el valor atribuido por un árbitro para dicha protección al arbitraje internacional, son elementos que en el derecho internacional público no juegan ningún papel en la operación jurídica de determinar (mediante la interpretación de la disposición sobre resolución de controversias) la existencia o inexistencia de jurisdicción o, en la primera hipótesis, la amplitud del alcance de la jurisdicción arbitral aceptada por Argentina e Italia en la "oferta permanente de arbitraje internacional" hecha a los inversores privados nacionales de la otra Parte Contratante en la disposición sobre resolución de controversias del TBI.
- 359. La necesidad de destacar en el presente contexto la distinción entre las disposiciones de *protección material* y las disposiciones de *resolución de controversias* se explica por el hecho de que en la confusión entre estas dos categorías de disposiciones de los tratados se encuentra la raíz de las confusas conclusiones jurisdiccionales, que pueden encontrarse en varias decisiones arbitrales del CIADI y de otras instancias arbitrales en materia de jurisdicción y admisibilidad en controversias relativas a inversiones, particularmente en aquellas que involucran la cuestión del establecimiento de la jurisdicción y competencia a través de la operación de la cláusula de la NMF del TBI en cuestión.
- 360. Algunos excesos a este respecto han ocasionado pronunciamientos como el siguiente del laudo sobre excepciones preliminares de 2009 en el caso *Quasar de Valors* (Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo):

"El artículo 31 [de la CVDT] debe considerarse con cuidado y disciplina para que no se vuelva un documento constantemente alterado por la proyección de suposiciones subjetivas. Por ejemplo, no obliga a que todas las dudas textuales sean resueltas en favor de los inversores. La promoción a largo plazo de las inversiones parece mejor garantizada por un régimen adecuadamente equilibrado, en lugar de uno que vaya tan lejos que provoque que el péndulo se vuelva en la otra dirección." ²⁹⁵ (cursivas agregadas) [Traducción del Árbitro].

²⁹⁴ Informes de la CIJ de 2007, pág. 104, párr. 147.

²⁹⁵ Quasar de Valors, supra nota 11, párr. 55.

361. De conformidad con el Informe de los Directores Ejecutivos²⁹⁶, Aron Broches en su conferencia de 1972 en la Academia de Derecho Internacional de La Haya, luego de recordar que la caracterización del Convenio del CIADI de 1965 como un instrumento para la protección de inversiones privadas extranjeras es unilateral y demasiado estrecha, afirmó lo siguiente:

"Al igual que el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, el Convenio del CIADI no impone obligación alguna sobre los Estados Contratantes de someter ninguna controversia específica a la jurisdicción del Centro en ausencia de consentimiento, y este hecho está expresamente recogido en el Preámbulo. El Preámbulo también aclara que no es la finalidad del Convenio, o las expectativas de los Estados Contratantes, que todas las cuestiones que afecten a las inversiones privadas sean removidas de la jurisdicción nacional. El Preámbulo reconoce que dichas controversias normalmente estarían sujetas a los procesos judiciales nacionales, pero que los métodos internacionales de resolución podrían ser adecuados en ciertos casos. Con respecto a esto, podría agregarse que mientras que el Artículo 26 del Convenio establece que el consentimiento al arbitraje conforme al Convenio, salvo estipulación en contrario, se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso, ese Artículo reconoce también expresamente el derecho de un Estado Contratante para exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento", (cursivas y subrayado agregado) [Traducción del Árbitro].

362. Por lo tanto, el noble propósito de la protección de los inversores extranjeros no es el solo "objeto y fin" del Convenio del CIADI y de los TBI. Estos instrumentos son tratados, es decir, instrumentos internacionales regidos por el derecho internacional público y, como tales, la intención de los Estados contratantes, que son parte de dichos instrumentos, tal como se manifiesta en el texto, o pueda inferirse necesariamente del mismo debe ser respetada por todos los interesados, árbitros inclusive (pacta sunt servanda). La protección de las inversiones y los inversores extranjeros es indudablemente uno de los objetivos del sistema del CIADI, pero ésto no autoriza a los árbitros a interpretar las disposiciones del Convenio del CIADI o de un determinado TBI de manera que ignore las intenciones de los Estados parte manifestadas en el texto, o necesariamente inferidas del mismo, y/o interpretar el texto ignorando los elementos interpretativos enunciados en el artículo 31(1) de la CVDT: buena fe, sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del texto, el contexto de estos términos y el objeto y fin del tratado en cuestión.

363. La invocación de la protección de las inversiones o los inversores privados extranjeros no constituye una justificación en derecho para realizar interpretaciones de las disposiciones jurisdiccionales del Convenio del CIADI o de un TBI de manera más liberal o estricta que en el supuesto de cualquier otro tipo de disposición de un tratado. Todas las disposiciones de un tratado (las jurisdiccionales y las cláusulas de la NMF inclusive) que necesitan interpretarse deben ser interpretadas a través de la aplicación de las reglas de interpretación codificadas en los artículos 31, 32 y 33 de la CVDT, las cuales son reglas obligatorias del derecho internacional de aplicación general para la

²⁹⁶ Informe de los Directores Ejecutivos, párr. 13.

²⁹⁷ Aron Broches, *The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and nationals of other States, Recueil des Cours* (1972), II, tomo 136, pág. 349.

interpretación de cualquier tratado o disposición de un tratado (no solo axiomas, directivas o guías) y, como tales, vinculantes para las partes de la controversia y los árbitros por igual. Por lo tanto, concuerdo con la visión predominante de que las disposiciones sobre resolución de controversias, como también las cláusulas de la NMF, de los TBI no deben interpretarse y aplicarse ni de manera liberal ni restrictiva, sino de conformidad con las mencionadas reglas de la CVDT.

364. Además, la interpretación también debería tomar en consideración los compromisos que de manera razonable y legítima puedan considerarse asumidos por las partes al concluir el tratado, como por ejemplo en relación con el principio de contemporaneidad y el principio de efectividad (effect utile). Estos principios están controlados dentro de la regla general de interpretación de los tratados (artículo 31 de la CVDT) por el principio de buena fe y el objeto y fin del tratado. Comparto en consecuencia las observaciones realizadas por el tribunal arbitral del caso Amco Asia c. Indonesia en su decisión sobre jurisdicción de 1987:

"[...] (a) ningún convenio arbitral debe interpretarse en forma restrictiva, ni, como cuestión de hecho, de manera *amplia* o *liberal*. Debe interpretarse en el sentido de averiguar y respetar la voluntad común de las partes; semejante método de interpretación no es más que la aplicación del principio fundamental de *pacta sunt servanda*, principio común, en efecto, a todos los sistemas de derecho interno y de derecho internacional.

"Además -y éste es, de nuevo, un principio general de derecho -toda convención, incluyendo las convenciones para arbitrar, deben ser interpretadas de buena fe ésto es tomando en cuenta las consecuencias de las obligaciones que puede considerarse que las partes previeron razonable y legítimamente". (cursivas agregadas en el segundo párrafo) ²⁹⁸.

365. Por lo tanto, no creo que la distinción básica en la cuestión que se está considerando sea entre las líneas de interpretación de *Maffezini, Siemens* y similares, y *Plama, Wintershall* y similares (sobre, por ejemplo, la interpretación de las cláusulas de la NMF en los TBI) gire en torno a la existencia o inexistencia de cualquier regla pretendida de interpretación restrictiva o liberal. Para el autor de la presente Opinión, cualquier afirmación *a priori* de la existencia de una regla general de interpretación restrictiva o liberal de los tratados entraría en conflicto con la CVDT y el derecho consuetudinario internacional contemporáneo. Como se mencionó anteriormente, cualquier disposición de un tratado que necesite interpretarse debe serlo mediante la aplicación correcta de las reglas de interpretación contempladas en los artículos 31 a 33 de la Convención de Viena en cada circunstancia y, por lo tanto, independientemente de que el resultado de la interpretación, resultante de la aplicación de las mencionadas reglas de la CVDT sea considerado, *a posteriori*, amplio o restrictivo en relación a las reclamaciones, expectativas o posiciones de cualquiera de las partes de la controversia o a la luz de los valores subjetivos o escuelas jurídicas de los árbitros.

²⁹⁸ Amco Asia Corporation y otros c. República de Indonesia (Caso CIADI No. ARB/81/1), Decisión sobre Jurisdicción de 25 de Septiembre de 1983 ("Amco Asia"), párr. 14(i).

(iv) El alcance de la aplicación de las cláusulas de la NMF redactadas de forma general y el principio ejusdem generis

366. En cuanto a la aplicación de las cláusulas de la NMF en el ámbito jurisdiccional, la extensión del alcance de aquellas redactadas de forma general" a las cuestiones de resolución de controversias sobre la base de un supuesto consentimiento alegado o presuponiendo la necesidad de una exclusión expresa de la propia cláusula, o de otros alegatos que no tengan en cuenta la distinción anterior entre las disposiciones sustantivas y las disposiciones de resolución de controversias, equivaldría a pasar por alto la regla primordial de derecho internacional del consentimiento del Estado a la jurisdicción, según lo define la jurisprudencia y la doctrina internacionales. De esta manera, aquellos que promueven la extensión del alcance de aplicación de las "cláusulas de la NMF redactadas de forma general" en los TBI a la resolución de controversias deberían proporcionar una explicación jurídica razonable acerca de cómo este fenómeno puede tener lugar en la práctica sin dejar de lado dicha regla primordial. La necesidad de dicha explicación fue correctamente señalada por el Profesor Zachary Douglas en el siguiente pasaje:

"El punto fundamental es que el tratamiento más favorable otorgado en un tercer tratado debe reclamarse *a través* de la cláusula de la NMF en el tratado básico. Así es como funciona la cláusula de la NMF. No opera para enmendar o suplantar el texto del tratado básico" [Traducción del Árbitro].

367. Hasta *Maffezini* (2000), se admitía en las decisiones arbitrales sobre inversiones que los derechos y los medios para protegerlos eran dos "criaturas jurídicas" diferentes, para utilizar la imagen de la Profesora Brigitte Stern en su opinión concurrente y disidente en el laudo *Impregilo c. República Argentina*³⁰⁰. Ésta continúa siendo la situación, como se recoge en la jurisprudencia de la CIJ, en la doctrina del derecho internacional público y en numerosas decisiones arbitrales sobre diferencias relativas a inversiones. No podía ser deotra manera, ya que la distinción es inherente a principios sistémicos básicos del ordenamiento jurídico internacional vigente. Las convicciones subjetivas en contrario merecen respeto, pero por definición no pueden modificar el ordenamiento jurídico e incluso podrían ser un obstáculo para su desarrollo progresivo.

368. Es por este motivo que no comparto, en su literalidad, proposiciones tales como: los arreglos relativos a la solución de controversias están inseparablemente vinculados con la protección material o sustantiva (*Maffezini*,) o parte del trato a las inversiones extranjeras y a los inversores (*Siemens*), o parte integrante del régimen de protección de las inversiones (*Suez*), o un incentivo y un mecanismo de protección importante para los inversores extranjeros (*Gas Natural*), etc. De esta manera, el error de *Maffezini* en la interpretación de un pasaje ampliamente conocido de *Ambatielos II* se fue extendiendo más allá de mismo *Maffezini* por decisiones subsiguientes que ignoraban por completo las "consideraciones de política pública" (*public policy*) y otras salvedades de *Maffezini*. Por ejemplo, la conclusión de que el requisito en un TBI de la sumisión de la controversia a los tribunales locales durante un plazo señalado de dieciocho meses,

³⁰⁰ Opinión concurrente y disidente de Brigitte Stern en *Impregilo c. República Argentina*, *supra* nota 40, párr. 31.

127

²⁹⁹ Zachary Douglas, "The MFN clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation Off the Rails", *Journal of International Law Dispute Settlement*, Vol. 2, N° 1 (2011), pág. 106.

antes de poderla someter al arbitraje internacional, es un auténtico requisito jurisdiccional y que, por ende, limita el alcance del consentimiento al arbitraje del Estado receptor de la inversión. En todo caso, el arbitraje del CIADI relativo a inversiones no es un sistema de precedentes obligatorios y, hoy en día, varias decisiones y opiniones arbitrales han restablecido el alcance de la aplicación de las cláusulas de la NMF redactadas en forma general en controversias relativas a inversiones de conformidad con lo que prescribe el derecho internacional público.

369. En última instancia, como explica la Profesora Brigitte Stern: "[...] la razón principal por la que una cláusula NMF no puede aplicarse a la resolución de controversias está intimamente ligada a la esencia del derecho internacional"³⁰¹. Una conclusión que se encuentra en la raíz misma de otros laudos y decisiones de tribunales arbitrales sobre diferencias relativas a inversiones, como por ejemplo, Salini c. Jordan (2004), Plama (2005), Telenor (2006), Berchader (2006), Wintershall (2008), Tza Yap Shum (2009) y, recientemente, ICS Inspection and Control Services (2012) y Daimler Financial Services (2012). No hay necesidad, sin embargo, de ahondar aquí en los detalles sobre estas decisiones dadas las circunstancias del presente caso (véase más adelante). Por otra parte, la cuestión de la extensión de la aplicación de las cláusulas de la NMF a las disposiciones de resolución de controversias ha sido, en los últimos tiempos, examinada ampliamente y de manera incontrovertible por las decisiones sobre jurisdicción de los tribunales de los casos Inspection and Control Service (párrs. 274 a 325) y Daimler (párrs. 160 a 278) con respecto a los TBI Reino Unido-Argentina y Alemania-Argentina respectivamente. También lo ha efectuado Brigitte Stern en su opinión concurrente y disidente en el caso Impregilo c. Argentina (con relación al TBI Argentina-Italia) y J. Christopher Thomas en su opinión separada y disidente en el caso Hochtief c. Argentina (con relación al TBI Argentina-Alemania). Comparto en general el razonamiento y las conclusiones de dichas contribuciones arbitrales recientes en lo que concierne a la aplicación de las cláusulas de la NMF a las disposiciones sobre resolución de controversias relativas a las inversiones.

370. En virtud de la regla del consentimiento del Estado a la jurisdicción de los tribunales internacionales, que es una regla de derecho internacional público, existe una dicotomía evidente entre los derechos de fondo y los derechos procesales con los que se pretende proteger esos derechos de fondo. Dicha dicotomía excluye la posibilidad de una relación *ejusdem generis* entre esos dos grupos de derechos al no existir entre ambos la "*identidad sustancial*" requerida. El principio *ejusdem generis* que regula la operación de las cláusulas de la NMF en las relaciones internacionales toma en consideración dicha dicotomía en la definición del alcance de la aplicación de las cláusulas de la NMF redactadas en forma general, así como también en relación con la distinción entre las disposiciones sustantivas y las cláusulas finales de un tratado. Sin embargo, en cuanto a esta última relación, no existen, aparentemente, decisiones arbitrales que extiendan la aplicación de una cláusula de la NMF redactada de forma general al campo de las cláusulas finales de otros TBI, a pesar de que, en ciertas ocasiones, puede decirse que dicha extensión mejoraría la protección de los derechos de fondo de un inversor.

371. La situación era similar con respecto a la extensión de la aplicación de ese tipo de cláusula de la NMF a las disposiciones de resolución de controversias, hasta que

 $^{^{301}}$ *Ibídem*, párr. 16 de la Opinión concurrente y disidente.

Maffezini interpretó la expresión "administración de justicia" de la Comisión Internacional de Arbitraje de Ambatielos como referida a la aplicación de una disposición de resolución de controversias internacionales en lugar de a la aplicación a las disposiciones de protección sustantiva en los tratados entre el Reino Unido y otros países. Dichos mecanismos de protección sustantiva incluían, en el caso, el derecho de acceso a los tribunales nacionales del Reino Unido 302. Debe agregarse que, cuando en el contexto de cláusula de la NMF, la expresión "administración de justicia" se utiliza sin más preámbulos ésta remite generalmente a la administración de la justicia nacional. Por ejemplo: el acceso a tribunales nacionales, el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras, la cobertura por costas, la caución por el monto de lo juzgado, asistencia jurídica entre Estados, etc. Esto parece ser el sentido corriente de la expresión cuando se la utiliza en el contexto indicado 303.

372. La CDI en los párrafos 10 y 11 de su comentario a los artículos 9 y 10 del proyecto de artículos sobre la cláusula de la nación más favorecida declaró acertadamente lo siguiente:

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

"(11) El sistema del trato de la nación más favorecida consiste en hacer extensivas las disposiciones de un tratado por medio de las disposiciones de otro. A menos que este sistema se limite estrictamente a casos en que existe una gran identidad entre las materias objeto de las dos series de cláusulas en juego, puede suceder en alguna ocasión que se impongan al Estado concedente obligaciones que nunca tuvo la intención de asumir. De este modo, la norma se desprende claramente de los principios generales de interpretación de los tratados. Los Estados no pueden considerarse ligados por algo que exceda de las obligaciones que han contraído" 304.

373. Por lo tanto, una "cláusula de la NMF redactada de forma general" no puede operar cuando no exista una "identidad sustancial" entre el objeto de las reglas en cuestión. Una cosa es otorgar al inversor el tratamiento de la nación más favorecida en derechos materiales y otra cosa es utilizar la cláusula de la NMF para evitar una condición o limitación contenida en las disposiciones de resolución de controversias del mismo TBI. Proceder de otra manera significaría desconocer no solo el principio del "effect utile" de la resolución de controversias en la interpretación, sino también, y fundamentalmente, la regla de derecho internacional del consentimiento del Estado a la jurisdicción. El motivo es que los "derechos jurisdiccionales" como, por ejemplo, el acceso al arbitraje internacional para resolver una determinada diferencia relativa a inversiones requieren el cumplimiento previo por los inversores privados -como ordena la regla del consentimiento del Estado a la jurisdicción- de las precondiciones o requisitos que

Andre Ustor, "Most-Favoured-Nation Clause", en *Encyclopedia of Public International Law*, Max Planck Institute, Vol. 8 (1985), pág. 411.

³⁰² Salini c. Jordan, Decisión sobre Jurisdicción, supra nota 289, párrs. 107 a 112.

³⁰⁴ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1978, Vol. II, Segunda Parte, pág. 30.

califiquen dicho derecho de acceso tal como lo hayan establecido los Estados Contratantes en las disposiciones sobre la de resolución de controversias entre el Estado reeptor y un inversor del TBI en cuestión. Es así porque como establece la jurisprudencia de la CIJ, dichas condiciones o requisitos *limitan el alcance del consentimiento del Estado receptor al arbitraje internacional* otorgado por adelantado, bajo la forma de una "oferta" incluida en las disposiciones sobre resolución de controversias del TBI.

374. Existen diferencias jurídicas de grado y de naturaleza entre los "derechos de fondo" y el "trato sustantivo", por un lado, y los "derechos jurisdiccionales" y el "trato jurisdiccional" por el otro. La naturaleza de esas diferencias se manifiesta en el hecho de que los "derechos jurisdiccionales" y el "trato jurisdiccional" requieren el cumplemiento previo -en virtud de la regla sistémica del consentimiento del Estado a la jurisdicción- de las precondiciones o requisitos *ratione voluntatis* convenidos por las Partes Contratantes a su *oferta permanente de arbitraje internacional*. Las condiciones que califican el acceso a los derechos de fondo de los TBI y las condiciones que califican el acceso al arbitraje internacional y otros medios internacionales de resolución de controversias de los TBI carecen, por lo tanto, de la *identidad sustancial* necesaria para que pueda operar entre ellas una cláusula de la NMF redactada de forma general ³⁰⁵.

375. La existencia de una obligación de derecho internacional para cumplir las precondiciones o requisitos jurisdiccionales definidos por los Estados Contratantes en los TBI, antes de que el inversor privado tenga la posibilidad incluso, de acceder al arbitraje internacional de la oferta (consecuencia de la interposición de la regla del consentimiento del Estado a la jurisdicción), explica que, en derecho internacional, es injustificable insistir en la proposición de la existencia de una relación *ejusdem generis* entre la "protección sustantiva" y "los medios para hacer efectiva dicha protección", como subrayó correctamente J. Christopher Thomas³⁰⁶. El beneficiario de una cláusula de la NMF no puede reclamar más derechos que aquellos que caen dentro del alcance de la cláusula de la NMF definida por los Estados Contratantes en el TBI. Andre Ustor, el ex-Relator Especial de la CDI sobre el tema, escribió al respecto lo siguiente:

"El Estado beneficiario [el inversor en el presente caso] solo puede reclamar los derechos que pertenecen al objeto de la cláusula, que se encuadran dentro de los límites temporales y otras precondiciones o restricciones establecidas por el acuerdo y que lo son respecto de las personas o cosas especificadas en la cláusula o implicitas por su objeto." Traducción del Árbitro].

*

376. Las consideraciones antedichas se aplican, como ya se mencionó, a las "cláusulas de la NMF redactadas de forma general" cuya interpretación no puede hacerse de manera aislada, es decir, sin considerar el *contexto* representado por el texto de la disposición de resolución de controversias y del TBI en cuestión en su totalidad, como

³⁰⁵ Opinión concurrente y disidente de Brigitte Stern en *Impregilo c. República Argentina, supra* nota 300, párr. 44 y ss.

³⁰⁶ J. Christopher Thomas, Opinión separada y disidente de la Decisión sobre Jurisdicción del 4 de octubre de 2004 del caso *Hochtief Aktiengesellschaft c.República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/07/31) párr. 81 y nota al pie 52 de la opinión.

Andre Ustor, "Most-Favoured-Nation Clause", *supra* nota 303, pág. 415.

establece la CVDT. La situación sería claramente diferente si la cláusula de la NMF (o para el caso, la disposición de resolución de controversias u otra disposición del TBI) estableciera expresamente de una manera cierta e inequívoca que el tratamiento de la NMF de la cláusula en el TBI básico importa, o pretende importar, una disposición de resolución de controversias mediante arbitraje de otro tratado considerada más favorable.

377. En esta última hipótesis, el intérprete debe dar efecto a la intención común de las Partes Contratantes manifestada en el TBI porque "debe presumirse que el texto es la expresión auténtica de la intención de las partes" y, en particular, porque en tal caso los requisitos de la regla del consentimiento del Estado a la jurisdicción se han cumplido mediante el procedimiento de incorporar expresamente en el TBI el consentimiento mutuo de los Estados Contratantes para extender el alcance operativo de la cláusula de la NMF del TBI en cuestión, en sus relaciones mútuas, a las cuestiones relativas a la resolución de controversias. Como se estabece en la decisión *Plama*:

"...una disposición de la NMF de un tratado básico no incorpora por remisión las disposiciones relativas a la resolución de diferencias establecidas total o parcialmente en otro tratado, a menos que la disposición de la NMF del tratado básico no deje dudas de que las Partes Contratantes tuvieran intención de incorporarlas"³⁰⁹ (énfasis agregado).

(v) Como titulares de un derecho secundario, los inversores privados extranjeros tienen acceso al arbitraje internacional solo mediante la aceptación de la "oferta permanente de arbitraje" con los términos, las precondiciones generales y los requisitos previos formulados por los Estados Contratantes del TBI

378. Como se explicó anteriormente, cada Estado Contratante otorga por adelantado en el TBI su consentimiento a los efectos de que las diferencias relativas a inversiones con un inversor privado nacional protegido del otro Estado Contratante sean sometidas a arbitraje internacional bajo la forma de una oferta permanente expresada por escrito, como requiere el Artículo 25(1) del Convenio del CIADI. Por lo tanto, los términos, las condiciones y el alcance del consentimiento del Estado receptor parte en una controversia relativa a inversiones debe buscarse en la disposición sobre resolución de controversias del TBI correspondiente. Los inversores privados extranjeros tienen derecho, por lo tanto, a invocar dicho consentimiento al arbitraje internacional del Estado receptor, como se defina y delimite por la mencionada disposición sobre resolución de controversias, pero no puede alegar un consentimiento del Estado receptor diferente o más amplio.

379. El inversor privado no puede mediante su acto de aceptación de la oferta permanente, o de alguna otra manera, modificar los términos o el alcance del "arbitraje internacional" respecto del cual los Estados Contratantes prestaron su consentimiento en la oferta incluida en la disposición sobre resolución de controversias del TBI. La aceptación escrita del inversor privado extranjero no puede, por lo tanto, presentarse con

United Nations Publication on the Law of Treaties, supra nota 175, pág. 40, párr. 11 (pag. 43 de la versión en español de la publicación). ³⁰⁹ *Plama*, *supra* nota 41, párr. 223.

reservas o salvedades de ningún tipo con respecto a la existencia o al alcance del consentimiento al arbitraje contenido en la "oferta permanente" del Estado receptor. Al contrario, para que sea jurídicamente eficaz, la aceptación del inversor debe considerarse que se corresponde con los términos y el alcance de la oferta permanente de arbitraje internacional que hayan definido los Estados Contratantes en el TBI. Proceder de otra manera sería contraproducente para el inversor porque impediría que los respectivos consentimientos de las partes en la controversia coincidan entre sí, de manera tal que el compromiso de recurrir al arbitraje (convención de arbitraje) asumido por ellas se conforme y quede debidamente concluido. Como se ha mencionado en el Capítulo II (2) de esta Opinión, la jurisdicción de un tribunal de arbitraje depende de la existencia de un acuerdo de arbitraje entre las partes de la controversia. Esta necesidad es una precondición sine qua non para cualquier arbitraje internacional, como explica J. Christopher Thomas en su Opinión separada y disidente de Hochtief c. Argentina³¹⁰, donde señaló, entre otras cosas, que "[a]ntes de que se emitiera el laudo del caso Maffezini era evidente que la oferta y la aceptación debían coincidir, 311.

380. Sin un compromiso arbitral obligatorio asumido mutuamente y ejecutado correctamente, el inversor, como titular secundario de derechos en virtud del TBI en cuestión, habría sido privado del derecho de tener acceso al CIADI por su propia conducta y, como consecuencia, de la posibilidad de que la diferencia relativa a inversiones sea adjudicada por un tribunal de arbitraje del CIADI. Por lo tanto, resulta en interés del inversor el cumplimiento de los términos y el alcance de la "oferta permanente" de arbitraje internacional efectuada por el Estado receptor en el TBI en cuestión, mediante el cumplimiento de las precondiciones o prerrequisitos que los Estados Contratantes acordaron en él. Los intentos unilaterales de eludir, modificar o alterar cualquier aspecto de los términos y el alcance del consentimiento del Estado receptor al arbitraje internacional, como se define y delimita en la mencionada oferta, se sitúan más allá, en derecho internacional público, del alcance de *terceros* quienes, como es el caso de los inversores, solamente son titulares de derechos secundarios en su favor enunciados en un tratado, un TBI en el presente caso.

381. Estas conclusiones generales están basadas no solo en el principio primordial de derecho internacional de la jurisdicción consensual de las cortes y los tribunales internacionales, sino también en el derecho de los tratados. Como recordó el tribunal del caso *Wintershall*, de conformidad con el derecho de los tratados, al ejercer un derecho previsto en un tratado para terceros, el "tercero beneficiario del derecho" en virtud del tratado, como los inversores, "debe cumplir las condiciones que para el ejercicio del derecho estén previstas en el tratado o se establezcan conforme al tratado" en el preseste caso, las precondiciones y requisitos establecidos en el Artículo 8 del TBI Argentina-Italia de 1990.

382. Las decisiones arbitrales y la doctrina han subrayado que las "ofertas permanentes de arbitraje" de los Estados Contratantes en los TBI son por naturaleza "ofertas tómelo

³¹⁰ Supra nota 306, párrs. 14 a 27 de la opinión disidente.

³¹¹ *Ibídem.* párr. 20 de la opinión disidente.

Wintershall, supra nota 9, párr. 114. En el contexto análogo de los tratados que estipulan derechos para terceros Estados, el artículo 36(2) de la CVDT dispone que: "Un Estado que ejerza un derecho con arreglo al párrafo 1 deberá cumplir las condiciones que para su ejercicio estén prescritas en el tratado o se establezcan conforme a éste".

o déjelo" en relación con los inversores privados extranjeros beneficiarios. Por ejemplo, el laudo sobre jurisdicción del caso *ICS Inspection and Control Services c. República Argentina* declaró al respecto lo siguiente:

"Al momento de iniciar la resolución de la controversia en virtud del tratado, el inversor solo puede aceptar o rechazar la oferta de arbitraje, pero no puede modificar sus términos. El inversor, independientemente de las circunstancias particulares que lo afectan o su creencia en la utilidad o equidad de las condiciones adjuntas a la oferta del Estado receptor, debe, sin embargo, prestar consentimiento a la aplicación de los términos y condiciones de la oferta realizada por el Estado receptor, caso contrario no puede haber acuerdo para arbitrar. A diferencia de una disposición de resolución de controversias en un contrato de concesión entre un inversor y un Estado receptor donde los eventos o circunstancias ulteriores que surjan pueden ser tomados en cuenta a fin de determinar el efecto que se le debe asignar a los términos negociados con anterioridad, el tratado de inversión presenta una situación de "tómelo o déjelo" en tanto ya se conocen las circunstancias de la controversia y del inversor. Este punto es igualmente relevante en el contexto de jurisdicción fundada en la cláusula de NMF [...]" (énfasis agregado).

383. Por lo tanto, para gozar del derecho de acceso al arbitraje internacional, contemplado en un determinado TBI, el inversor privado extranjero en calidad de tercero respecto del BIT deberá cumplir con las condiciones para el ejercicio de dicho derecho establecidas en la disposición sobre resolución de controversias del TBI en cuestión, según se establece tanto en el derecho de los tratados como en la regla del consentimiento del Estado a la jurisdicción del derecho internacional general, para la cual esas condiciones operan como limites al alcance del consentimiento mismo. Esta es la jurisprudencia establecida de la CIJ. Por ejemplo, en la sentencia del caso Actividades Armadas en el Territorio del Congo (Nueva Solicitud: 2002) (República Democrática del Congo c. Ruanda), la Corte declaró lo siguiente:

"[La] jurisdicción [de la Corte] está basada en el consentimiento de las partes y está confinada en la medida en que sea aceptada por ellas [...] Cuando ese consentimiento es expresado en una cláusula compromisoria de un acuerdo internacional, cualquier condición a la cual ese consentimiento esté sujeto debe ser consideraa como constitutiva de los límites del mismo." (énfasis agregado) [Traducción del Árbitro].

(vi) Inaplicabilidad de las normas derecho internacional consuetudinario sobre el previo agotamiento de los recursos internos y la protección diplomática al presente caso

384. Al suscribir el Convenio del CIADI o con posterioridad, ni Argentina ni Italia requirieron el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje respectivo conforme a este Convenio, tal como lo permite su Artículo 26³¹⁵. En 1990, las Partes no incorporaron tampóco al TBI una versión convencional *inter se* de dicha norma del derecho internacional

.

³¹³ ICS Inspection and Control Services, supra nota 12, párr. 272.

³¹⁴ *Supra* nota 208, pág. 39, párr. 88.

No se circuló información alguna en contrario al Secretariado del CIADI. o al Tribunal por las Partes.

consuetudinario. Pero Argentina e Italia, al suscribir el TBI, no convinieron en el mismo una "oferta permanente" de arbitraje internacional a los inversores sin reservas.

385. Ambos países confinaron sus consentimientos respectivos al arbitraje internacional dentro de ciertas precondiciones jurisdiccionales que los inversores protegidos deben cumplir antes de acceder al arbitraje internacional. Sin embargo, ninguna de ellas (consultas amistosas previas, seguidas de litigaión durante 18 meses ante los tribunales internos del Estado receptor) equivale a un prerrequisito de agotamiento de las vías administrativas o judiciales internas. Son *precondiciones convencionales* acordadas libremente entre Argentina e Italia, que limitan la extensión sus consentimientos respectivos al arbitraje internacional prestado por los dos países en la "oferta" del TBI. Las reglas de derecho internacional sobre la protección diplomática también son ajenas a la presente fase concerniente a las excepciones preliminares planteadas por la Demandada y expresamente excluidas de la misma por el Artículo 27(1) del Convenio CIADI dado que el Tribunal aún no ha dictado laudo alguno.

386. El recordatorio anterior es no obstante necesario porque la Decisión de la Mayoría basó su conclusión sobre el prerrequisito de litigar durante 18 meses ante los tribunales locales en <u>un</u> umbral de la excepción de inefectividad *de lege ferenda* enunciado en el artículo 15(a) del Proyecto de Artículos sobre la Protección Diplomática de la CDI de 2006³¹⁶. Dicho Proyecto de Artículos permanece, desde ese entonces, dentro del marco de Asamblea General de las Naciones Unidas a la espera de la adopción de una decisión a la luz de los comentarios y observaciones de los Gobiernos. En estas circunstancias, considero que el recurso por la Decisión de la Mayoría a dicho umbral, como si se tratase de derecho internacional positivo aplicable a las relaciones entre Argentina e Italia, no solo está fuera de lugar, sino que también conforma un injustificable ejercicio *ultra vires* por la Mayoría de la *Kompetenz-Kompetenz* conferida al Tribunal por el Artículo 41 del Convenio del CIADI. Una opinión confirmada por el Artículo 17 de dicho Proyecto de Artículos de 2006 que dispone lo siguiente:

"El presente proyecto de artículos no se aplica en la medida en que sea incompatible con normas especiales de derecho internacional, tales como disposiciones de tratados relativas a la protección de las inversiones" ³¹⁷.

³¹⁶ Decisión de la Mayoría, párrs. 608 a 611.

El Proyecto de Artículos sobre la Protección Diplomática de la CDI de 2006, con comentarios, se encuentra en los *Documentos Oficiales de la Asamblea General*, 61° período de sesiones, Suplemento N.° 10 (A/61/10). En 2010, la Asamblea General decidió incluir en la agenda provisional del sexagésimo octavo período de sesiones (2013) un punto denominado "Protección Diplomática" y, dentro del marco de un grupo de trabajo de la Sexta Comisión, examinar - a la luz de los comentarios de los Gobiernos, así como también las opiniones expresadas en los debates sostenidos en los sexagésimo segundo y sexagésimo quinto períodos de sesiones de la Asamblea General - con más detalle la cuestión de la elaboración de una convención sobre protección diplomática, o cualquier otra acción adecuada, sobre la base de los artículos y, también, identificar cualquier opinión diferente sobre los artículos (véase: Comisión de Derecho Internacional, Guía Analítica: Protección Diplomática, Resultado Final, disponible en: http://untreaty.un.org/ilc/guide/9_8.htm, última actualización: 19 de enero de 2012).

(b) El alcance del consentimiento de la Demandada al arbitraje internacional prestado en la "oferta permanente de arbitraje" del Artículo 8 del TBI Argentina-Italia de 1990

(i) El consentimiento de la Demandada al arbitraje internacional dentro del sistema de resolución de diferencias del TBI

387. La "oferta" de arbitraje internacional de Argentina a los inversores privados italianos en su territorio se encuentra en el Artículo 8(3) del TBI Argentina-Italia de 1990. En esta "oferta" Argentina presta su consentimiento irrevocable por adelantado para que las diferencias relativas a inversiones con inversores privados italianos protegidos sean sometidas a arbitraje internacional. Sin embargo, la "oferta" está lejos de ser una oferta de arbitraje internacional sin restricciones, ya que está sujeta a ciertos prerrequisitos y condiciones previas. Los inversores privados italianos deben cumplir con esas condiciones y requisitos previos para tener acceso al arbitraje internacional. No poseen un irrestricto derecho unilateral para acceder al arbitraje internacional frente a la Demandada.

388. Con respecto a las condiciones previas generales, se destacan dos de ellas, a saber: (i) que el consentimiento al arbitraje internacional es prestado por Argentina "a ese fin, y de conformidad con los términos de este Acuerdo" es decir del TBI (Artículo 8(3), párrafo segundo del TBI Argentina-Italia) y (ii) que Argentina presta dicho consentimiento para "toda controversia relativa a las inversiones que surja" entre ella y un inversor privado italiano protegido "respecto a cuestiones reguladas" por el TBI (Artículo 8(1)), pero no más allá o para algo distinto.

389. Con respecto a los requisitos que limitan el alcance del consentimiento prestado por la Demandada, el Artículo 8 del TBI establece un sistema de resolución de diferencias secuencial de varios escalones que conduce eventualmente, en última instancia, al arbitraje internacional. Los medios de resolución previos que brinda el sistema son las "consultas amistosas" (Artículo 8(1)) y el "procedimiento de litigar durante 18 meses ante los tribunales locales" (Artículo 8(2)(3)). En primer lugar, la controversia "será, en la medida de lo posible, solucionada por consultas amistosas entre las partes en la controversia". Si las "consultas amistosas" 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". Si todavía subsistiera una controversia "luego de transcurrido un plazo de dieciocho meses desde la notificación del comienzo del procedimiento ante las jurisdicciones nacionales" la controversia podrá ser sometida a arbitraje internacional.

390. Las precondiciones y los prerrequisitos antes mencionados son parte de la "oferta" acordada entre Argentina e Italia en el TBI y delimitan como tal el alcance del arbitraje internacional con respecto al cual Argentina e Italia prestaron su consentimiento en el TBI. Estas limitaciones *ratione voluntatis* (acordadas entre los Estados Contratantes) sobre la extensión del consentimiento al arbitraje internacional, prestado por adelantado y de manera irrevocable, adopta como venimos diciendo la forma de una "oferta" dirigida a los inversores privados nacionales del otro Estado Contratante en el Artículo 8(3) del TBI. Por lo tanto, el inversor privado italiano en Argentina, protegido por el TBI, no tiene más opción que cumplir las precondiciones y prerrequisitos estrechamente interrelacionados que menciona el Artículo 8 del TBI las cuales, por consiguiente,

definen el ámbito donde se sitúa el consentimiento del Estado receptor al arbitraje internacional. De ello se sigue que los inversores no tienen derecho a demandar directamente al Estado receptor mediante la presentación de una solicitud de arbitraje en el CIADI sin el cumplimiento de dichas precondiciones y prerrequisitos, sencillamente porque esa es la voluntad expresa de los Estados Contratantes³¹⁸ en el BIT. Por lo tanto, es de interés para los inversores protegidos el cumplir con dichas precondiciones y prerrequisitos.

391. El texto del Artículo 8 del TBI Argentina-Italia es perfectamente claro. Confrontadas con dicha claridad, las alegaciones de eventuales expectativas diferentes de los inversores no son, según mi criterio, una proposición susceptible de prosperar en el derecho internacional público. Los árbitros no pueden dejar de tener debidamente en cuenta las precondiciones y los prerrequisitos cuando ponderen de conformidad con el TBI Argentina-Italia, la jurisdicción del CIADI y la competencia del presente Tribunal. No parece posible dudar acerca de las intenciones de Argentina e Italia manifestadas en el Artículo 8 del TBI con respecto al alcance de sus respectivos consentimientos al arbitraje internacional enmarcados en la "oferta". Los Demandantes mismos admitieron en su Solicitud de Arbitraje del 23 de junio de 2008 que: "en el presente caso, la oferta de Argentina a los inversores italianos de someter las controversias al CIADI está expresada en el Artículo 8 del TBI, que establece lo siguiente." (sigue cita del texto de los párrafos 1 a 5(a) del Artículo 8 del TBI Argentina-Italia) [Traducción del Árbitro].

(ii) Precondiciones generales

392. Según se indicó en el párrafo 388, el consentimiento de la Demandada al arbitraje internacional contemplado en el Artículo 8(3) ha sido prestado para las diferencias relativas a inversiones suscitadas entre el inversor y el Estado receptor *con respecto a cuestiones reguladas por el TBI* (Artículo 8(1)), no más allá o para algo distinto. Por lo tanto, dicho consentimiento no se extiende a cuestiones que exceden el TBI como, por ejemplo, a las que que no están contempladas en la definición de los términos "inversión", inversor", "ganancias" y "territorio"del Artículo 1 del TBI. En otras palabras, el alcance del consentimiento de la Demandada al arbitraje internacional se circunscribe a aquellas diferencias relativas a inversiones cuyo objeto se sitúe dentro de la jurisdicción *ratione materiae* y *ratione personae* tal como las definen el TBI Argentina-Italia y el Convenio del CIADI. 320

393. Asimismo, el consentimiento de la Demandada se presta "de conformidad con los términos de este Acuerdo" (es decir del TBI) y, por consiguiente, para *el período de tiempo posterior al cumplimiento* de los prerrequisitos de las "consultas amistosas" y de "litigar durante 18 meses ante los tribunales locales". Esta limitación *ratione temporis* del alcance del consentimiento de la Demandada al arbitraje internacional es también ignorada por la Decisión de la Mayoría. Además, existen limitaciones *ratione temporis* adicionales establecidas en las cláusulas finales del TBI que se refieren a inversiones

.

³¹⁸ Wintershall, supra nota 9, párr. 117.

³¹⁹ Solicitud de Arbitraje, párr. 83.

 ³²⁰ Con respecto al alcance de la jurisdicción ratione materiae en el presente caso, véanse los Capítulos II
 (1) y III de la presente Opinión.

realizadas con anterioridad a su entrada en vigencia, asi como a la determinación de la duración y la terminación del TBI.

394. Con respecto a una segunda precondición general, a saber la existencia de una diferencia relativa a inversiones entre las Partes con respecto a las cuestiones reguladas por el TBI - es decir una diferencia de carácter jurídico relativa a inversiones entre los Demandantes y la Demandada en la fecha de la incoacción del presente procedimiento arbitral (23 de junio de 2008)³²¹ -no se presentó excepción preliminar específica alguna. No obstante, la Demandada presentó una excepción preliminar de admisibilidad basada en la afirmación de que los Demandantes "carecen de legitimación para incoar este procedimiento"³²². Esta cuestión será considerada más adelante en la Sección 2 del presente capítulo de la Opinión dedicada al alcance del consentimiento de los Demandantes y la admisibilidad de su Solicitud de Arbitraje.

(iii) El prerrequisito de "consultas amistosas"

395. El sistema de resolución de diferencias del TBI Argentina-Italia establece, en primer lugar, que la diferencia relativa a inversiones "será, en la medida de lo posible, solucionada por consultas amistosas entre las partes en la controversia" (Artículo 8(1)). Solo en el caso de que estas "consultas amistosas" no aportaran una solución, la controversia podrá ser sometida a los tribunales locales de la Parte Contratante en cuyo territorio está situada la inversión (segundo paso del sistema). La utilización de la palabra "será" implica en sí misma una *obligación* de tratar de resolver la controversia por medio de consultas amistosas, no es una simple opción u elección. El uso de la palabra "será" en la terminología de un tratado implica que la disposición es *jurídicamente vinculante*.

396. La Demandada acepta que la obligación de las Partes de la controversia de entablar "consultas amistosas" es un requisito obligatorio que caracteriza de naturaleza jurisdiccional 323. Los Demandantes consideran que las Partes tienen la obligación de recurrir a las "consultas amistosas" antes de someter la controversia a arbitraje internacional. No obstante, en su opinión, esta disposición no establece requisitos jurisdiccionales obligatorios, sino que tan solo enunciaría prerrequisitos procesales que no necesitan ser seguidos de forma estricta. Por consiguiente, para los Demandantes la falta de satisfacción del requisito de las "consultas amistosas" previas del Artículo 8(1) del TBI no afectaría la jurisdicción del CIADI. 324

397. Asimismo, los Demandantes argumentaron que el prerequisito de "consultas amistosas" era claramente inaplicable en el presente caso. Alegaron que ésto resultaba evidente a la vista de los hechos, porque Argentina siempre se había mostrado hostil y poco dispuesta a colaborar con los Demandantes y, en todo caso, la posibilidad de alcanzar una solución amistosa se vio finalmente imposibilitada por la Ley N° 26.017,

³²¹ Los Demandantes incoaron el presente procedimiento arbitral de conformidad con la Regla 1 de las Reglas de Iniciación y el Artículo 25 del Convenio del CIADI que limita la jurisdicción del Centro a "diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión".

³²² Punto (e) del Petitorio de la Demandada en el párr. 185 del Escrito Posterior a la Audiencia de la República Argentina.

³²³ Decisión de la Mayoría, párr. 552.

³²⁴ *Ibídem*, párr. 560.

que prohibía a las instituciones gubernamentales realizar cualquier acuerdo (judicial, extrajudicial o privado) con los Demandantes³²⁵. Por el contrario, para la Demandada el prerrequisito de "consultas amistosas" operaría como una limitación a su consentimiento al arbitraje internacional y, al ser obligatorio y de naturaleza jurisdiccional, debía cumplirse de manera estricta antes de que surja el derecho del inversor al arbitraje internacional y este último pueda ejercerlo mediante la incoacción de un procedimiento arbitral concerniente a la controversia relativa a la inversión. La falta de cumplimiento del prerrequisito acarrearía un impedimento a la jurisdicción del Centro y a la competencia del Tribunal. Asimismo, la Demandada señaló que la Ley N° 26.017 no convirtió el arreglo amistoso de una controversia con Argentina en algo imposible o inefectivo, sino que solo exigía el consentimiento del poder legislativo para alcanzar dichos arreglos como lo corroboraría la reapertura de la Oferta de Canje en 2010³²⁶.

398. Coincido en lo esencial con la visión de la Demandada. Tal y como admite la Decisión de la Mayoría³²⁷, no existe ambigüedad alguna con respecto al carácter obligatorio del prerrequisito de "consultas amistosas" del Artículo 8(1) del TBI Argentina-Italia. La inclusión de la frase "en la medida de lo posible" no elimina el carácter vinculante de la disposición³²⁸, cuyo lenguaje obligatorio revela, obviamente, la intención de los Estados parte de que la controversia "será, en la medida de lo posible, solucionada por consultas amistosas entre las partes en la controversia". (énfasis añadido)

399. Además, en la medida en que el prerrequisito de un tratado o de una determinada cláusula compromisoria califique como una *condición jurídicamente vinculante*, se deberá cumplirse antes del sometimiento de la controversia a una corte o el tribunal internacional, incluso cuando el prerrequisito no esté enmarcado por el tratado o la cláusula en un determinado *marco temporal*, como es el caso con la regla de "consultas amistosas" previas del Artículo 8(1) del TBI Argentina-Italia. Esta disposición en efecto no establece un período de tiempo, o un límite temporal alguno, para la realización de las "consultas amistosas" entre las partes de la controversia.

400. Las "consultas amistosas" o las "negociaciones" como precondiciones al arbitraje o al arreglo judicial internacionales son muy frequentes en el derecho convencional. Por ejemplo, el Artículo 9 del TBI Argentina-Italia acerca de la "Solución de Controversias entre Partes Contratantes" sobre la interpretación y la aplicación del propio TBI también establece que deberán ser resueltas mediante "consultas amistosas" en el término de seis meses antes de ser sometidas a un tribunal *ad hoc* de acuerdo a lo dispuesto por dicho Artículo del TBI.

401. Recurrir a "consultas amistosas" o "negociaciones" previas antes de someterse al arbitraje o a un arreglo judicial internacionales es en efecto una práctica generalizada que en el campo de las diferencias relativas a inversiones. Es muy común en la mayoría

³²⁵ Solicitud de Arbitraje, párr. 87

³²⁶ Decisión de la Mayoría, párrs. 552 a 553.

³²⁷ *Ibídem*, párr 579 a 580.

³²⁸ Según la Decisión de la Mayoría, la inclusión de la frase "en la medida de lo posible" es un tipo de disposición vinculante caracterizada como una "obligación de medios" o de "emplear los mejores esfuerzos" (véase Decisión de la Mayoría, párr. 579).

de los TBI, por no decir en todos³²⁹. Por lo tanto, no estamos lidiando aquí con una de esas condiciones o requisitos que en ciertas ocasiones los abogados de los inversores caracterizan *ex facie* como "irrazonable", "incoherente", "carente de sentido", "opresiva" o "de imposible cumplimiento" y que, por estos motivos, solicitan a favor de sus clientes que el Tribunal prescinda de ellos o los deje de lado en el procedimiento arbitral incoado de que se trate³³⁰. En el presente caso, como cuestión de principio, no existe razón alguna para que el Tribunal exima a los Demandantes del cumplimiento de la obligación de realizar las "consultas amistosas" previas del Artículo 8(1) del TBI, cuando así está estipulado de forma clara e indiscutible en la regla convencional aplicable del TBI.

402. Tal como explicó la CIJ, recurrir a las "consultas amistosas" o "negociaciones" cumple tres funciones útiles principales: (i) notifica a la demandada la existencia de una controversia y delimita el alcance de la controversia y su objeto; (ii) alienta a las partes a intentar resolver la controversia por acuerdo mutuo y, así, evitar recurrir a una adjudicación o arbitraje mediante decision vinculante de un tercero; y (iii) desempeña una función importante, junto con otros métodos de resolución pacífica, al indicar *el límite del consentimiento prestado por los Estados respecto de la jurisdicción* de una determinada corte o tribunal internacional 331.

403. Dada la conducta adoptada por los Demandantes, el método de "consultas amistosas" previas del Artículo 8(1) del TBI Argentina-Italia es evidentemente incapaz, en el presente caso, de cumplir con las dos primeras funciones anteriormente enumeradas. Pero, la tercera función, es decir, la función importante de indicar el límite del consentimiento prestado por Argentina respecto del arbitraje internacional en ell Artículo 8 del TBI, en tanto que Demandada en el presente caso, permanece enteramente, porque esa función está fuera del alcance de poder ser afectada por cualquier conducta adoptada por los Demandantes.

404. En efecto, es incuestionable que corresponde exclusivamente a la República Argentina definir el alcance de su propio consentimiento al arbitraje internacional en las diferencias relativas a inversiones con los supuestos inversores italianos. Así lo hizo la República Argentina de acuerdo con Italia en el Artículo 8 del TBI Argentina-Italia del 1990. El consentimiento manifestado en dicho acuerdo está sujeto al prerrequisito de las "consultas amistosas" previas con el/los inversor(es) italiano(s) parte(s) en la controversia. En tales circumstancias, la conclusion evidente es que el sometimiento al arbitraje internacional de la supuesta diferencia relativa a inversiones por un inversor italiano, *sin* la celebración de "consultas amistosas" obligatorias previas entre las Partes de la controversia, cae fuera del alcance del consentimiento al arbitraje internacional prestado por la República Argentina en el TBI concluido con Italia. En todo caso, el consentimiento de Argentina al arbitraje internacional sin el previo cumplimiento de del

³²⁹ Por ejemplo, el Artículo 22 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de toda Forma de Discriminación Racial.

³³⁰ Véase, por ejemplo, Wintershall, supra nota 9, párr. 125.

³³¹ Véase, el Fallo de la CIJ concerniente al caso de la Aplicación de la CEDR (*Georgia c. Federación Rusa*), supra nota 283, párr. 135. El hecho de que el Artículo 22 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de toda Forma de Discriminación Racial (CEDR) no esté redactado con términos obligatorios no impidió que la Corte rechazara el caso, porque la demandante no cumplió ninguna de las dos precondiciones al arreglo judicial, establecidas en el Artículo 22 de la Convención, a saber las negociaciones o los procedimientos que se establecen expresamente en la CERD.

prerrequisito de las "consultas amistosas" contempladas por el Artículo 8 del TBI no ha sido probado por los Demandantes, quienes además argumentaron en todo momento que este requisito no se les aplicaba a ellos en las circunstancias del presente caso.

405. La Decisión de la Mayoría admite que "no se han realizado consultas entre las Partes" y que "los Demandantes no pudieron establecer que se haya celebrado esa mínima cantidad de consultas entre ellos y la Demandada" Sin embargo, la mayoría concluye que los "los Demandantes no violaron el requisito de celebrar consultas amistosas impuesto por el art. 8(1) del TBI Argentina-Italia" Cómo se explica esta contradicción *ex facie* en la Decisión de la Mayoría? Por medio de una interpretación errónea del papel atribuido a las palabras "*en la medida de lo posible*" dentro de la regla establecida en el Artículo 8(1). Ya que la cuestión afecta el alcance del consentimiento de la Demandada al arbitraje internacional, esa mencionada interpretación errónea debe analizarse aquí, sin perjuicio de volver a la cuestión en la Sección 2 de este Capítulo en lo que atañe a la definición del alcance del consentimiento prestado por los Demandantes.

406. La Decisión de la Mayoría comienza su interpretación con la declaración de que no lee una "excepción de inefectividad" en el Artículo 8(1) sino que sus conclusiones son "una consecuencia directa e independiente de la propia redacción de la disposición en cuestión" Pero justo después, la Mayoría abandona el texto de la disposición en su conjunto y, en su lugar, *incorpora*, al proceso interpretativo, algunas de las conclusiones subjetivas de tribunal del caso *Abaclat* en el sentido que "lo razonable es entender que esos términos se refieren no solo 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, desde el principio, dirigidas al fracaso. 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" pronunciamientos peculiares dado que, entre otras cosas, en el derecho internacional público, como regla general, una obligación de "consulta" o "negociación" no conlleva alcanzar un acuerdo sino intentar alcanzarlo.

407. De ese modo, es decir mediante una supuesta interpretación del texto (presuntamente efectuada de conformidad con las reglas de interpretación de la CVDT), la obligación convencional de realizar "consultas amistosas" previas del Artículo 8(1) del TBI es transformada por la Mayoría en otra cosa, es decir, en una obligación con un contenido y un objetivo diferente 336. Esta manera de interpretar el derecho convencional no puede considerarse razonable bajo ningún punto de vista en el derecho internacional público. Una vez más, la Decisión de la Mayoría está modificando el texto del TBI bajo el pretexto de realizar la interpretación de una de sus disposiciones. La obligación de realizar "consultas amistosas" previas del Artículo 8(1) no está sujeta a la condición de que exista una "posibilidad [...] de realizar consultas significativas para resolver la controversia" con el Estado receptor, como establece la Decisión de la Mayoría. Esto es un *dixit* de Abalat, no un *dixit* del TBI.

³³² Decisión de la Mayoría, párr. 584.

³³³ *Ibídem*, párr. 588.

³³⁴ *Ibídem*, párr. 582.

³³⁵ Ibídem.

³³⁶ También en otros contextos.

408. Dentro del texto del Artículo 8(1), la frase "en la medida de lo posible" no se refiere a entablar o realizar "consultas amistosas", sino a la duración de dicha obligación. La obligación de resolver la controversia por medio de dicho proceso finaliza o termina en derecho cuando dicha posibilidad deje de existir, pero existe y es operativa hasta ese momento. La frase "en la medida de lo posible" no califica el proceso de entablar o realizar "consultas amistosas". Los Demandantes no tienen la obligación de entablar o realizar "consultas amistosas" en un determinado momento, pero si ni siquiera intentan (como en el presente caso) iniciar el proceso de consultas, no pueden reclamar el derecho de someter la diferencia relativa a la inversión al arbitraje internacional de conformidad con el Artículo 8 del TBI Argentina-Italia. El alcance del consentimiento prestado por la República Argentina al arbitraje internacional en la "oferta" a los inversores privados italianos en su territorio protegidos no va tan lejos. No cubre el acceso unilateral directo al arbitraje internacional.

409. Por lo tanto, concluyo que el alcance del consentimiento al arbitraje internacional incluido en la oferta de la República Argentina del TBI no cubre el procedimiento de arbitraje internacional incoado por los Demandantes en el presente caso. Esta conclusión se basa en el texto del Artículo 8(1) del TBI leido en el contexto de los párrafos (1) a (3) del Artículo en su conjunto. Esta conclusión es además conforme a la jurisprudencia establecida sobre la cuestión de la CIJ, así como también a un cierto número de decisiones arbitrales del CIADI. Como declaró la CIJ en su Fallo en el caso de la Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de toda Forma de Discriminación Racial (Georgia c. Federación Rusa):

"Manifiestamente, en ausencia de pruebas sobre un intento genuino de negociar, la precondición de negociación no se ha cumplido. Sin embargo, cuando las negociaciones se intentaron o han comenzado, la jurisprudencia de la Cortel y de la Corte Permanente de Justicia Internacional claramente revela que la precondición de negociación se cumple solamente cuando se ha producido un fracaso de las negociaciones o cuando las negociaciones se han vuelto inefectivas o se han estancado." [Traducción del Árbitro].

410. La CIJ rechazó el caso anterior por falta de jurisdicción porque Georgia no logró probar que había pretendió *comenzar* las negociaciones de buena fe o el otro medio de resolución establecido en el Artículo 22 de la CEDR como precondición para el sometimiento de la disputa a la Corte. Lo mismo ha sucedido en procedimientos arbitrales relativos a inversiones. Por ejemplo, así sucedió en el caso *Murphy International c. Ecuador*, en el que el tribunal que declaró la falta de jurisdicción del CIADI y su incompetencia como resultado de su aceptación de una excepción

_

³³⁷ Supra nota 283, párr. 159. El párrafo cita, en apoyo de la jurisprudencia de los siguientes casos: Concesiones Mavrommatis en Palestina, supra nota 271;África del Sudoeste (Etiopia v. Sudáfrica; Liberia v. Sudáfrica)(1960–1966), Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán (Estados Unidos de America c. Irán);, Aplicabilidad de la obligación de someter una controversia a arbitraje con arreglo a la sección 21 del Acuerdo de 26 de Junio de 1947 relativo a la Sede de las Naciones Unidas, Opinión Consultiva de 26 de abril de 1988; Cuestiones relacionadas con la interpretación y la aplicación del Convenio de Montreal de 1971 derivadas del accidente aéreo de Lockerbie (Jamahiriya Árabe Libia c. los Estados Unidos de América). En el mismo sentido, el Fallo en el caso de las Actividades Armadas en el Territorio del Congo (supra nota 280, pág. 40/41, párr. 91).

preliminar de incumplimiento de la condición de consultas amistosas o negociaciones previas establecida en el TBI aplicable³³⁸.

411. Por último, se debe recordar que la posición de los Demandantes con respecto al cumplimiento de la obligación de "consultas amistosas" del Artículo 8(1) del TBI Argentina-Italia es diferente a la posición de los demandantes del caso Abaclat, como prueba la evidencia presentada por estos últimos, a saber la carta del 28 de febrero de 2006 dirigida al Ministro de Economía de Argentina mencionado en el párrafo 66 de la presente Opinión. No existe un tipo de carta similar en el presente caso. Esta ausencia es una razón de más para evitar remitirse a las consideraciones del tribunal del caso Abaclat sobre el tema de las "consultas amistosas" previas del Artículo 8(1) del TBI.

(iv) El prerrequisito de "litigar durante 18 meses ante los tribunales locales"

412. Las consideraciones y conclusiones anteriores también son aplicables mutatis mutandis al segundo prerrequisito para acceder al arbitraje internacional del sistema establecido en el Artículo 8(2) y (3) del TBI Argentina-Italia, a saber, si las "consultas amistosas" 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" por "un plazo de dieciocho meses". La redacción del Artículo 8(2) utiliza un verbo permisivo: "podrá", pero, leído junto con el contexto inmediato del Artículo 8(3), no se puede entender razonablemente de otra forma más que como si la controversia todavía subsistiera, podrá ser sometida a arbitraje internacional solo "luego de transcurrido un plazo de dieciocho meses desde la notificación del comienzo del procedimiento ante las jurisdicciones nacionales citadas en el párrafo 2". Con respecto a la misma disposición del TBI Argentina-Italia aplicable al presente caso, el laudo *Impregilo* se estableció lo siguiente:

"[...] [E]l texto del Artículo 8(3) indica que contiene una condición general para el arbitraje internacional y no existe excepción alguna para el caso de que no se haya iniciado un procedimiento ante la jurisdicción local. Si la intención hubiera sido establecer una excepción de esa naturaleza, el texto probablemente hubiese sido diferente. Una redacción apropiada en ese sentido habría sido, por ejemplo: 'Si la controversia no ha sido sometida a la jurisdicción administrativa o judicial competente conforme al párrafo 2 anterior, o si la controversia, luego de haber sido sometida a tales jurisdicciones, subsiste dieciocho meses después de haberse iniciado el procedimiento ante ellas, podrá ser sometida a arbitraje internacional [...]***,339

413. Por lo tanto, el Artículo 8(2) del TBI establece una obligación limitada en el tiempo de "litigar durante 18 meses ante los tribunales locales" (los tribunales argentinos en el presente caso) con antelación, si todavía subsistiera la controversia sobre la inversión, a someterla al arbitraje internacional. Tanto es así, que el Artículo

³³⁸ Con respecto a la precondición del "plazo de 6 meses de consultas o negociaciones" en el TBI aplicable, véase Murphy Exploration & Production Company International c. República de Ecuador (CPA - Reglas de Arbitraje de la CNUDMI) Laudo de 15 de Diciembre de 2010 ("Murphy c. Ecuador"), párr. 161).
³³⁹ *Impregilo*, *supra* nota 40, párr. 89.

8(4) del TBI establece que "[a] partir del momento en que se inicie un procedimiento arbitral [internacional], cada una de las partes en la controversia adoptará todas las medidas necesarias a fin de desistir de la instancia judicial en curso" en los tribunales locales. Esta disposición responde a la situación eventual en la cual el desistimiento de la instancia judicial en los tribunales locales no estuviese permitido por el derecho local o parecería no estarlo³⁴⁰.

414. Los Demandantes negaron lo antedicho. Para los Demandantes, el prerrequisito de recurrir a los tribunales locales del Estado receptor durante un plazo de dieciocho meses antes de acceder al arbitraje internacional era meramente una opción para el inversor. Basaron su posición en las consideraciones siguientes: el lenguaje permisivo del Artículo 8(2); la completa "inefectividad" de una acción judicial ante los tribunales argentinos a causa de la imposibilidad de resolver un caso en un plazo de 18 meses; la Ley N.º 26.017 (específicamente sus artículos 3 y 6); la sentencia pronunciada por la Corte Suprema de Justicia de Argentina en el caso *Galli*, *Hugo Gabriel y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional* (caso "*Galli*");y los costos del procedimiento ante los tribunales argentinos. Además, los Demandantes sostuvieron que no tenían la obligación de recurrir a los tribunales locales sobre la supuesta base alternativa de jurisdicción que les procuraría, según ellos la cláusula NMF contenida en el art. 3 del TBI Argentina-Italia³⁴¹.

415. La Demandada consideró que el requisito de recurso a los tribunales locales era obligatorio y que se trataba de una precondición al arbitraje internacional. Subrayó también al respecto que los Demandantes no negaban el hecho de no haber sometido sus reclamaciones al conocimiento de los tribunales argentinos y objetó que los Demandantes pudieran invocar "la llamada excepción de inefectividad" bajo cualquiera de sus supuestos. La Demandada recordó asimismo que el Artículo 8(3) del TBI no exige que la controversia se resuelva dentro del plazo allí establecido, sino solo que la disputa se someta a los tribunales internos por un plazo de 18 meses. En cuanto a la referencia de los Demandantes a la Ley N.º 26.017 y al caso Galli de 2005(un caso puramente doméstico), la Demandada sostiene que ello no inhibe de ningún modo a los Demandantes de *someter* la disputa a los tribunales locales. Añadió también que litigar ante los tribunales argentinos no era costoso y, además, que la cláusula NMF no se aplicaba a los mecanismos de solución de controversias³⁴².

416. Como en el caso de las "consultas amistosas", estoy de acuerdo en lo esencial con los argumentos de la Demandada sobre el requisito del TBI Argentina-Italia del recurso previo a los tribunales locales durante un período limitado en el tiempo. El requisito es obligatorio y secuencial por naturaleza para cualquier demandante italiano que sea inversor en el territorio de Argentina. Limita el alcance del consentimiento de la Demandada al arbitraje internacional manifestado en la "oferta" contenida en el Artículo 8(3) del TBI Argentina-Italia y, por consiguiente, también posee naturaleza jurisdiccional. La Decisión de la Mayoría comienza aceptando el argumento de que "la posibilidad de proceder al arbitraje internacional se encuentra a disposición del inversor solo cuando el mismo ha cumplido con la obligación de recurrir a los tribunales

_

³⁴⁰ Este punto fue argumentado, por ejemplo, en el caso *Wintershall, supra* nota 9 (véase párrs. 130 a 132 del laudo).

³⁴¹ Decisión de la Mayoría, párrs. 563 a 567.

³⁴² *Ibídem*, párrs. 554 a 559.

locales"³⁴³, pero vacía dicha aceptación inicial de cualquier contenido práctico cuando pasa a examinar las consecuencias jurídicas del incumplimiento del prerrequisito por los Demandantes.

417. Con respecto a la cuestión del efecto limitativo de este prerrequisito sobre el alcance del consentimiento de la República Argentina al arbitraje internacional, no encuentro ninguna respuesta en la Decisión de la Mayoría. Sin embargo, no existe razón alguna por la que el Tribunal no considere ni respete el alcance del consentimiento de la Demandada a la jurisdicción que resulta de la precondición de "litigar durante 18 meses ante los tribunales locales", formulada conjuntamente por Argentina e Italia en tanto que Estados Contratantes en el Artículo 8(2) y (3) del TBI. Asimismo, conviene recordar que la precondición considerada no es un prerrequisito extemporáneo. Alrededor de 10 TBIs concluidos por la República Argentina con otros Estados prescriben, con palabras similares, un recurso obligatorio a los tribunales nacionales limitado en el tiempo antes de acceder al arbitraje internacional³⁴⁴.

418. El requisito no es ni un simple "período de espera" ni una "regla de agotamiento de los recursos internos". Por el contrario, se sitúa entre ambos, tanto con respecto al contenido como a su objeto y fin³⁴⁵. El prerrequisito adicional considerado está constituido por un elemento *ratione fori* y por un elemento *ratione temporis*³⁴⁶. Además de tratar de resolver la controversia, existen también otros objetivos y motivos razonables para incluir una precondición como la de "litigar durante 18 meses ante los tribunales locales". Así lo han observado algunos tribunales arbitrales que han entendido en diferencias relativas a inversiones como en el siguiente pasaje:

"(1) la presentación ante los tribunales locales puede permitirles familiarizarse con las obligaciones internacionales del Estado frente a inversores extranjeros y promover su capacidad para manejar y resolver disputas internacionales de inversión; (2) la presentación ante los tribunales locales puede ayudar a resaltar las [á]reas de inconsistencia entre el derecho local y las obligaciones internacionales del Estado para su eventual reforma; (3) el Estado puede preferir evitar la publicidad de un reclamo internacional si la disputa puede resolverse en el ámbito local; y (4) la dilación y proceso que supone puede que permitan al Estado valorar mejorar el reclamo, recabar pruebas, y preparar una defensa frente a una posible reclamación arbitral internacional"³⁴⁷.

419. En todo caso, al estar en el artículo 8 del TBI, esta precondición tiene una base convencional indiscutible que, como en el caso de las consultas amistosas previas, se analiza como un requisito *ratione voluntatis* que los inversores privados italianos no tienen otra opción que cumplir para tener derecho a incoar un procedimiento arbitral internacional ante el CIADI en contra de la República Argentina. En ausencia del más mínimo intento *superficial* de cumplir con la precondición de "litigar durante 18 meses

³⁴³ *Ibídem*, párr. 591.

³⁴⁴ Los 10 Estados parte de dichos TBI son los siguientes: Italia, Bélgica-Luxemburgo, Reino Unido, Alemania, Suiza, España, Canadá, Austria, Países Bajos y República de Corea (Véase laudo *ICS Inspection and Control Services*, Anexo 1).

³⁴⁵ *Ibídem*, párr. 248.

³⁴⁶ Wintershall, supra nota 40, párr. 145.

³⁴⁷ ICS Inspection and Control Services, supra nota 12, pág. 89, nota al pie 98, y el laudo Daimler c. Argentina, supra nota 1, párrs. 197-98.

ante los tribunales locales" es evidente, sin necesidad de prueba adicional, que los Demandantes incumplieron esta precondición al arbitraje internacional.

420. Sin embargo, esta conducta de los Demandantes es *de por sí* impotente, como ya se a dicho anteriormente, para alterar, bajo ningún punto de vista, el alcance del consentimiento de la Demandada al arbitraje internacional, *tal como se manifestó en la oferta del Artículo 8 del TBI*. Por lo tanto, la obligación convencional de "litigar durante 18 meses ante los tribunales locales" no puede considerarse cumplida (como es también el caso con la precondición de "consultas amistosas") mediante la adopción de una conducta diferente a la prescripta en el Artículo 8 del TBI. El consentimiento al arbitraje internacional prestado por la Demandada en dicha oferta no abarca las diferencias relativas a inversiones incoadas por los inversores privados italianos si éstos no han previamente cumplido el requisito de litigar durante 18 meses ante los tribunales argentinos.

421. Como se verá a continuación, el procedimiento de 18 meses ante los tribunales locales es un requisito de naturaleza jurisdiccional que debe ser respetado, por el motivo declarado unánimemente por el tribunal del caso *Impregilo c. Argentina* en el siguiente pasaje:

"En conclusión, el Artículo 8(3) contiene un requisito jurisdiccional que debe ser observado antes de que un tribunal del CIADI pueda declararse competente. Esta decisión es congruente con aquella adoptada en *Wintershall*, donde se concluyó, respecto de una cláusula muy similar contenida en el TBI Argentina-Alemania, que '[e]l Artículo 10(2) contiene una cláusula de restricción temporal relativa al previo accionamiento ante los tribunales locales; dicha cláusula obliga (y no simplemente autoriza) al inversor a litigar (durante un período determinado) ante el foro local' antes de que el derecho a someter la controversia ante el CIADI pueda siquiera concretarse. Dado que Impregilo no ha cumplido con este requisito, el Tribunal no puede determinar que existe competencia con fundamento en el Artículo 8(3) del TBI Argentina-Italia" (énfasis agregado).

422. La cita anterior describe claramente los motivos y los fundamentos por los que no puedo dejar de disentir completamente de la interpretación de la Decisión de la Mayoría relativa al prerrequisito de litigar previamente ante los tribunales locales establecido en el Artículo 8 del TBI Argentina-Italia. Este Artículo establece las condiciones en virtud de las cuales el presente Tribunal puede ejercer jurisdicción en el caso con el consentimiento de los dos Estados mediante su acuerdo soberano incorporado en el TBI Argentina-Italia. No sería ese el caso si se fuera más allá o se procediese de manera distanta a la convenida entre los dos países. Tal como estableció el tribunal del caso *Wintershall* con respecto a una disposición similar en el TBI Argentina-Alemania:

"El que un inversor pudiera elegir a su arbitrio omitir el segundo paso (el requisito del sometimiento a los tribunales nacionales durante un período de 18 meses) sencillamente no está contemplado, ni siquiera previsto, en el TBI Argentina-Alemania, porque el 'consentimiento' (oferta permanente) del Estado receptor (Argentina) tiene como premisa haber sometido primero ante los tribunales

³⁴⁸ *Impregilo*, *supra* nota 40, párr. 118.

competentes del Estado receptor toda la diferencia para su resolución por los tribunales locales" ³⁴⁹.

423. Por lo tanto, estoy completamente de acuerdo con la conclusión del laudo *Daimler c. Argentina* sobre el requisito de que "[d]ado que la disposición de los 18 meses en los tribunales locales constituye una condición previa en base al tratado para el *consentimiento del Estado Receptor al arbitraje*, no puede ser pasada por alto o de otro modo descartada por el Tribunal" extrapolando a la consideración del presente prerrequisito un umbral de "futilidad" o "inefectividad" [Traducción del Árbitro] propuesto a los Gobiernos en el Proyecto de Artículos de la CDI sobre protección diplomática (aún bajo consideración en la Asamblea General de las Naciones Unidas) en perjuicio de la integridad del TBI Argentina-Italia y de las regla del derecho internacional público sobre el consentimiento del Estado a la jurisdicción (véase párr. 386 supra de esta Opinión).

(v) La naturaleza jurisdiccional de las obligaciones contempladas en el Artículo 8(1) - (3) del TBI Argentina-Italia

424. La cuestión de la naturaleza jurídica de las obligaciones contempladas por el Artículo 8(1)(3) del TBI Argentina-Italia es una cuestión controvertida entre las Partes del presente caso. Mientras que la Demandada insiste que estas disposiciones del TBI crean un "sistema de resolución de disputas secuencial de múltiples capas" que da lugar a "requisitos jurisdiccionales obligatorios", la visión de los Demandantes es que estos requisitos solo proporcionan "prerrequisitos procesales"³⁵¹ que pueden ser eventualmente ignorados o renunciados. La Decisión de la Mayoría elude decidir sobre esta controversia entre las Partes con las siguientes palabras:

"[...] 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" *(énfasis agregado)*.

425. Yo pertenezco al grupo de los "otros" que identifican un grado distinto de "obligatoriedad" con respecto a estas dos nociones y que, además, consideran que como los TBI son tratados bilaterales, los tribunales arbitrales del CIADI deben respetar y hacer cumplir la norma pacta sunt servanda en la interpretación y aplicación de las disposición de resolución de controversias incluidas en esos instrumentos convencionales acordados entre los Estados Contratantes en cuestión, en este caso, Argentina e Italia. Actuar de otra manera, atenta contra la seguridad jurídica en las relaciones de inversión entre los Estados receptores y los inversores privados extranjeros y va en contra de la regla del derecho internacional público sobre el

³⁴⁹ Wintershall, supra nota 9, párr. 160(2).

³⁵⁰ Daimler c. Argentina, supra nota 1, párr. 194.

³⁵¹ Decisión de la Mayoría, párr. 570.

³⁵² *Ibídem*, párr. 575.

consentimiento del Estado a la jurisdicción que regula el ámbito de la jurisdicción a nivel internacional.

426. En términos generales, los denominados "requisitos procesales", incluso en la forma de meros "períodos de espera" o "de enfriamiento" previos para consultas o negociaciones, o para cualquier otro fin como la incoacción de un procedimiento ante los tribunales locales, son formulados en los TBI en términos de requisitos jurisdiccionales obligatorios, y su incumplimiento justifica una conclusión de falta de jurisdicción. Por ejemplo, el artículo 10(4) del TBI Argentina-Alemania establece que si no se hubiese llegado a un acuerdo acerca de la elección de un procedimiento arbitral en el marco del CIADI o de la CNUDMI después de un período de tres meses a partir de una determinada fecha, la controversia será sometida a un procedimiento arbitral en el marco del CIADI. Y el párrafo 3 (a) del Artículo VII del TBI Argentina-Estados Unidos, un TBI invocado por los Demandantes en el presente caso (véase más adelante), establece que en el caso en que no se hubiera sometido la solución de la controversia a lo previsto por el párrafo 2 (a) o (b), y que hubieran transcurrido seis meses desde la fecha en que se planteó la controversia, se podrá someter la controversia al arbitraje obligatorio, pero no antes de esa fecha. Por lo tanto, estoy en general de acuerdo con la siguiente conclusión del tribunal del caso Murphy c. Ecuador:

"Tampoco acepta el Tribunal las consecuencias que pretende derivar la Demandante de la diferencia entre los 'requisitos procesales' y los 'jurisdiccionales'. Según la concepción de Murphy International, los 'requisitos procesales' son de una categoría inferior a los 'jurisdiccionales' y, en consecuencia, su inobservancia no tiene consecuencias jurídicas. Es evidente que en la práctica forense eso no ocurre y que la falta de acatamiento de un requisito puramente procesal, como sería, por ejemplo, el término para apelar una sentencia, puede tener, para la parte omisa, consecuencias muy serias".

427. Por lo tanto, incluso puros "períodos de espera" o meros "requisitos procesales" pueden desempeñar un papel "jurisdiccional" (a saber, ser uno de los denominados "obstáculos" según la fraseología de cierta tendencia doctrinal) dependiendo al respecto de los términos en que se formulen, el contexto de los mismos y el papel que le atribuyan los Estados Contratantes dentro de la disposición de resolución de controversias del TBI en cuestión. Es evidente que ello no trasciende, no va más allá, de la autonomía de los Estados para acordar o contratar en el marco de un TBI. Por lo tanto, es igualmente evidente que, a pesar de que existe una noción central y objetiva de lo que se considera "jurisdiccional", los Estados Contratantes también pueden atribuir por medio de un acuerdo un papel "jurisdiccional" a un determinado requisito (precondiciones *ratione voluntatis*). En el presente caso, las obligaciones contempladas en el Artículo 8(1)-(3) del TBI Argentina-Italia son, en mi opinión, de naturaleza "jurisdiccional" al compartir tanto la noción central objetiva del concepto como la intención subjetiva de Argentina e Italia en su calidad de Estados soberanos Partes en el TBI.

428. Por supuesto puede ocurrir que en un determinado caso el Estado receptor pueda consentir dispensar al inversor extranjero del cumplimiento de una o más precondiciones para el arbitraje internacional establecidas en el TBI, incluso aquellas

³⁵³ Murphy c. Ecuador, supra nota 338, párr. 142.

que poseen naturaleza jurisdiccional. Algunos ejemplos de este tipo en el ámbito de la resolución de controversias entre un inversor y un Estado receptor son el caso *Wena Hotel* (un requisito relativo a un período de espera) y el caso *Baiyindyr Insaat* (un requisito de notificación). Pero, en el presente caso, ninguna de las Partes de la controversia ha alegado la existencia de este tipo de acuerdo entre ellas. La Demandada insiste en el cumplimiento de todos los requisitos del Artículo 8(10-(3) del TBI por ser "jurisdiccionales" y los Demandantes insisten en su naturaleza de "procesales" y defienden que, en estas circunstancias, son dispensables.

429. Las precondiciones para el arbitraje internacional en las disposiciones de resolución de controversias de los TBI son, como regla general, de naturaleza "jurisdiccional" por el simple hecho de que refieren a la facultad de los tribunales arbitrales internacionales de decidir sobre el fondo de la controversia y a las limitaciones de dicha facultad. Esta es la jurisprudencia establecida de la CIJ sobre la cuestión, resumida en el siguiente pasaje de su Fallo de 2006 sobre "Jurisdicción de la Corte y Admisibilidad de la Demanda" en el caso Actividades Armadas en el Territorio del Congo, (Nueva Solicitud: 2002):

"La Corte recuerda en este sentido que su jurisdicción se basa en el consentimiento de las partes y está limitada al alcance aceptado por ellas. Cuando tal consentimiento se expresa en una cláusula compromisoria o en un acuerdo internacional, cualquier condición a la cual dicho consentimiento esté sujeto debe ser considerada como un límite del mismo. En consecuencia, la Corte considera que el análisis de dichas condiciones está relacionado con su jurisdicción y no con la admisibilidad de la demanda" ³⁵⁴. [Traducción del Árbitro]

430. El mismo criterio continúa siendo aplicado por la CIJ como, por ejemplo, en el Fallo de 2011 en el caso *Georgia c. Federación Rusa (decisión sobre objeciones preliminares)* con respecto a la aplicación de la Convención CEDR. El Fallo de la CIJ en el caso de las *Actividades Armadas en el Territorio del Congo* arriba mencionado aplicó un criterio jurisdiccional a todos los títulos invocados por el Demandante, e independientemente del tipo de precondición en cuestión, de la siguiente manera:

Convención sobre Discriminación contra la Mujer (Artículo 29) - La Corte no se declaró convencida de que el Demandante hubiese pretendido iniciar las "negociaciones" y señaló también que el Demandante tampoco había probado haber intentado cumplir la condición de "arbitraje previo" con las siguientes palabras:

"La Corte no puede en este aspecto aceptar el argumento de la RDC según el cual la imposibilidad de abrir negociaciones con Ruanda o avanzar en ellas le impidió contemplar el recurrir al arbitraje; dado que ésta es una condición formalmente establecida en el Artículo 29 de la Convención sobre Discriminación contra la Mujer, la ausencia de acuerdo entre las partes en cuanto a la organización de un proceso arbitral no puede presumirse. La existencia de tal desacuerdo puede

³⁵⁴Supra nota 280, pág. 39, párr. 88. La Corte mencionó ocho Fallos previos para respaldar su conclusión (ibídem) y las aplicó a todas las cláusulas compromisorias invocadas por el demandante en el caso (*ibídem*, pág. 40, párr. 88). Esta jurisprudencia continúa siendo aplicada por la Corte, como lo ilustra el Fallo del 2011 sobre objeciones preliminares en el caso concerniente a la *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Toda Forma de Discriminación Racial (Georgia c. Federación Rusa), supra* nota 283, (véase párr. 131 del Fallo).

derivar exclusivamente de una propuesta de arbitraje por parte del demandante, a la que la parte demandada no ha respondido ni ha expresado su intención de no aceptar. En el presente caso, la Corte no ha encontrada nada en el expediente que le permita concluir que la RDC le propuso a Ruanda la organización de un proceso de arbitraje y que la última no respondió"³⁵⁵ (cursiva agregada) [Traducción del Árbitro].

<u>Constitución de la OMS (Artículo 75)</u> - La Corte señaló que, aunque la RDC hubiera probado la existencia de una cuestión o controversia que tuviese cabida dentro del alcance de dicho artículo:

"De ninguna manera había probado que las otras precondiciones al sometimiento a la Corte establecidas por la disposición hayan sido satisfechas, es decir, que hubiera intentado resolver la cuestión o controversia con Ruanda o que la Asamblea Mundial de la Salud no hubiera conseguido resolverla" (cursiva agregada) [Traducción del Árbitro].

Constitución de la UNESCO (Art. XIV (2)) y el Convenio de Montreal (Art. 14(1)) - La Corte alcanzó, *mutatis mutandis*, conclusiones similares a las anteriores porque el Demandante no había logrado demostrar que había cumplido los procedimientos previos al sometimiento de la disputa a la Corte, en virtud de las disposiciones pertinentes de los tratados arriba mencionados, y concluyó que no tenía jurisdicción para tramitar la demanda, tal lo había hecho con los títulos de jurisdicción previamente invocados por el Demandante.

431. Esta jurisprudencia de la Corte ha inspirado un cierto número de decisiones y laudos del CIADI y de otros tribunales arbitrales que entienden en diferencias relativas a inversiones entre un inversor y un Estado receptor, como también decisiones de tribunales nacionales que rechazan los argumentos en contrario de los inversores. Una lectura cuidadosa de las decisiones de dichos tribunales arbitrales confirman la proposición de que las precondiciones al arbitraje internacional como los prerrequisitos del Artículo 8 del TBI Argentina-Italia, a saber las consultas amistosas y litigar durante 18 meses ante los tribunales locales, son requisitos de naturaleza "jurisdiccional" cuya omisión o incumplimiento acarrea una determinación de falta de jurisdicción. Véase, por ejemplo, entre otros: *Maffezini* (2000) (párrs. 35 y 36); *Enron* (2006) (párr. 88); Wintershall (2008) (párrs. 155 y 156); Murphy Exploration (2010) (párrs. 156 y 157); Impregilo (2011) (párr. 94); ICS Inspection and Control Services (2012) (párr. 262); Daimler (2012) (párrs. 193 y 194). Confrontada a la jurisprudencia de la CIJ y a las mencionads decisiones arbitrales relativas a inversiones entre inversores y Estados, la Decisión de la Mayoría justifica su falta de definición de la naturaleza legal de los requisitos del Artículo 8 del TBI Argentina-Italia, invocando la decisión mayorítaria del caso *Abaclat* de 2011³⁵⁷, a saber, de una decisión que según ciertos comentaristas han considerado que "elude los requisitos jurisdiccionales y, en su lugar, introduce criterios de 'admisibilidad'"³⁵⁸.[Traducción del Árbitro].

³⁵⁵ Supra nota 280, pág. 41, párr. 92.

³⁵⁶ *Ibídem*, pág. 43, párr. 100.

³⁵⁷ Decisión de la Mayoría, párr. 570.

³⁵⁸ Hans van Houte y Bridie McAsey, "Cases Comment, Abaclat and others v. Argentina Republic. ICSID, the BIT and Mass Claims", loc.cit., pág. 233.

432. Algunas decisiones arbitrales (como *Ethyl Corporation; Lauder, SGS c. Pakistán*) han concluido que la falta de cumplimiento de plazos destinados a alentar medios de arreglo mediante consultas o negociaciones no priva al tribunal arbitral de su jurisdicción. Estos tres casos se mencionan en la nota al pie 298 de la Decisión de la Mayoría junto con otros menos relevantes³⁵⁹. Reflejan una práctica de los tribunales nacionales relativa a excepciones a la admisibilidad de la demanda. Pero, esto no puede sostenerse en el derecho internacional público como una proposición susceptible de ser generalizada cuando los requisitos considerados *constituyen una precondición en base a un tratado para el consentimiento del Estado receptor al arbitraje de la controversia, como es el caso en el Artículo 8 del TBI Argentina-Italia y además, como en el presente instancia, están formulados en un lenguaje que denota obligatoriedad. Como declara el laudo <i>Daimler c. Argentina*:

"Sin embargo, los análisis de admisibilidad estructurados de acuerdo con las prácticas de los tribunales nacionales no tienen relevancia para las decisiones sobre jurisdicción sobre la base de los TBI en el marco de las controversias inversionista-Estado. En el contexto nacional, los requisitos de admisibilidad son normas construidas de manera judicial diseñadas a fin de preservar la eficiencia e integridad de los procedimientos judiciales. *No van más allá de la jurisdicción de los tribunales nacionales*. En cambio, sirven para hacer más eficiente los expedientes eliminando cuestiones que, aunque se encuentren dentro de la jurisdicción de los tribunales, por una u otra razón no son adecuadas para el arbitrio judicial en el momento particular o en la manera particular en cuestión" ³⁶⁰ (énfasis agregado).

433. Se debe agregar que en el TBI Argentina-Italia los períodos de tiempo reservados para llevar a cabo las consultas amistosas están regulados por la frase "en la medida de lo posible" (Artículo 8(1)) y el procedimiento ante los tribunales locales por el plazo fijo de "18 meses" (Artículo 8(3)). Ambos plazos se basan en el tratado (son "treaty based") y poseen, por consiguiente, la misma naturaleza "jurisdiccional" que sus respectivos requisitos porque condicionan o limitan el alcance del consentimiento de la República Argentina al arbitraje internacional y, por vía de consecuencia, la facultad del Tribunal para pronunciarse sobre el fondo de la presente controversia. Esto no plantea una cuestión de admisibilidad en el derecho internacional público, sino una cuestión jurisdiccional.

434. En síntesis, ambas "precondiciones" al arbitraje internacional establecidas en el Artículo 8 del TBI son "requisitos jurisdiccionales" con base en el tratado que, como tales, deben ser exigidos por el Tribunal de conformidad con el derecho internacional como refleja la jurisprudencia del la CIJ y las decisiones de los tribunales arbitrales en las controversias entre un inversor y un Estado. El motivo de lo antedicho es que dichas precondiciones limitan el alcance del consentimiento de la República Argentina al arbitraje internacional y, por consiguiente, la facultad del Tribunal para entender en el fondo de la controversia.

_

³⁵⁹ Por ejemplo, en el caso *Bayindir Insaat*, Pakistán, en calidad de Estado demandado, admitió que el requisito de la notificación no constituía en el caso un requisito previo a la jurisdicción (véase laudo *Wintershall*, pág. 89, párr. 152)

³⁶⁰ Daimler, supra nota 1, párr. 192.

435. Incluso decisiones arbitrales que sostienen que una determinada cláusula de la NMF en un TBI establece, *en todo o en parte*, un título alternativo de jurisdicción han tratado la cuestión considerada como de orden "jurisdiccional", como debe ser (por ejemplo, *RostInvest*, *Renta 4*, *Hochtief*)³⁶¹. El tratamiento del "requisito" del agotamiento de los recursos internos como una "cuestión de admisibilidad", (mencionado en la nota al pie 288 de la Decisión de la Mayoría), es consecuencia del contenido y la operatividad de dicha "regla material" de derecho internacional consuetudinario, regla vinculada al ejercicio por un Estado de la "protección diplomática" de sus nacionales.

2. Consentimiento de los Demandantes

(a) El arbitraje internacional consentido por los Demandantes en su Solicitud de Arbitraje

436. Los Demandantes presentaron una Solicitud de Arbitraje ante el CIADI el 23 de junio de 2008. En la Introducción de la Solicitud, los Demandantes se limitaron a indicar lo siguiente: "Esta es una Solicitud de Arbitraje en virtud del Artículo 36 del Convenio de Washington del 18 de marzo de 1965 y el párrafo 5(a) del Artículo 8 del Acuerdo de Promoción y Protección de Inversiones entre la República Italiana y la República Argentina (el "TBI") firmado en Buenos Aires el 22 de mayo de 1990 y en vigencia desde el 14 de octubre de 1993" [Traducción del Árbitro]. De conformidad con el Artículo 36(2) del Convenio del CIADI, la solicitud de arbitraje deberá contener los datos referentes al (i) asunto objeto de la diferencia, (ii) a la identidad de las partes y (iii) al consentimiento de éstas al arbitraje, de conformidad con con las Reglas de Iniciación del CIADI. El Artículo 8(5)(a) del TBI Argentina-Italia regula la elección por el inversor del órgano de arbitraje internacional, en este caso el CIADI.

437. La información de la Solicitud con respecto al *consentimiento al arbitraje prestado por las Partes de la presente controversia* aparece hacia el final de la Solicitud, en la Sección XII del documento bajo el título: "Las Partes han prestado su consentimiento por escrito a la jurisdicción del CIADI" [Traducción del Árbitro]. Al comienzo, la Sección XII señala que el Artículo 25(1) del Convenio del CIADI no exige ninguna forma específica de manifestación del consentimiento sino, simplemente, que el consentimiento por escrito de las partes sea prestado con anterioridad a la presentación de la Solicitud de Arbitraje³⁶³. Al respecto, debe destacarse que en el presente caso los Demandantes no proporcionaron prueba alguna de haber dado su consentimiento por escrito respecto del presente arbitraje con anterioridad a la presentación de la Solicitud el 23 de junio de 2008, ni tampoco presentaron argumento alguno en ese sentido.

438. La Sección XII de la Solicitud explica la formación de la *convención de arbitraje* necesaria entre las Partes de la presente controversia como sigue:

³⁶¹ La Decisión sobre Jurisdicción del caso *Hochtief c. Argentina, supra* nota 306, hace mención de la distinción entre "jurisdicción" y "admisibilidad" en su razonamiento sobre la cuestión denominada "*la cláusula MNF y los límites a la jurisdicción*" (párrs. 90, 91 y 94 de la decisión).

³⁶² Solicitud de Arbitraje, párr. 1

³⁶³ *Ibídem*, párr. 81.

"82. Usualmente, la jurisprudencia y la doctrina acreditada admiten que el consentimiento de un Estado Contratante respecto de someter la diferencia o categoría de diferencias al arbitraje del CIADI puede resultar de una convención unilateral o de una oferta pública de someter la diferencia al CIADI emitida por dicho Estado, de conformidad con lo enunciado en el derecho local o en un tratado internacional de protección de inversiones extranjeras. Los inversores extranjeros tienen derecho a aceptar dicha oferta una vez que surja la diferencia entre ellos y el Estado oferente".

"83. En el presente caso, la oferta de Argentina a los inversores italianos de someter las controversias al CIADI está expresada en el Artículo 8 del TBI, que establece lo siguiente (cita del texto del párrafo 1 a 5(a) del Artículo 8 del TBI Argentina-Italia)".

"84. En cuanto a la aceptación de los Demandantes de la oferta de arbitraje CIADI de la Argentina, usualmente se admite que la aceptación del inversor de la oferta del Estado receptor se manifieste, *inter alia*, mediante la presentación de una solicitud de arbitraje ante el CIADI. Para tales fines, *los Demandantes aceptan por la presente someter la diferencia al arbitraje del CIADI mediante la firma y presentación de esta Solicitud de Arbitraje*".

"85. En virtud de la Regla 2(3) de las Reglas de Iniciación del CIADI, para determinar la *fecha del otorgamiento del consentimiento* se 'contará la fecha en que la última [es decir, el inversor] lo haya hecho'. En el presente caso dicha fecha es la fecha de presentación de la solicitud." (*énfasis agregado*) [Traducción del Árbitro].

439. Hasta aquí todo bien. Pero, inmediatamente después, la Solicitud de Arbitraje de los Demandantes se contradice a sí misma al afirmar lo siguiente: "Las *condiciones* establecidas en el Artículo 8 del TBI *son claramente inaplicables* en el presente caso"³⁶⁴ (énfasis agregado) [Traducción del Árbitro]. Esta afirmación, y los argumentos al respecto de los Demandantes a lo largo de toda la presente fase del procedimiento, plantean una cuestión de suma importancia para su continuación, a saber la cuestión jurisdiccional de si la convención de arbitraje entre las Partes de la controversia fue realmente concluida cuando los Demandantes presentaron su Solicitud de Arbitraje ante el CIADI el 23 de junio de 2008, no obstante lo afirmado por ellos en el párrafo 84 de la Solicitud anteriormente citado.

440. A pesar de la mencionada afirmación de la Solicitud, es lícito preguntarse: ¿puede afirmarse que, el 23 de junio de 2008, el consentimiento de los Demandantes como fue manifestado en la Solicitud, y el consentimiento de la Demandada, manifestado en la "oferta", coincidían de manera tal que la convención de arbitraje necesaria entre las Partes para someter la supuesta controversia al arbitraje del CIADI fue debidamente concluida en dicha fecha? Dados los hechos que se dan cita en el caso, está claro para mi que en dicha fecha cada una de las Partes de la controversia aceptó en principio el arbitraje del CIADI como un medio de arreglo de diferencias relativas a inversiones entre un inversor y un Estado, pero no el sometimiento al arbitraje CIADI de la alegada controversia concreta de múltiples partes relativa a supuestas inversiones de los

³⁶⁴ *Ibídem*, párr. 86

Demandantes. La causa jurídica para llegar a esta conclusión evidente es que el 23 de junio de 2008 la Solicitud de los Demandantes en modo alguno aceptó los términos de la "oferta" de la República Argentina para los inversores privados italianos en su territorio, contemplada en el sistema secuencial de resolución de diferencias de los párrafos 1 a 3 del Artículo 8 del TBI Argentina-Italia, precondiciones al arbitraje internacional que constituyen, como se ha explicado anteriormente, los límites dentro de los que se confina el alcance del consentimiento de la Demandada al arbitraje internacional. Una jurisprudencia internacional firmemente establecida asi lo confirma.

441. Según se explicó en la Sección 1 del presente Capítulo de esta Opinión, los Demandantes poseen en efecto el "derecho a aceptar dicha oferta" pero, ciertamente, "no [poseen] el derecho a alterar o modificar esa oferta" [Traducción del Árbitro], como lo hicieron al prestar su consentimiento en la Solicitud a un acceso unilateral directo al arbitraje internacional del CIADI que no forma parte de la "oferta" del Estado demandado. La declaración en el párrafo 84 de la Solicitud, citado anteriormente, de la "aceptación de los Demandantes de la oferta de arbitraje CIADI de la Argentina" no pasa de ser un mero juego de palabras. La información presentada por los Demandantes acerca de los motivos de su propia conducta en los últimos tres párrafos de la Sección XII de la Solicitud de Arbitraje no deja lugar a duda alguna al respecto. Los Demandantes no aceptaron la "oferta" de la Demandada, sino otra cosa.

442. Como titulares de derechos convencionales secundarios, los Demandantes no poseen el derecho de negociar una modificación de los términos y condiciones de la "oferta" hecha por ambos Estados Partes del TBI. Pueden aceptar o no la "oferta" con sus términos y condiciones, pero carecen de <u>locus standing</u> para proponer lo que de hecho equivaldría a una redefinición de la oferta permanente en los términos de un derecho de acceso directo unilateral al arbitraje internacional inexistente en el TBI, o de apelar al presente Tribunal para que aplique al caso, bajo el pretexto de interpretación, una versión del mecanismo de resolución de controversias del Artículo 8 del TBI diferente a lo acordado expresamente por Argentina e Italia al concluir el TBI en 1990³⁶⁶.

443. En efecto, por ejemplo, con respecto al primer prerrequisito obligatorio para acceder al arbitraje internacional, es decir entablar o realizar "consultas amistosas" con el Estado receptor para resolver, en la medida de lo posible, las diferencias relativas a inversiones (Artículo 8(1) del TBI Argentina-Italia), los Demandantes admiten que no han cumplido con este prerrequisito de la "oferta" de la Demandada y al respecto invocan tres consideraciones generales: (i) que de la descripción de los hechos subyacentes a la controversia, según fue presentada en la Solicitud de Arbitraje, resulta evidente que Argentina siempre se ha mostrado hostil y poco dispuesta a colaborar con los Demandantes; (ii) que la posibilidad de realizar consultas amistosas fue imposibilitada por la Ley N.º 26.017 del 9 de febrero de 2005 y (iii) que el comportamiento de Argentina en el presente caso es similar al que mantuvo desde comienzos de 2001, por el cual dicho país ya ha sido declarado responsable 367.

_

³⁶⁵ Véanse párrs. 106 a 116 de la presente Opinión.

³⁶⁶ Véanse párrs. 375 a 380 de la presente Opinión.

³⁶⁷ Solicitud de Arbitraje, párr. 87.

444. Ninguna de esas tres consideraciones generales son, en el derecho internacional público, susceptibles de derogar, reformar o suspender la obligación jurisdiccional convencional de medios conferida a cualquier supuesto demandante por el Artículo 8(1) del TBI, una precondición que limita como tal el alcance del consentimiento de la Demandada al arbitraje internacional de la "oferta". Asimismo,incluso si, a los fines del argumento, se admitiese que las consideraciones mencionadas tendrían el efecto de dispensar a los Demandantes de la obligación de entablar consultas amistosas previas, la ausencia total de prueba de un intento genuino de su parte de entablar o realizar "consultas amistosas" no solo significa que no han cumplido con dicha precondición, sino también que su consentimiento al arbitraje del CIADI no coincide con el consentimiento al arbitraje contemplado en la "oferta" de la Demandada.

445. Esta ausencia total de *todo intento* de entablar con la Demandada las consultas amistosas prescriptas en el TBI, junto con el tipo de excusas alegadas, demuestra también que al presentar la Solicitud de Arbitraje los Demandantes ni siquiera intentaron coincidir con el alcance del consentimiento de Argentina al arbitraje internacional de la "oferta", con el fin de concluir la convención del arbitraje correspondiente entre las Partes de la controversia. Su propósito fue en realidad obtener del presente Tribunal una autorización para acceder de manera unilateral, sin condición ni reserva alguna, al arbitraje del CIADI, lo que va más allá del consentimiento prestado por la República Argentina al arbitraje internacional en su "oferta" del Artículo 8 del TBI Argentina-Italia.

446. Esa intención viene confirmada por el hecho de que ninguna de las supuestas excusas generales alegadas impedía que los Demandantes enviasen una comunicación a la Demandada solicitando la apertura de consultas amistosas o notificarle que, en caso de que la Demandada rechazase la apertura de las consultas, los Demandantes incoarían un procedimiento arbitral ante el CIADI, tal como lo hicieron sin dficultad alguna los demandantes italianos en el caso *Abaclat y otros* mediante la carta que enviaron al Ministerio de Economía y Producción de Argentina³⁶⁸. La Ley N.º 26.017, por ejemplo, no impide que los Demandantes envíen ese tipo de comunicaciones a la Demandada y, en todo caso, los Demandantes no han argumentado que sufrieran una imposibilidad material (original o superviniente) de llevar a cabo ese tipo de actos antes de presentar la Solicitud de Arbitraje o que hayan sido, de alguna otra manera, imposibilitados de cumplir el prerrequisito de entablar las "consultas amistosas" del Artículo 8(1) del TBI.

447. Esta conducta revela verdaderamente que la intención real de los Demandantes fue incoar un arbitraje ante el CIADI, pero no el arbitraje CIADI consentido por la Demandada en el Artículo 8 del TBI Argentina-Italia y convenido por ambos Estados Contratantes expresamente "[a] ese fin, y de conformidad con los términos de este Acuerdo" y no para otro fin o en contradicción con dichos términos. Los propios Demandantes admiten, como se indicó, que no han cumplido con el prerrequisito de entablar consultas amistosas alegando que la precondición les sería claramente inaplicable a ellos en las circunstancias del presente caso. Pero la Decisión de la Mayoría, dejando completamente de lado esa admisión, concluye que los Demandantes "no violaron el requisito de celebrar consultas amistosas impuesto por el art. 8(1) del TBI Argentina-Italia" 369.

³⁶⁹ Decisión de la Mayoría, párr. 588.

³⁶⁸ Carta de TFA del 28 de febrero de 2006 (véase párr. 66 de la presente Opinión).

448. Rechazo dicha conclusión de la Decisión de la Mayoría porque es el resultado de una interpretación tortuosa e inverosímil del sentido corriente de las palabras "en la medida de lo posible" del Artículo 8(1) del TBI, alejada de las reglas de interpretación de la CVDT y sustentada en meras especulaciones porque no se ha presentado prueba una respuesta de la Demandada a una gestión de los Demandantes demostrando la falta de interés de la Demandada en entablar las "consultas amistosas". Como ha establecido la jurisprudencia de la CIJ y de la CPJI, la invocación del fracaso, estancamiento o inefectividad de una precondición de consultas o negociaciones es correcta siempre y cuando haya existido un intento o comienzo de consultas o negociaciones, no antes de dicho intento o comienzo como en el presente caso³⁷⁰. Asimismo, según ha declarado la CIJ recientemente, "las reglas que determinan el alcance y la extensión de la jurisdicción y cuándo dicha jurisdicción puede ser ejercida no derogan las reglas substantivas, ni [...] requerirían su modificación o desplazarían su aplicación" (sentencia de la CIJ de 2012 en el caso Inmunidades Jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia: intervención de Grecia, párr. 95) [Traducción del Árbitro], y yo agregaría que lo mismo se aplica viceversa, es decir, que las reglas substantivas del derecho internacional, independientemente de su naturaleza y de los valores protegidos, no derogan, invalidan o desplazan las reglas que determinan el alcance, la extensión y el ejercicio de la jurisdicción internacional regida por el consentimiento de las partes en la controversia.

449. El incumplimiento también por los Demandantes de la segunda precondición obligatoria para recurrir al arbitraje establecida en el Artículo 8 del TBI, es decir el litigar durante 18 meses ante los tribunales argentinos antes de recurrir al arbitraje internacional, corrobora que cuando se presentó la Solicitud de Arbitraje ante el CIADI, el consentimiento prestado por los Demandantes fue en realidad un consentimiento a un arbitraje internacional que pasaba por alto el sistema secuencial de resolución de controversias del TBI, pretendíendo colocar en su lugar un arbitraje del CIADI incondicional y marginando completamente la "oferta" efectuada por la Argentina e Italia en el TBI. Al igual que en el caso de la precondición de entablar consultas amistosas, también existe aquí una ausencia total de pruebas que demuestren un intento de parte de los Demandantes de incoar un procedimiento durante un plazo 18 meses ante los tribunales argentinos tal como lo prescribe el Artículo 8(2)-(3) del TBI.

450. Esta vez, los Demandantes invocaron en la Solicitud, en un intento de justificar su conducta, las tres consideraciones generales siguientes: (i) que la jurisprudencia constate de los tribunales arbitrales internacionales demostraría que la precondición considerada no constituía un obstáculo para la oferta de arbitraje establecida en el TBI; (ii) que en el presente caso los Demandantes habían sido eficazmente inhibidos de cuestionar la Oferta de Canje "irrazonable" de Argentina de 2005 a la luz del artículo 6° de la Ley N.° 26.017 y (iii) que recurrir a los tribunales locales hubiera sido una práctica completamente inefectiva ("futile exercise"), dado que era evidentemente imposible para los tribunales locales decidir un caso de tal magnitud en solo 18 meses³⁷¹.

³⁷⁰ Véase la sentencia de la CIJ del 1 de abril de 2011 en *el caso* concerniente *a la Aplicación de la CERD* (*Georgia c. Federación Rusa*), *supra* nota 283, párr. 159.

³⁷¹ Solicitud de Arbitraje, párrs. 88 y 89. Con posterioridad a la presentación de la Solicitud, en el Memorial de Contestación (párrs. 412 a 415), los Demandantes también invocaron, para justificar su incumplimiento del prerrequisito de recurrir a los tribunales locales, la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina del 5 de abril de 2005 en el caso *Galli* (Anexo CLA-37). En oposición a

451. El argumento de la "jurisprudencia constante" es impreciso y no se correspondía ya, cuando la Solicitud de Arbitraje fue presentada el 23 de junio de 2008, a la realidad de lo concluido por las diversas decisiones arbitrales del CIADI. El argumento de la "inhibición eficaz" a la luz de la Ley N.º 26.017 es insostenible en ausencia de pruebas de que los tribunales argentinos rechazaron algún intento de los Demandantes de incoar el procedimiento correspondiente en virtud de dicha Ley, o por inexistencia de causa para la acción o por la existencia algún otro inpedimento de cumplir con la regla de del Artículo 8(2)-(3). En cuanto al argumento de la "imposibilidad" o "inefectividad" de resolver la controversia en 18 meses, se trata de una lectura incorrecta del significado de dicha regla del TBI³⁷², así como de especulaciones acerca de las capacidades de los tribunales locales argentinos en vista del caso Galli y otras decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Argentina relativas a tenedores nacionales de bonos³⁷³. Según mi opinión, en la presente instancia, el alegato de los Demandantes con respecto a la inefectividad total del procedimiento ante los tribunales locales es, en realidad, una mera especulación, porque los tribunales argentinos nunca recibieron reclamaciones de los Demandantes. En suma, la inefectividad no ha sido establecida en primer lugar por las circunstancias de hecho del caso concernientes a la conducta adoptada por los Demandantes. Por consiguiente, no se está ante un caso de inefectividad evidente. No cabe suponer que argumentos especulativos puedan derogar el principio pacta sunt servanda o la regla del consentimiento del Estado a la jurisdicción del derecho internacional con sus corolarios.

452. Pero la Decisión de la Mayoría hace justamente eso. Por un lado, admite el carácter vinculante del recurso a los tribunales nacionales del Artículo 8 del TBI y que los Demandantes, titulares de derechos convencionales secundarios, no cumplieron con esa obligación convencional. Pero, por el otro lado, la Decisión de la Mayoría –como lo hizo con respecto a las consultas amistosas– establece que a pesar de ello "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"³⁷⁴. Mediante esta conclusión, la Decisión de la Mayoría sostiene la "excepción de inefectividad" alegada por los Demandantes invocando al respecto lo siguiente:

la

la Decisión de la Mayoría, no puedo dejar de rechazar el argumento del caso *Galli* porque dicho caso involucraba únicamente a nacionales argentinos sujetos a las leyes argentinas, y no extranjeros supuestamente protegidos por un tratado internacional como el TBI Argentina-Italia. No se ha presentado prueba alguna respecto de decisiones judiciales argentinas sobre tenedores extranjeros bajo la protección especial de un tratado.

372 La regla convencional en cuestión no se basa en la proposición de que la controversia deba resolverse

a regla convencional en cuestión no se basa en la proposición de que la controversia deba resolverse en 18 meses en los tribunales locales, sino en la suposición diferente de que la controversia deba someterse a los tribunales locales del Estado receptor, en este caso Argentina, por un plazo de 18 meses para intentar resolver la controversia antes de someterla al arbitraje internacional, por una decisión común soberana de Argentina e Italia (Artículo 8(2) y (3) del TBI).

³⁷³ No existe prueba alguna de un intento de los Demandantes de llevar ante los tribunales argentinos la controversia. Por lo tanto, no existen pruebas para que la Decisión de la Mayoría concluya que los argumentos mencionados en dichas decisiones de la Corte Suprema, de haberlo decidido así, se aplican "con igual fuerza a los tenedores de bonos no nacionales", ni tampóco razones para que se embarque en consideraciones altamente especulativas, innecesarias, y fuera de lugar, sobre la Constitución de la Nación Argentina y los procedimientos judiciales locales, inclusive sobre los costos que ello acarrearía, ignorando que los Demandantes han incoado procedimientos internacionales onerosos (párrs. 618 a 623 de la Decisión de la Mayoría).

³⁷⁴ Decisión de la Mayoría, párr. 628.

"[...] 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 inefectividad en la *lex lata* pertinente, es decir, el art. 8(2) y (3) del TBI Argentina-Italia" 375.

453. Esta conclusión se basa, en mi opinión, en un razonamiento que involucra serias desviaciones del derecho internacional aplicable a las cuestiones de jurisdicción y admisibilidad de que se trata, como también de reglas fundamentales de los procedimientos de arbitraje internacionales aplicables al ejercicio por el Tribunal de su facultad de decidir sobre su propia competencia (Artículo 41 del Convenio del CIADI). Con respecto al derecho internacional aplicable, el razonamiento de la Decisión de la Mayoría intenta alejarse por todos los medios del consentimiento a la jurisdicción resultante del *pacto* entre las Partes de la controversia, y llevar la cuestión al ámbito de la responsabilidad internacional por hechos ilícitos. En otras palabras, la Mayoría intenta neutralizar las reglas del juego en cuanto al "consentimiento" y al "derecho de los tratados" pertinentes y acercarse al campo del "derecho sobre la responsabilidad".

454. Esto explica por qué la Decisión de la Mayoría en sus párrafos 588 y 628 encuadra sus respectivas conclusiones sobre los prerrequisitos de las consultas amistosas y del recurso a los tribunales nacionales en términos de la *no violación de las disposiciones correspondientes del Artículo 8 del TBI por parte de los Demandantes.* Pero, la "violación" o "no violación" por cualquiera de las Partes de las disposiciones del TBI no es una cuestión a tratar en esta etapa del caso. El objeto de la presente etapa es la determinación por parte del Tribunal de la existencia y el alcance del consentimiento de las Partes al arbitraje del CIADI y si ambos consentimientos coinciden entre sí y, por consiguiente, se ha concluido la necesaria *convención de arbitraje*. En otras palabras, la determinación de si "las partes [han] consentido por escrito en someter [la diferencia] al Centro" (Artículo 25(1) del Convenio del CIADI).

455. Esta desviación injustificada de las reglas que regulan el consentimiento a la jurisdicción en el derecho internacional, y del derecho de los tratados relevante, encuentra una confirmación adicional en el hecho de que la Decisión de la Mayoría se basa como ya se ha mencionado en una "excepción de inefectividad" -considerada como una condición implícita en la obligación convencional establecida en el Artículo 8(2) y (3) del TBI Argentina-Italia- extrapolada de una formulación de la regla del agotamiento de los recursos internos del derecho consuetudinario internacional supuestamente aplicable en relación con el ejercicio de la protección diplomática. Sin embargo, ni Argentina ni Italia requirieron la aplicación de dicha regla al suscribir el Convenio del CIADI o, con posterioridad, cuando prestaron su consentimiento al arbitraje del CIADI tal como está contemplado en el TBI de 1990 (Artículos 25 y 26 del Convenio del CIADI). Además, las reglas especiales del sistema del CIADI excluyen la protección diplomática en su conjunto, salvo cuando el Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo (Artículo 27 del Convenio CIADI). Por lo tanto, la Decisión de la Mayoría se basa en la suposición de que los inversores extranjeros protegidos pueden reclamar simultáneamente en un procedimiento arbitral del CIADI lo que consideren unilateralmente ventajoso para ellos tanto del sistema convencional del CIADI con sus TBIs, como del derecho consuetudinario internacional referente a la protección diplomática.

_

³⁷⁵ *Ibídem*, párr. 626.

456. Por último, pero no por ello menos importante, la Decisión de la Mayoría identifica ex officio el umbral de la "excepción de inefectividad" en una de las excepciones a la regla consuetudinaria del agotamiento de los recursos locales establecida en el artículo 15(a) del Proyecto de Artículos sobre la Protección Diplomática de la CDI de 2006, un proyecto en consideración desde ese año por los gobiernos en el marco de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Ahora bien en el presente caso no se ha demostrado la "inefectividad" invocada, ni que la acción para la reparación pretendida no estuviese disponible dentro del sistema jurídico argentino o que éste último fuese completamente ineficaz para resolver la controversia. Por otro lado, el umbral en cuestión va más allá de la excepción a la regla del agotamiento de los recursos internos del artículo 44(b) de los Artículos sobre Responsabilidad por Hechos Internacionalmente Ilícitos de la CDI, que la Asamblea General llamó a la atención de los Estados en su Resolución 56/83 del 12 de diciembre de 2001. Además, como ya se ha dicho, la Decisión de la Mayoría se basa en el mencionado umbral a pesar de la reserva del artículo 17 del Proyecto de Artículos sobre la Protección Diplomática de la CDI de 2006 que dispone que "no se aplica en la medida en que sea incompatible con normas especiales de derecho internacional, tales como las disposiciones de tratados relativas a la protección de inversiones" (énfasis añadido) [Traducción del Árbitro]. Así las cosas, aplicar dicho umbral, con independientemente de su virtualidad o alcance, como si formase parte de una supuesta "condición implícita de excepción de inefectividad" del Artículo 8(2) y (3) del TBI Argentina-Italia de 1990 que formaría parte del derecho internacional positivo aplicable en las relaciones entre los dos países, no puede calificarse más que como una Decisión incomprensible y ultra vires de la Mayoría. Como ya se ha dicho, la Decisión de la Mayoría ha creado de la nada una excepción a las disposiciones de resolución de controversias del Artículo 8 del TBI Argentina-Italia (pacta sunt servanda), desconocida para las Partes Contratantes, invocando para aplicar dicha pretendida excepción el Artículo 31(3)(c) de la CVDT sin reparar que esta disposición de la CVDT remite el intérprete al derecho internacional positivo aplicable en las relaciones entre Argentina e Italia, como lo son las reglas que regulan la jurisdicción de los tribunales internacionales y, en primer lugar, el consentimiento a la jurisdicción de las partes de la controversia, así como las reglas que conforman el sistema mismo de interpretación de los tratados establecido por la CVDT fundado en el enfoque textual (aplicable en el presente caso, como regla de derecho internacional tanto convencional como consuetudinaria).

457. Las disposiciones del Artículo 8(2) y (3) del TBI evidentemente no son una versión convencional de la regla consuetudinaria de agotamiento de los recursos internos del derecho internacional, la cual no desempeña papel alguno al menos en esta fase del procedimiento. Sin embargo, la anterior lectura cuidadosa del razonamiento y la conclusión de la Decisión de la Mayoría sobre la cuestión considerada tiene su importancia pues confirma, una vez más, que el consentimiento prestado por los Demandantes respecto del arbitraje del CIADI no es un consentimiento coincidente con el consentimiento prestado por la Demandada al arbitraje internacional contemplado en la "oferta" del Artículo 8 del TBI. Los Demandantes presentaron la Solicitud de Arbitraje con la reserva o advertencia de que las precondiciones para el arbitraje internacional de dicho Artículo les eran inaplicables (párrafo 86 de la Solicitud) y así lo alegaron largo de todo el procedimiento, adoptando en todo momento una conducta consequente que evidencia que nunca desistieron de su actitud de incumplimiento de dichas precondiciones como cuestión de derecho.

458. A la luz de las consideraciones precedentes, concluyo que el consentimiento al arbitraje prestado por los Demandantes al presentar la Solicitud de Arbitraje ante el CIADI el 23 de junio de 2008 no se corresponde con el consentimiento de la Demandada al arbitraje del CIADI objeto de la "oferta" incluida en el Artículo 8 del TBI Argentina-Italia de lo que resulta que no se ha concluido debidamente la convención de arbitraje necesaria entre las Partes de la controversia. Por consiguiente, el Tribunal carece también de competencia para entender y pronunciarse sobre el fondo de la presente controversia en base a esta conclusión.

(b) La invocación de la cláusula de la NMF del Artículo 3(1) del TBI Argentina-Italia como una base alternativa de jurisdicción

459. La cláusula de la NMF del Artículo 3 del TBI Argentina-Italia fue mencionada en la Solicitud de Arbitraje en relación solamente con la supuesta violación por la Argentina de un "estándar sustantivo" a saber el estándar de protección y seguridad plenas ³⁷⁶. Sin embargo, en el Memorial de Contestación los Demandantes declararon que el Artículo 3 del TBI "excluye la obligación de recurrir a los tribunales locales" alegando que tanto el "argumento de la cláusula de NMF" como el "argumento de inefectividad" permitirían el incumplimiento por los Demandantes del recurso previo a los tribunales argentinos exigido por el Artículo 8(2) y (3) del TBI ³⁷⁷. En el Memorial de Réplica, la Demandada afirmó que la aplicación de la cláusula de la NMF se encontraba procesalmente precluída porque los Demandantes no habían invocado en su Solicitud de Arbitraje la aplicación de la cláusula para dicho fin adicional ³⁷⁸.

460. Los Demandantes rechazaron dicha afirmación de la Demandada en su Dúplica³⁷⁹ pero, en la audiencia, permanecieron en silencio con respecto a la declaración de que la cláusula de la NMF del Artículo 3 del TBI excluiría cualquier obligación de los Demandantes de recurrir a los tribunales argentinos por un plazo de 18 meses, según lo exige el TBI. La respuesta de la Demandada fue proponer que el Tribunal rechazase *in limine* dicho alegato de los Demandantes³⁸⁰. Sin embargo, los Demandantes hicieron referencia nuevamente a la cláusula de la NMF del Artículo 3(1) del TBI en relación con su incumplimiento del requisito de recurrir a los tribunales nacionales³⁸¹.

461. Como explica la Decisión en su párrafo 629, no fue necesario para la Mayoría abordar la cuestión de si la cláusula de la NMF incluida en el Artículo 3(1) del TBI Argentina-Italia podría autorizar a los Demandantes a invocar una disposición de resolución de diferencias, supuestamente más favorable, incluida en el Artículo VII (3) del TBI Argentina-Estados Unidos. Por consiguiente, la Decisión de la Mayoría no determinó la excepción de inadmisibilidad procesal planteada por la Demandada. Por mi parte, estimo que, en virtud de mis conclusiones en la presente fase sobre de excepciones preliminares, debo responder en esta Opinión al alegato jurisdiccional de los Demandantes concerniente a la aplicabilidad de la cláusula de la NMF del Artículo

³⁷⁹ Dúplica de los Demandantes, párrs. 190 a 191.

³⁷⁶ Solicitud de Arbitraje, párrs. 61 a 69.

Memorial de Contestación de los Demandantes, párrs. 400 a 423.

³⁷⁸ Memorial de la Demandada, párr. 476.

³⁸⁰ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párrs. 98 a 102.

³⁸¹ Escrito Posterior a la Audiencia de los Demandantes, párr. 117.

3(1) a la resolución de diferencias. Por lo tanto, complementaré a continuación la consideraciones generales de derecho internacional público en la Sección 1 (iv) de este Capítulo sobre el alcance de la aplicación de las cláusulas de la NMF redactadas de forma general y el principio *ejusdem generis* con algunas consideraciones adicionales, más específicas, relativas a la interpretación del Artículo 3(1) del TBI Argentina-Italia.

462. Mencionaré de la manera más breve posible los elementos y factores interpretativos que hacen poco convincente el argumento de los Demandantes sobre la cláusula de la NMF del Artículo 3(1). En primer lugar, seguir el argumento de los Demandantes significaría adoptar una interpretación extensiva del Artículo 3(1) del TBI en oposición al enfoque de la CVDT con respecto a la interpretación de los tratados que, como se ha dicho, excluye tanto las interpretaciones restrictivas como las extensivas, y adoptar una posición doctrinal expansiva tendente a *multilateralizar* las disposiciones de resolución de controversias de los TBI por medio de las cláusulas de la NMF³⁸², en completa contradicción con la regla sistémica del derecho internacional sobre el consentimiento del Estado a la jurisdicción (con sus corolarios) y el principio ejusdem generis que regula la operarividad de la cláusula de la NMF. También debe tenerse en cuenta lo declarado en el laudo de 2012 del caso Inspection and Control Services Limited c. República Argentina cuando dice que: "En el universo de las distintas respuestas a este interrogante y las muchas articulaciones de cada respuesta, cabe recordar que, en su raíz, lo que se está haciendo es un ejercicio de interpretación de tratados, cuyos resultados son inherentemente particulares respecto del tratado que se está interpretando", 383.

463. En efecto, los TBI son tratados que pertenecen al ordenamiento jurídico internacional y derivan su fuerza de la norma *pacta sunt servanda* de dicho ordenamiento. Por lo tanto, los términos y las disposiciones de los TBI deben interpretarse "de conformidad con las reglas normales de interpretación de los tratados y sin perder de vista los principios y las normas de derecho internacional aplicables a las relaciones entre las Partes Contratantes en el TBI"³⁸⁴ (Artículo 31(3)(c) de la CVDT), incluyendo la regla del consentimiento del Estado a la jurisdicción y el principio *ejusdem generis*. Se debe abordar el proceso interpretativo recordando al texto del Artículo 3(1) del TBI Argentina-Italia que establece lo siguiente:

"Cada Parte Contratante, en el ámbito de su territorio, acordará a las inversiones realizadas por inversores de la otra Parte Contratante, a las ganancias y actividades vinculadas con aquéllas y a todas las demás cuestiones reguladas por este Acuerdo, un trato no menos favorable a aquél otorgado a sus propios inversores o a inversores de terceros países".

464. La redacción del Artículo 3(1) no es por lo tanto explícita con respecto a la aplicación de la clausula a las cuestiones concernientes a la resolución de diferencias y el derecho internacional no interpreta el silencio de un Estado como su consentimiento

³⁸² Véase, por ejemplo, Stephan Schill, *Most-Favored-Nation Clauses as a Basis of Jurisdiction in Investment Ttreaty Arbitration – Arbitral Jurisprudence at a Crossroad,* The Journal of World Investment & Trade, Abril de 2009, pág. 203. Citado por los Demandantes, véase Dúplica de los Demandantes, pág. 63, párr. 194.

³⁸³ Inspection and Control Services, Laudo de 10 de febrero de 2012, supra nota 12, pág. 96, párr. 275. ³⁸⁴ Ibídem, págs. 98, párr. 279.

a una jurisdicción internacional determinadal³⁸⁵. Otras consideraciones generales que también deben tenerse en cuenta para la interpretación del Artículo 3(1) del TBI son las siguientes: (i) que combina en una única disposición el "trato nacional" y el "trato de la nación más favorecida"; (ii) que el Artículo 3 está ubicado en segundo lugar entre las "clausulas de protección materiales o sustantivas" (Artículos 2 a 7 del TBI) y es claramente diferenciable en la economia general del tratado de las definiciones (Artículo 1), de las disposición de resolución de controversias (Artículos 8 y 9) y de las cláusulas finales del tratado (Artículos 10 a 13); (iii) que todos los tratos excluidos por el Artículo 3(2) del trato acordado en el Artículo 3(1) poseen también carácter material o sustantivo; (iv) que el trato de NMF está acordado por el Artículo 3(1) con respecto a las "inversiones", a los "inversores" no se les acordó expresamente como tales un "trato de NMF" por el Artículo 3(1)³⁸⁶; (v) el Artículo 3(1) está redactado en los términos del "trato" de la inversión de los inversores, mientras que el Artículo 8 del TBI Argentina-Italia abarca los "derechos" y "obligaciones" acordados para la resolución de la controversia a los inversores y a los Estados Contratantes partes en la misma.

465. También es importante tener en cuenta lo que el texto del Artículo 3(1) omite expresamente o por inferencia. Por ejemplo, el Artículo 3(1) no realiza remisión alguna al Artículo 8 del TBI o, para el caso, a las "cuestiones" o "actividades" relacionadas con la resolución de controversias. Al mismo tiempo, es igualmente cierto que el Artículo 3(2) no excluye expresamente dichas cuestiones y/o actividades del Artículo 3(1). Sin embargo, dado que la "resolución de controversias" está excluida de las cláusulas de la NMF redactadas de forma general por aplicación del principio *ejusdem generis* del derecho internacional, es perfectamente posible que a las Partes Contratantes no se les haya ocurrido que la cláusula de la NMF del Artículo 3(1) del TBI pueda llegar a ser invocada algún día por un inversor para pasar por alto las estipulaciones relativas a la resolución de controversias expresamente pactadas por ellas en el Artículo 8 del TBI³⁸⁷.

466. El principio de contemporaneidad es otro elemento que debe ser tenido en cuenta en el proceso interpretativo. Después de todo, el TBI Argentina-Italia fue concluido 10 años antes que el caso *Maffezini*, es decir cuando la opinión generalmente aceptada era, según lo declaró la CIJ en el caso *Anglo-Iranian Oil Company*, que "la cláusula de la nación más favorecida [...] no tiene relación alguna con temas jurisdiccionales entre los dos gobiernos"[Traducción del Árbitro]³⁸⁸. Un tribunal debe tener en cuenta las consecuencias de los compromisos de las partes pero en la medida en que estos compromisos hayan sido contemplados razonable y legítimamente por las partes del acuerdo (*Amco Asia*), situación que no se da en el presente caso.

467. Términos del Artículo 3(1) del TBI Argentina-Italia como "trato", "actividades" o "todas las demás cuestiones", son ciertamente susceptibles de tener un significado

³⁸⁵ Daimler, supra nota 1, párr. 277.

³⁸⁶ Los términos "inversión" e "inversor" están definidos de manera separada en el Artículo 1 del TBI Argentina-Italia. Esta distinción ha sido importante en cierta jurisprudencia sobre arbitraje de diferencias relativas a inversiones, por ejemplo en el caso *RostInvest*. Sin embargo, la cita del párrafo 193 del caso *RostInvest* en la Dúplica de los Demandantes concierne la disposición de la clausula de la NMF relativa a los "inversores", y no a las "inversiones" (párrs. 131 a 132 de la Decisión).

³⁸⁷ Este es el fin declarado por los Demandantes en el presente caso con respecto al prerrequisito de litigar durante 18 meses ante los tribunales locales establecido en el Artículo 8(2) y (3) del TBI.

³⁸⁸ Fallo, , *Informes de la CIJ de 1952*, pág. 110. Para un análisis de la jurisprudencia de la CIJ y otros precedentes ver: Zachary Douglas, *International Law of the Investment Claims*, 2009, *supra* nota 166, págs. 345 a 356.

amplio, pero una interpretación de conformidad con la CVDT no termina con la toma en consideración de los términos de manera aislada. Por lo tanto, no es posible afirmar, sin más preámbulos, que la disposición de una cláusula de la NMF como la contemplada por el Artículo 3(1) se extiende a la resolución de controversias objeto de las disposiciones del Artículo 8 del TBI. En efecto, para estar en posición de afirmar la aplicación del Artículo 3(1) a cualquier cuestión o área, un tribunal arbitral tiene primero que haber sido investido de jurisdicción para entender en la cuestión por las partes de la controversia. Por lo tanto, para alcanzar el Artículo 3(1) del TBI el Tribunal debe poseer jurisdicción de conformidad con el Artículo 8. Esto significa, en el presente caso, que para que los Demandantes alcancen el Artículo VII del comparador TBI Argentina-Estados Unidos, el Tribunal debe estar una posición que le permita establecer su jurisdicción en virtud del Artículo 8 del básico TBI Argentina-Italia³⁸⁹.

468. Además, si fuera posible establecer la jurisdicción en virtud del Artículo 3(1) del TBI sin pasar por el Artículo 8, los Demandantes aún deberían probar que el texto de la cláusula de la NMF, según está redactado en el Artículo 3(1), refleja un consentimiento de los Estados Contratantes cierto, claro y sin ambigúedades, respecto de la jurisdicción arbitral internacional, tal como lo prestaron en el Artículo 8 de manera manifiesta e inequívoca. En otras palabras, se debe probar que el párrafo 1 del Artículo 3 es en realidad una base o título alternativos de jurisdicción arbitral internacional dentro del TBI. Afirmar la jurisdicción en virtud del del Artículo 3(1) sin dicha prueba (ausente en el presente caso) implicaría pasar por alto la regla del consentimiento del Estado a la jurisdicción del derecho internacional y considerar suficiente un consentimiento a la jurisdicción de un tribunal internacional que sería meramente presumido³⁹⁰.

469. Una de las primeras cuestiones textuales a determinar es si el término "trato" utilizado en el Artículo 3(1) del TBI comprende tanto un trato jurisdiccional como uno sustantivo³⁹¹. El texto mismo del Artículo 3(1) deja dudas acerca de si el más amplio sentido del término "trato" es el sentido corriente pretendido por los Partes Contratantes en la disposición. La cláusula de la NMF del Artículo 3(1) es en efecto silenciosa respecto de la extensión de su aplicación a disposiciones concernientes a la resolución de controversias, mientras que el Artículo 8 del mismo TBI establece con todo detalle un sistema secuencial de resolución de controversias relativas a inversiones entre un inversor y un Estado receptor. El Artículo 8 es por consiguiente un contexto llamado a jugar un papel primordial para la determinación del sentido corriente del término "trato"

.

³⁸⁹ De conformidad con lo establecido por el tribunal del caso *Daimler*: "en tanto la Demandante no haya cumplido todavía con la condición previa del consentimiento de Argentina al arbitraje internacional, sus argumentos sobre la NMF no son aún adecuados ante el Tribunal. Por lo tanto actualmente el Tribunal carece de competencia para decidir ningún reclamo fundado en la NMF <u>excepto</u> que las propias cláusulas de NMF le otorguen al Tribunal la competencia necesaria" (*supra* note 1, párr. 200).

³⁹⁰ Véase *Caso relativo al incidente aéreo de 27 de julio 1955 (Israel contra Bulgaria)*, Informes de la CIJ de 1959, pág. 142, en el mismo sentido.

³⁹¹El tribunal de caso *Wintershall*, *supra* nota 9, por ejemplo, rechazó la aplicación de la cláusula de la NMF del TBI Argentina-Alemania en el caso, porque el prerrequisito de litigar durante 18 meses ante los tribunales locales era parte de la "oferta" jurisdiccional integrada de arbitraje CIADI de Alemania y Argentina en su TBI, no porque el término "trato" *per se* no pueda incluir un arbitraje u otro medio de resolución de controversias internacionales cuando estuviera así estipulado en el TBI aplicable de manera cierta, clara e inequívoca.

en el marco del Artículo 3(1)³⁹², así como también para la confirmación de la ausencia de una relación *ejusdem generis* entre el objeto del Artículo 3(1) y el objeto del Artículo 8.

470. El Artículo 3(1) regula una concesión sustantiva del Estado Contratante, es decir la concesión del trato de NMF y del trato nacional que "en el ámbito de su territorio, acordará a las inversiones realizadas por inversores de la otra Parte Contratante". De ello se sigue que el término "trato" está limitado por el texto a las *actividades desarrolladas en el territorio del Estado receptor*, como en el caso de otros estándares, disposiciones y definiciones sustantivas del TBI. En contraste con lo anterior, el texto del TBI no enuncia ningún tipo de limitación territorial en las disposiciones sobre resolución de controversias (Artículos 8 y 9) o en las cláusulas finales (Artículos 10 a 13) del TBI. La inferencia lógica de esta diferencia textual es que el "trato" del Artículo 3(1) no comprende las actividades que tienen lugar fuera del territorio del Estado receptor como, por ejemplo, aquellas relacionadas con el presente procedimiento arbitral del CIADI.

471. Según el texto del Artículo 3(1), el "trato" de NMF concedido por el Estado receptor dentro del ámbito de su territorio se aplica a "ganancias y actividades vinculadas con las inversiones" así como también a "todas las demás cuestiones reguladas por el TBI". El término "ganancias", definido por el Artículo 1(3), no es un término susceptible de atraer como tal disposiciones sobre resolución de controversias de un TBI que haga de tratado comparador. Con respecto a las "actividades", el artículo califica el término mediante las palabras "vinculadas con aquellas". Se trata, por lo tanto, de "actividades" centradas en la conducta cotidiana normal de gestión y funcionamiento de la inversión, que son aquellas que se desarrollan en el territorio del Estado receptor y que, por ende, son diferentes de las actividades concernientes a *la resolución de controversias relativas a inversiones por medio del arbitraje internacional* en situaciones contenciosas entre el inversor y el Estado receptor

472. Queda por determinar el sentido de la expresión "todas las demás cuestiones reguladas por este Acuerdo" en el Artículo 3(1). Los Demandantes parecen confiar en esta expresión siguiendo la senda trazada por las decisiones de los casos Maffezini, Siemens, Gas Natural, Suez y otras similares que caracterizaron como "la constante jurisprudencia del CIADI"³⁹⁴, mientras omitieron la tendencia contraria desarrollada en las decisiones de los casos Salini c. Jordan, Plama, Telenor, Wintershall y otras similares³⁹⁵. En el proceso de determinación del sentido corriente de la expresión mencionada en el Artículo 3(1) uno debe tener presente lo siguiente: (i) que el alcance de la expresión está limitado a cuestiones dentro del "ámbito [del] territorio" del Estado receptor de conformidad con la definición de este último término del Artículo 1(4); (ii) que el alcance de la expresión está limitado a las cuestiones reguladas por el TBI

³⁹² Véase, por ejemplo, *Austrian Airlines c. República Eslovaca* (Reglas de Arbitraje de la CNUDMI), laudo final de 9 de Octubre de 2009, párr. 138 y *ICS Inspection and Control Services Limited supra* nota 12, párr. 296.

³⁹³ Wintershall, supra nota 9, párr. 171.

³⁹⁴ Memorial de Contestación de los Demandantes del 26 de noviembre de 2009, párr. 404.

³⁹⁵ De conformidad con lo establecido en el párr. 268 del laudo *Daimler* del 2 de agosto de 2012, *supra* nota 1: "Hasta la fecha, al menos nueve paneles arbitrales inversionista-Estado han concluido que una cláusula NMF de un TBI particular podría ser utilizada para modificar sus disposiciones de resolución internacional de controversias en tanto que otros diez han alcanzado el resultado contrario".

relacionadas con las "inversiones" y (iii) que el alcance de la expresión está limitado a las cuestiones del TBI con respecto al "trato" que deberá acordar el Estado receptor a las inversiones.

473. ¿Cuáles son "todas las demás cuestiones reguladas por el TBI"? Son las disposiciones del Acuerdo que "regulan" la protección material o sustantiva de las inversiones *además* de las relativas al trato nacional y la cláusula NMF del Artículo 3(1), a saber: la promoción y protección de las inversiones (Artículo 2), el resarcimiento por daños y perjuicios a las inversiones (Artículo 4), la nacionalización o expropiación de las inversiones (Artículo 5), la transferencia y repatriación de capitales, retribuciones e indemnizaciones en relación con una inversión (Artículo 6) y la subrogación en los créditos resultantes de una garantía de seguro contra riesgos no comerciales por inversiones (Artículo 7). La expresión en cuestión, redactada como una regla residual, remite al intérprete a "todas" las disposiciones materiales del TBI sobre la protección sustantiva de las inversiones.

474. Esta conclusión está confirmada por el Artículo 8(1) y el Artículo 5(1)(c) del TBI Argentina-Italia que, de conformidad con el del Artículo 31(2) de la CVDT, son contexto para la determinación del sentido corriente de la expresión "todas las demás cuestiones reguladas por este Acuerdo" en su Artículo 3(1). La misma expresión aparece por segunda vez precisamente en el Artículo 8(1) en el que el TBI Argentina-Italia que define las "controversias entre inversores y Partes Contratantes" [Traducción del Árbitro] cubiertas por la disposición sobre resolución de controversias. En efecto, el Artículo 8 define esas controversias entre un inversor y un Estado receptor como las relativas a inversiones "respecto a cuestiones reguladas por el presente Acuerdo", es decir con respecto a las cuestiones relativas a la protección sustantiva de las inversiones reguladas por los Artículos 2 a 7 del TBI, las cuale se diferencian también de las controversias entre las Partes Contratantes sobre la interpretación y la aplicación del TBI del Artículo 9.

475. El Artículo 5(1)(c) del TBI Argentina-Italia corrobora que las controversias relativas a inversiones entre un inversor y un Estado receptor con respecto a las cuestiones de protección sustantiva cuando –en relación con la determinación del monto de la indemnización en el caso de nacionalización y expropiación– establece, de manera obligatoria, que "[e]n caso de que no se llegara a un acuerdo entre el inversor y la Parte Contratante que adoptó la medida, la determinación de la indemnización se realizará según los procedimientos de solución de controversias indicados en el Artículo 8 del presente Acuerdo" (énfasis agregado). No se hace referencia tampoco aquí al Artículo 3(1) del TBI como base jurisdicción alternativa al sistema de resolución de controversias del Artículo 8 del TBI.

476. Está por lo tanto claro que el TBI Argentina-Italia distingue entre "cuestiones reguladas por el presente Acuerdo" y "procedimientos de resolución de controversias del Acuerdo", y que la primera expresión se refiere exclusivamente a cuestiones de protección material o sustantiva. Asimismo, como se demuestra brevemente más adelante, hay además un cierto número de elementos que concurren en la interpretación

de que el alcance de la cláusula de la NMF en el Artículo 3(1) del TBI que no cubre el tema de la resolución de las controversias relativas a las inversiones³⁹⁶.

477. Con respecto al argumento *expressio unius est exclusion alterius*, invocado por los demandantes³⁹⁷, la respuesta de principio es clara. Argentina e Italia no necesitan excluir la jurisdicción arbitral internacional en el Artículo 3(2) porque, en primer lugar, no se ha probado que hayan pactado la aceptación de la jurisdicción arbitral internacional, explícita o implícitamente, en el ámbito del Artículo 3(1) del TBI. Las excepciones al trato de cláusula de la NMF enumeradas en el Artículo 3(2) (también en el Protocolo Adicional, párr. 2(b)) con sus referencias a "ventajas" y/o "privilegios" remiten al trato sustantivo otorgado por el Estado receptor dentro de su territorio. No es el caso del procedimiento arbitral del CIADI.

478. Otro de los motivos por los cuales no considero que una cláusula de la NMF redactada como la del Artículo 3(1) del TBI Argentina-Italia pueda interpretarse según lo alegan los Demandantes es el hecho de que privaría de su *effet utile* a la disposición de resolución de controversias específicamente acordada en el TBI por las Partes Contratantes, sin una prueba clara y específica de una intención contraria de los Estados Contratantes (principio de efectividad controlado en el Artículo 31(1) por la buena fe y por el objeto y fin del tratado).

479. Por último, los Demandantes no han satisfecho en lo que a mi respecta la carga de la prueba de que Artículo VII del TBI Argentina-Estados Unidos - invocado por ellos, por intermedio de la cláusula de la NMF del Artículo 3(1) del TBI Argentina-Italia - que el primero de esos TBIs acuede realmente "un trato más favorable" que el segundo. El TBI Argentina-Estados Unidos establece un período de 6 meses de consultas y negociaciones obligatorias y otorga un efecto "de bifurcación de vías" (fork-in-the-road) a la elección por el inversor de medios alternativos de resolución de controversias. De hecho, cada uno de esos TBIs establece un sistemas de resolución de controversias diferente del otro, lo que autoriza a concluir que puedean caer dentro del ámbito de las excepciones de Maffezini³⁹⁸.

480. Asimismo, en el presente caso también se dan circunstancias adicionales que (como se explicará más adelante) resultan del incumplimiento por los Demandantes del prerrequisito de entablar "consultas amistosas" establecido en el TBI Argentina-Italia y del hecho de que presentaron su Solicitud de Arbitraje sin haber establecido con anterioridad la existencia en derecho de una controversia con la Demandada. Pues bien, de conformidad con el Artículo VII del TBI Argentina-Estados Unidos, el período de 6 meses para las consultas y negociaciones debe contarse *desde la fecha en que surgió la controversia*. Pero el Tribunal no cuenta con información respecto de dicha fecha.

³⁹⁶ Mi conclusión al respecto es similar a la alcanzada por la Profesora Brigitte Stern en la interpretación del Artículo 3(1) del TBI Argentina-Italia, en su opinión en el caso *Impregilo, supra* nota 300, y, *mutatis mutandis*, por el Sr. Christopher Thomas en su interpretación de la cláusula de la NMF correspondiente del TBI Argentina-Alemania en su opinión en el caso *Hochtief, supra* nota 306. También está basada en las explicaciones detalladas sobre la cuestión de las cláusulas de la NMF y la resolución de controversias que generalmente comparto que se desarrollan en los laudos *Wintershall, supra* note 9, (2008), *ICS Inspection and Control Services, supra* note 12, (2012) y *Daimler, supra* note 1, (2012).

³⁹⁷ Véase Memorial de Contestación de los Demandantes, párr. 407.

³⁹⁸ Véase en este punto el laudo *Wintershall*, *supra* note 9, párrs. 175 a 176.

481. A laluz de las consideraciones precedentes, rechazo el alegato de los Demandantes de que la cláusula de la NMF del Artículo 3(1) del TBI Argentina-Italia se extiende a las cuestiones relativas a la resolución de controversias del Artículo 8 y que, por consiguiente, tendrían el efecto de dispensar de la obligación de incoar un procedimiento durante 18 meses ante los tribunales locales argentinos, de conformidad con el Artículo 8(2) y (3) del TBI³⁹⁹.

(c) La inadmisibilidad de la Solicitud de Arbitraje: presentación prematura e incongruencia interna

482. En sus ansias por acceder directamente al arbitraje internacional, los Demandantes presentaron una Solicitud de Arbitraje prematura e internamente incongruente, que luego intentaron validar alegando, como se mencionó anteriormente, la "inefectividad" (<u>"futility"</u>) y la cláusula de la NMF del Artículo 3 del TBI Argentina-Italia. Pero esa presentación prematura de la Solicitud y su incongruencia interna plantaean en el presente caso cuestiones adicionales, esta vez, respecto de de admisibilidad de la Solicitud como tal.

(i) La cuestión de la existencia de una controversia entre las Partes con anterioridad a la fecha de la presentación de la Solicitud

483. La primera cuestión de admisibilidad planteada se relaciona con la determinación de si el 23 de junio de 2008 –fecha de la presentación de la Solicitud de Arbitraje ante el CIADI y del consentimiento por escrito de los Demandantes para someter la cuestión al Centro— existía entre las Partes "una diferencia" de naturaleza jurídica surgida directamente de una inversión, como estipula el Artículo 25(1) del Convenio del CIADI y respecto de cuestiones reguladas por el TBI Argentina-Italia tal como se dispone en su Artículo 8(1).

484. La Demandada no planteó una excepción preliminar específica en relación con a la cuestión de la *existencia de una controversia* entre las Partes respecto del objeto de la reclamación realizada por los Demandantes en su Solicitud de Arbitraje⁴⁰⁰. No obstante, en el punto (f) de su petitorio, la Demandada solicitó al Tribunal que determinase, alternativamente, *inter alia* que "los Demandantes carecen de legitimación para incoar este procedimiento"⁴⁰¹. Ahora bien, una de las primeras condiciones generales para tener legitimación activa para incoar procedimientos judiciales o arbitrales es *la existencia de la alegada controversia en la fecha crítica*, una cuestión preliminar ésta que por su propia naturaleza es susceptible de ser examinada *motu propio* por un tribunal internacional. Aunque la Mayoría no lo hizo en su Decisión. Estimo que, dadas las circunstancias del caso, debo responder a la cuestión planteada en la presente Opinión mediante la consideración de los hechos alegados en los documentos

.

³⁹⁹ Para ver indicaciones sobre la práctica estatal y la jurisprudencia internacional en relación con la cuestión del exceso de la aplicación de la cláusula de la NMF a la resolución de controversias que sigue la decisión del caso *Maffezini* (2000), véase la Decisión sobre Jurisdicción del caso *Plama* de 2005, *supra* nota 41, párrs. 200 a 227 y el laudo *Daimler* de 2012, *supra* note 1, párrs. 261 a 278.

⁴⁰⁰ Solicitud de Arbitraje, párrs. 11 y 12.

⁴⁰¹ Escrito Posterior a la Audiencia de la República Argentina, párr. 185.

presentados por las Partes y, en primer lugar, en la Solicitud de Arbitraje presentada por los Demandantes el 23 de junio de 2008.

485. En el derecho internacional público, se entiende que el sentido general del término "diferencia" utilizado en relación con la jurisdicción de un tribunal o corte internacionales es un "desacuerdo sobre un punto de hecho o de derecho, un conflicto de opiniones jurídicas o de intereses entre dos personas" En otras palabras, debe demostrarse que la reclamación de una parte es positivamente opuesta por la otra, siendo que la existencia de una diferencia se determina objetivamente como una cuestión de fondo mediante el examen de los hechos. La existencia de una diferencia puede, en ocasiones, inferirse de la falta de respuesta a una reclamación en aquellas circunstancias en las cuales se espera una respuesta ⁴⁰³. Pero, en cualquier caso, la controversia debe existir en la fecha en la que se presente la solicitud que incoa el procedimiento. Esta última fecha es la fecha crítica para determinar la admisibilidad de la solicitud correspondiente ⁴⁰⁴.

486. La Solicitud de Arbitraje presentada ante el CIADI por los Demandantes el 23 de junio de 2008 dedica su capítulo II a "Los hechos que forman la base de la controversia" (38 párrafos) [Traducción del Árbitro]. El capítulo menciona al comienzo que "las presentes reclamaciones deben observarse en comparación con el contexto histórico y especialmente con las políticas del gobierno argentino en relación con las crisis económicas del país a fines de los años ochenta y principios de los noventa, las cuales buscaban lograr que el entorno de inversiones sea más atractivo para los inversores extranjeros" y finaliza el relato histórico mencionando, en relación con la tendencia positiva en 2007 del crecimiento económico de Argentina, que "a pesar de su recuperación, Argentina, con firmeza y sin justificación —de manera discriminatoria y completamente arbitraria—, aún se niega a reembolsar a los titulares de los derechos sobre títulos no intercambiados, entre los que se encuentran los Demandantes, el valor completo de su inversión" [Traducción del Árbitro] Finalmente concluye de la siguiente manera:

"Dado que este comportamiento significa una clara violación de las obligaciones internacionales de Argentina, los Demandantes han decidido buscar una reparación en contra de Argentina mediante la presentación de sus reclamaciones ante el CIADI, como está contemplado en el TBI" [Traducción del Árbitro]⁴⁰⁷.

487. Sin embargo, en el Capítulo II de la Solicitud de Arbitraje, no se hace referencia alguna a intercambios entre las Partes que establezcan, o permitan establecer, que al 23 de junio de 2008, fecha de presentación de la Solicitud, existía una controversia entre las Partes concerniente al cumplimiento por la Demandada de sus obligaciones en virtud del TBI Argentina-Italia y/o del derecho internacional. El Capítulo III de la Solicitud, denominado "Argentina ha violado sus obligaciones en virtud del TBI y del derecho

_

⁴⁰² Mavrommatis Paslestine Concessions, supra nota 271, pág. 11.

⁴⁰³ Para la jurisprudencia de la CIJ sobre la cuestión véase: Caso sobre la Aplicación de la CERD (Georgia c. Federación Rusa), supra nota 283, párr. 30.

⁴⁰⁴ Acciones armadas fronterizas y transfronterizas (Nicaragua c. Honduras), Jurisdicción y Admisibilidad, Informes de la CIJ 1988, pág. 95, párr. 66.

⁴⁰⁵ Solicitud de Arbitraje, párr. 13.

⁴⁰⁶ *Ibídem*, párr. 37.

⁴⁰⁷ *Ibídem*, párr. 38.

internacional"[Traducción del Árbitro], comienza recordando el objeto de la controversia previamente definido en el párrafo 11 de la Solicitud. Tampoco se proporcionan elementos o pruebas relevantes que permitan determinar la existencia de una controversia entre las Partes, en relación con las violaciones descriptas por los Demandantes como constitutivas del objeto de la controversia incoada.

488. Es aún más significativo el hecho de que el Capítulo IV de la Solicitud, denominado "Jurisdicción del CIADI sobre la presente controversia" [Traducción del Árbitro] no mencione tampoco la existencia de una controversia de naturaleza jurídica entre las Partes como resultado de las alegadas violaciones de la Demandada. En el párrafo 71, la Solicitud determina que los prerrequisitos para la jurisdicción del CIADI son los siguientes: (i) que la diferencia sea de naturaleza jurídica; (ii) que la diferencia surga directamente de una inversión; (iii) que las partes de la diferencia sean un Estado Contratante y un nacional o nacionales del otro Estado Contratante; y (iv) que las partes hayan consentido por escrito en someter la diferencia al CIADI. Inmediatamente después, el párrafo 72 afirma que "todas estas condiciones se cumplen en el caso" [Traducción del Árbitro]. Sin embargo, la lista omite de la primera de todas las condiciones, a saber, la existencia de la controversia con anterioridad a la presentación de la Solicitud de Arbitraje.

489. Esto se confirma por el hecho adicional de que en la Sección relativa a la primera de las condiciones mencionadas, es decir "que la controversia en cuestión sea de naturaleza jurídica", no se dice nada con respecto a la *existencia de la controversia evocada*. De hecho, el párrafo 73 de la Solicitud se limita a indicar que: "Los términos de la controversia se resumen en el Capítulo II anterior (Los hechos que forman la base de la controversia). La controversia debe resolverse en virtud del derecho internacional, en particular del TBI (Artículo 2(2) y (5))." [Traducción del Árbitro]

490. De esta lectura de la Solicitud de Arbitraje de los Demandantes se deduce que en la fecha en la cual se presentó la Solicitud (23 de junio de 2008), no existía en derecho una controversia denaturaleza jurídica entre las Partes del presente caso sobre el cumplimiento por la Demandada de sus obligaciones en virtud del TBI Argentina-Italia y/o del derecho internacional. La Solicitud no contiene información sobre la existencia, en esa fecha, de un desacuerdo entre las Partes sobre el objeto de la reclamación de los Demandantes. No existe prueba fáctica alguna que permita determinar si los Demandantes realizaron dichas reclamaciones y si la Demandada se opuso positivamente con el resultado de poder afirmarse que en la fecha crítica existía efectivamente una controversia entre los Demandantes y la Demandada en el sentido del Artículo 25 del Convenio del CIADI y del Artículo 8 del TBI Argentina-Italia.

491. Tampoco es posible inferir la existencia de una controversia a partir de la falta de respuesta de la Demandada a la reclamación de los Demandantes porque la peculiaridad del presente caso radica precisamente en el hecho de la absoluta ausencia de pruebas acerca de si los Demandantes han realizado dicha reclamación a la Demandada con anterioridad a la presentación de la Solicitud de Arbitraje. No he encontrado, en los documentos del caso, declaraciones o intercambios entre las Partes anteriores al 23 de junio de 2008 sobre la existencia de la evocada controversia. Además, la ausencia en el

presente caso de toda iniciativa para establecer consultas amistosas entre las Partes tampoco ayuda a determinar la existencia de una controversia⁴⁰⁸.

492. Ante la falta de pruebas en contrario, concluyo que los Demandantes no han probado la existencia de una controversia entre ellos y la Demandada sobre el objeto de su reclamación con anterioridad a la fecha crítica. La Solicitud de Arbitraje es por lo tanto inadmisible.

(ii) La incongruencia interna de la Solicitud

493. La Solicitud de Arbitraje presentada es un documento con contradicciones, errores y omisiones, como ya se ha mencionado en el párrafo 112 de la presente Opinión. Esto tiene incidencia sobre varias cuestiones relativas a la jurisdicción y la admisibilidad, tales como el consentimiento por escrito de los Demandantes para *comenzar* el presente procedimiento arbitral ante el CIADI en contra de la República Argentina el 23 de junio de 2008 y su representación legal al presentar la Solicitud y durante la presente fase del procedimiento, así como también sobre la validez de la propia Solicitud dada su incongruencia interna en cuanto a la firma y presentación del documento. Estimo que la Solicitud es un documento *viciado* en muchos aspectos, algunos esenciales⁴⁰⁹. No estoy de acuerdo, por consiguiente, con lo que parece ser la proposición general subyacente a las conclusiones de la Decisión de la Mayoría en la materia⁴¹⁰, a saber que los vicios y defectos de la Solicitud son, después de todo, deficiencias leves o de menor cuantía. Mi opinión es diferente compartiendo, en general, los desarrollos y conclusiones sobre la cuestión de la República Argentina y, en particular, el resumen que se hace de los mismos en su Escrito Posterior a la Audiencia⁴¹¹.

494. Como explica la Decisión de la Mayoría, existe una interacción entre el requisito del Convenio del CIADI sobre el "consentimiento escrito para incoar la controversia" de conformidad con el art. 25 y el requisito de "presentación de la solicitud por escrito de conformidad con el art. 36"⁴¹². Dado que ya se ha tratado la cuestión esencial del consentimiento por escrito de los Demandantes, en el contexto del tema de la jurisdicción del Centro y la competencia del Tribunal, retomaré a continucación brevemente la cuestión desde el punto de vista de la admisibilidad de la Solicitud escrita presentada de conformidad con el Artículo 36 del Convenio.

495. Para este propósito, lo más significativa es, en mi opinión, el asunto de la firma y presentación de la Solicitud, junto con otras cuestiones colaterales relevantes relacionadas con el denominado Paquete de Mandato de NASAM, en particular, con el Mandato NASAM y el Poder de representación legal, elementos ambos del llamado Paquete de Mandato de NASAM⁴¹³. El texto de la Solicitud de Arbitraje no puede ser

⁴¹⁰ Capítulo II de la Decisión de la Mayoría.

⁴⁰⁸ En principio, la existencia de una controversia es una cuestión diferente de la iniciación de consultas o negociaciones, pero la existencia de estas últimas son útiles en ocasiones para ayudar a determinar dicha existencia.

⁴⁰⁹ Párr. 111-112 de la presente Opinión.

⁴¹¹ Escrito Posterior a la Audiencia de la República Argentina, párrs. 40 a 80.

⁴¹² Decisión de la Mayoría, párrs. 206 y ss.

⁴¹³ El Paquete de Mandato de NASAM, tal como fue presentado ante el Tribunal, incluía los siguientes documentos: (i) la Carta de Instrucciones de NASAM a los titulares de los derechos sobre títulos en bonos argentinos, (ii) el Mandato NASAM (el *Incarico*), (iii) el formulario para ser completado con los datos de

más claro en cuanto a la firma y la presentación de la Solicitud por los propios Demandantes. El párrafo relevante establece lo siguiente:

"84. En cuanto a la aceptación de los Demandantes de la oferta de arbitraje CIADI de la Argentina, usualmente se admite que la aceptación del inversor de la oferta del Estado receptor se manifieste, *inter alia*, mediante la presentación de una solicitud de arbitraje ante el CIADI. Para tales fines, los Demandantes aceptan por la presente someter la diferencia al arbitraje del CIADI **mediante la firma y presentación de esta Solicitud de Arbitraje.**" (énfasis agregado) [Traducción del Árbitro].

496. Por lo tanto, de acuerdo con la Solicitud de Arbitraje, los Demandantes (i) aceptaron la oferta de la Argentina de arbitraje ante el CIADI mediante la fórmula de la presentación de la Solicitud ante el Centro y (ii) aceptaron para estos propósitos la presentación de la controversia al arbitraje del CIADI mediante la firma y presentación de la Solicitud ante el Centro el 23 de junio de 2008. De esto se sigue que *la firma* de la Solicitud de Arbitraje por parte de los Demandantes es un elemento determinativo decisivo, según el propio texto de la Solicitud, del consentimiento de los Demandantes para arbitrar la controversia y para incoar el presente procedimiento en el Centro en la fecha mencionada. Sin embargo, las firmas de los Demandantes no figuran en la página de firmas de la Solicitud de Arbitraje⁴¹⁴.

497. Ninguno de los Demandantes firmó la Solicitud de Arbitraje. Como consecuencia, el párrafo 84 de la Solicitud nunca fue ejecutado. Existe, por consiguiente, una incongruencia interna evidente en la Solicitud (una marcada contradicción lógica, incoherencia o discordancia en el documento) que nunca fue corregida sobre un asunto (el consentimiento de los Demandantes a un arbitraje del CIADI en contra de Argentina sobre el objeto de la alegada controversia) de importancia primordial para la incoacción del presente procedimiento. Esta incongruencia interna vicia, en mi opinión, la validez de la Solicitud dando lugar a una causal de inadmisibilidad del documento. La Demandada está en lo cierto cuando afirma que "no se podía entablar acción alguna contra la Argentina sin que constaran las firmas de los Demandantes en la Solicitud de Arbitraje (en virtud de que esto era lo que se había acordado)", dada la forma de aceptación de la oferta de Argentina elegida por los Demandantes en el párrafo 84 de la Solicitud.

498. Esta forma de manifestar el consentimiento de los Demandantes al arbitraje y para instuir el presente procedimiento arbitral CIADI encuentra su confirmación más allá de cualquier duda razonable en las indicaciones contenidas en el Mandato NASAM y en la Carta de Instrucciones, según los cuales se esperaba que los eventuales Demandantes firmarían el Poder (y lo remitirían a NASAM o a la denominada *Multi Family Office*) de tal manera que fuera efectivo para la fecha de la firma de la Solicitud de Arbitraje por los Demandantesen la oficina del Sr. Parodi (único abogado designado en el Poder). La Carta de Instrucciones de NASAM establece: "Tendrá/n que firmar la solicitud de

1,

los Demandantes, (iv) el formulario para ser completado por los bancos de los Demandantes, (v) el Poder Especial (*Procura Speciale*), en idiomas italiano e inglés, que pretendía establecer un vínculo de representatividad legal de cada Demandante individual con el Abogado. Piero G. Parodi, el único abogado designado en los poderes (véase párr. 6(a) de la Solicitud).

⁴¹⁴ Solicitud de Arbitraje, pág. 42 (en la versión en ingles)

⁴¹⁵ Escrito Posterior a la Audiencia de la República Argentina, párr. 69.

arbitraje en la oficina del Dr. Parodi, cuando éste lo solicite"⁴¹⁶. Por lo tanto, el Plan de NASAM estipulaba: (i) que los posibles Demandantes firmaran la Solicitud de Arbitraje y (ii) que los posibles Demandantes lo hicieran en la oficina del Sr. Parodi, de manera que se pudiera verificar así la identidad verdadera de los numerosísimos de Demandantes y autenticar sus firmas respectivas.

499. Ninguno de estos dos requisitos se cumplió. La única persona que suscribió de puño y letra la Solicitud de Arbitraje presentada ante el CIADI el 23 de junio de 2008 fue el Sr. Radicati di Brozolo, quién, según la Solicitud, fue designado como coabogado por el Sr. Parodi de conformidad con las facultades que le fueron otorgadas a éste último por los Demandantes en el Poder⁴¹⁷. Además, parece ser que la presentación de la Solicitud ante el CIADI fue realizada por el Sr. Radicati di Brozolo sin documento o carta alguna del Sr. Parodi que lo acreditase como co-abogado. La única prueba ante el Tribunal sobre la conexión entre el Sr. Parodi y el Sr. Radicati di Brozolo fue proporcionada mucho después, en la Audiencia, a través de una carta de fecha 3 de junio de 2008 firmada por el Sr. Parodi y dirigida a los Sres. Radicati di Brozolo y Barra, pero presentada ante el Tribunal en enero de 2011. Según mi opinión, esta carta tiene un valor probatorio más que cuestionable. Por su parte, la Decisión de la Mayoría realiza toda clase de esfuerzos para "sanar" la falta de autorización del Sr. Radicati di Brozolo para firmar y presentar la Solicitud de Arbitraje el 23 de junio de 2008⁴¹⁸.

500. Sin embargo, el punto jurídico relevante para mi conclusión adicional de inadmisibilidad de la Solicitud de Arbitraje no radica en si antes de la fecha crítica el Sr. Parodi autorizó o no al Sr. Radicati di Brozolo para que firmara y presentara la Solicitud, sino en la incongruencia interna de la Solicitud presentada por éste. En otras palabras, la cuestión no es para mí la firma y presentación por parte del Sr. Radicati di Brozolo, sino la falta de firma y presentación de la Solicitud por parte de los Demandantes, lo que es un hecho fáctico incuestionable probado en el presente procedimiento. En cuanto a la autorización del Sr. Radicati di Brozolo para la firma y presentación, señalaré que de conformidad con el párrafo 6 de la Solicitud, las tres personas allí mencionadas (los Señores Parodi, Radicati di Brozolo y Parra) representaban en forma conjunta ("jointly") a los Demandantes, mientras que en la carta del Sr. Parodi a sus colegas abogados del 3 de junio de 2008 les otorgaba todos los poderes para representar a los Demandantes y para defenderlos en forma conjunta y separadamente ("severally"). Esta contradicción entre la carta del Sr. Parodi y la Solicitud de Arbitraje presentada por el Sr. Radicati di Brozolo agrega otra nueva incongruencia a la Solicitud.

501. De lo anterior resulta que la Solicitud de Arbitraje de los Demandantes es también inadmisible por un segundo motivo, a saber por el vicio de incongruencia interna respecto de la cuestión esencial de la manifestación del consentimiento de los Demandantes al arbitraje.

⁴¹⁶ Anexo N.º 107 de la República Argentina. Citado en párrafo 43 del Escrito Posterior a la Audiencia de la República Argentina.

⁴¹⁷ Véase Solicitud de Arbitraje, párr. 6(b).

⁴¹⁸ Véase Decisión de la Mayoría, párrs. 259 a 272.

V. CONCLUSIONES FINALES

502. Habida cuenta de las consideraciones y conclusiones precedentes, concluyo con respecto a los alegatos y las pruebas presentadas por las Partes sobre las excepciones preliminares de la Demandada, objeto de la presente fase del caso, lo siguiente:

- 1. Que este Tribunal no tiene jurisdicción *ratione materiae* sobre los instrumentos de deuda soberana (derechos sobre títulos en bonos argentinos de deuda soberana) porque éstos no constituyen una inversión protegida por el Convenio del CIADI y el TBI Argentina-Italia, dada su naturaleza y en ausencia de un vínculo territorial con Argentina;
- Que este Tribunal no tiene jurisdicción en virtud del Convenio del CIADI y del TBI sobre el tipo de acción de reclamaciones de múltiples partes ejercida por los Demandantes, en ausencia del consentimiento o la acquiescencia de Argentina al respecto;
- 3. Que la excepción de jurisdicción *ratione personae* no posee en las circunstancias del caso un carácter exclusivamente preliminar y, como consecuencia, no es susceptible de resolución en esta fase preliminar sobre jurisdicción y admisibilidad;
- 4. Que la excepción de la inexistencia *prima facie* de una reclamación convencional no posee tampoco en las circunstancias del caso un carácter exclusivamente preliminar y, por lo tanto, no es susceptible de resolución en la presente fase;
- 5. Que el Tribunal no tiene jurisdicción por la falta de consentimiento de la Demandada al arbitraje internacional en ausencia del cumplimiento por parte de los Demandantes de los prerrequisitos de las consultas amistosas previas y de litigar durante 18 meses en los tribunales argentinos, tal como lo establece el Artículo 8 del TBI;
- 6. Que el Tribunal no tiene jurisdicción porque el consentimiento de los Demandantes al arbitraje, como se manifiesta en su Solicitud de Arbitraje, no coincide con el consentimiento de la Demandada al arbitraje internacional establecido en el Artículo 8 del TBI y, como consecuencia, el acuerdo entre las partes de la controversia de recurrir al arbitraje del CIADI (convención de arbitraje) no ha sido debidamente concluido mediante la presentación de la mencionada Solicitud;
- 7. Que la cláusula de la NMF del Artículo 3(1) del TBI Argentina-Italia no se extiende a cuestiones relativas a los medios de resolución de controversias internacionales; y
- 8. Que la Solicitud de Arbitraje de los Demandantes es inadmisible por dos razones, a saber por haber sido presentada con anterioridad a la existencia en derecho internacional de una diferencia de naturaleza jurídica entre los

Demandantes y la Demandada, así como por que el instrumento está viciado por incongruencia interna.

Por estas razones,	no puedo	estar de	acuerdo	con la	Decisión	de la	Mayoría	y pi	resento
esta Opinión diside	ente.								

[firmado y fechado]

Santiago Torres Bernárdez