

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
Washington, D.C.

En el Procedimiento entre

CMS Gas Transmission Company
(Demandante)

y

La República Argentina
(Demandado)

Caso No. ARB/01/8

Decisión del Tribunal sobre
Excepciones a la Jurisdicción

Miembros del Tribunal
Profesor Francisco Orrego Vicuña, Presidente
Honorable Marc Lalonde P. C., O. C., Q. C.
S.E. el Juez Francisco Rezek

Secretaria del Tribunal
Señora Margrete L. Stevens

En representación del Demandante

Lucy Reed
Sylvia Noury
Freshfields Bruckhaus Deringer LLP
Nueva York
Estados Unidos de América
Nigel Blackaby
Freshfields Bruckhaus Deringer
París
Francia
Guido Santiago Tawil
M. & M. Bomchil Abogados
Buenos Aires
Argentina

En representación del Demandado

Rubén Miguel Citara
Procurador del Tesoro de la Nación
Procuración del Tesoro de la Nación
Buenos Aires
Argentina

Fecha de la decisión: 17 de julio de 2003

A. Procedimiento.

1. El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI o el Centro) recibió el 26 de julio de 2001 una Solicitud de Arbitraje de CMS Gas Transmission Company (CMS), sociedad constituida en los Estados Unidos de América, en contra de la República Argentina. La Solicitud se refiere a la suspensión por la República Argentina del procedimiento para reajustar las tarifas para el transporte de gas con que operaba una empresa en la que CMS ha realizado una inversión. El Demandante invoca en su Solicitud las disposiciones del “Tratado entre la República Argentina y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones” de 1991 (TPPI o Tratado).¹
2. El 27 de julio de 2001, de conformidad con la Regla 5 de las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje del CIADI (Reglas de Iniciación), el Centro acusó recibo de la Solicitud y comunicó una copia de la misma a la República Argentina y a la Embajada de la República Argentina en Washington D.C.
3. El 15 de agosto de 2001, el Centro solicitó a CMS que confirmara que la controversia indicada en la Solicitud no había sido presentada por CMS para su solución de acuerdo con algún procedimiento de solución de controversias previamente acordado y que fuese aplicable, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo VII(2)(b) del TPPI. El 23 de agosto de 2001, CMS confirmó que no había dado ningún paso en ese sentido.
4. El 4 de agosto de 2001, el Secretario General del Centro registró la Solicitud de conformidad con el Artículo 36(3) del Convenio del CIADI (el Convenio). En esa misma fecha, el Secretario General, de conformidad con la Regla de Iniciación 7, notificó a las partes del acto de registro de la Solicitud y las invitó a proceder a constituir un Tribunal de Arbitraje lo antes posible.

5. El 30 de agosto de 2001, el Centro recordó a la República Argentina la propuesta del Demandante acerca del número de árbitros y el método para su nombramiento. En los términos de esta propuesta, contenida en el párrafo 60 de la Solicitud de Arbitraje, el Tribunal de Arbitraje estaría constituido por tres árbitros, uno designado por cada parte y el tercero, quien presidiría el Tribunal, nombrado de común acuerdo por las partes.
6. El 13 de septiembre de 2001, la República Argentina informó al Centro acerca de su conformidad con la propuesta de CMS relativa al número de árbitros y al método de su nombramiento. En la misma fecha el Centro informó a las partes que debido a que el acuerdo acerca del número de árbitros y el método para su nombramiento era equivalente a aquel previsto en el Artículo 37(2)(b) del Convenio, las invitaba a seguir el procedimiento indicado en la Regla 3 de las Reglas de Arbitraje para el nombramiento de los árbitros.
7. El 24 de octubre de 2001, la República Argentina designó como árbitro al Juez Francisco Rezek, nacional de Brasil. El 9 de noviembre de 2001, CMS designó como árbitro al Honorable Marc Lalonde P. C., O. C., Q. C, nacional de Canadá. Las partes, sin embargo, no llegaron a un acuerdo acerca de la designación del tercer árbitro y Presidente del Tribunal. En estas circunstancias, el Demandante, mediante carta del 5 de diciembre de 2001, solicitó que el tercer árbitro y Presidente del Tribunal en este procedimiento fuese designado de conformidad con el Artículo 38 del Convenio.²
8. Previa consulta con las partes, el Profesor Francisco Orrego Vicuña, nacional de Chile, fue debidamente designado como Presidente del Tribunal de Arbitraje. El 11 de enero de 2002, el Secretario General del Centro, de conformidad con la Regla 6(1) de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI (Reglas de Arbitraje), notificó a las partes que los tres árbitros habían aceptado sus nombramientos y que se entendía por consiguiente que el Tribunal se había constituido en esa fecha. En la misma fecha, de conformidad con la

Regla 25 del Reglamento Administrativo y Financiero del Centro, las partes fueron informadas que el Señor Alejandro Escobar, Consejero Jurídico Principal del Centro, se desempeñaría como Secretario del Tribunal de Arbitraje.

9. La primera sesión del Tribunal con las partes se realizó el 4 de febrero de 2002 en la sede del Centro, en Washington D.C. En dicha sesión las partes expresaron su acuerdo en el sentido de que el Tribunal había sido correctamente constituido, de conformidad con las disposiciones del Convenio y las Reglas de Arbitraje, agregando que no tenían objeción alguna a este respecto.

10. En el curso de la primera sesión las partes acordaron diversos aspectos de procedimiento, de los que se dejó constancia en el acta respectiva, firmada por el Presidente y el Secretario del Tribunal. El Tribunal, luego de escuchar los planteamientos de las partes sobre la materia, estableció los siguientes plazos para las actuaciones escritas del procedimiento: el Demandante presentaría un memorial dentro de los 120 días siguientes a la fecha de la primera sesión; el Demandado presentaría su memorial de contestación dentro de los 120 días siguientes a su recepción del memorial del Demandante; el Demandante presentaría una réplica dentro de los 60 días siguientes a su recepción del memorial de contestación; y el Demandado presentaría su réplica dentro de los 60 días siguientes a su recepción de la réplica. En la primera sesión se acordó igualmente que, en el caso de que el Demandado presentara objeciones a la jurisdicción, se aplicarían los siguientes plazos: el Demandado presentaría su memorial sobre objeciones a la jurisdicción dentro de los 60 días siguientes a su recepción del memorial del Demandante sobre el fondo del asunto; el Demandante presentaría su memorial de contestación a las objeciones a la jurisdicción dentro de los 60 días siguientes a su recepción del memorial sobre jurisdicción del Demandado; el Demandado presentaría su réplica sobre jurisdicción dentro de los 30 días siguientes a su recepción de la memoria de contestación sobre jurisdicción del Demandante; y el Demandante presentaría su

- dúplica sobre jurisdicción dentro de los 30 días siguientes a su recepción de la réplica del Demandado sobre jurisdicción.
11. El 24 de mayo de 2002 el Demandante solicitó una extensión del plazo para presentar su memorial hasta el 5 de julio de 2002. El 6 de junio de 2002 el Tribunal otorgó esta extensión. Al otorgar la extensión el Tribunal recalcó que la República Argentina tendría derecho a una extensión equivalente del plazo fijado para la presentación de su memorial de contestación, si acaso ello se solicitaba.
 12. El día 5 de julio de 2002 el Demandante presentó su memorial sobre el fondo de la controversia y la documentación que la acompañaba. El 5 de agosto de 2002, la Señora Margrete L. Stevens reemplazó al Señor Alejandro Escobar como Secretario del Tribunal. El 4 de septiembre de 2002 la República Argentina solicitó una extensión del plazo fijado para la presentación de su memorial sobre jurisdicción hasta el 7 de octubre de 2002, lo que fue acordado por el Tribunal el 11 de septiembre de 2002. El 7 de octubre de 2002 la República Argentina presentó su memorial sobre jurisdicción.
 13. El 24 de octubre de 2002, después de la presentación de las objeciones a la jurisdicción por el Demandado, el procedimiento sobre el fondo se suspendió de conformidad con la Regla de Arbitraje 41(3).
 14. El 17 de diciembre de 2002 el Demandante presentó su memorial de contestación a las objeciones a la jurisdicción. El 22 de enero de 2003 las partes solicitaron una extensión de 30 días para cada una para la presentación de los dos escritos restantes sobre jurisdicción. El 27 de enero de 2003 el Tribunal otorgó las extensiones solicitadas y fijó el 11 de febrero de 2003 para la presentación de la Réplica sobre jurisdicción y el 25 de marzo de 2003 para la presentación de la dúplica sobre la misma materia.

15. El 13 de febrero de 2003 el Demandado presentó su réplica en materia de jurisdicción, así como el Demandante presentó su dúplica sobre esta materia el 25 de marzo de 2003.
16. La audiencia sobre jurisdicción se realizó durante los días 7 y 8 de abril de 2003 en la sede del Centro en Washington, D.C. La Señora Lucy Reed y los Señores Nigel Blackaby, Jonathan Sutcliffe y Guido Tawil hicieron presentaciones ante el Tribunal en representación del Demandante. El Señor Ignacio Suárez Anzorena hizo la presentación en representación de la República Argentina. El Tribunal hizo preguntas a las partes de conformidad con la Regla de Arbitraje 32(3).
17. El Tribunal ha deliberado y considerado detenidamente los planteamientos escritos de las partes sobre el asunto de jurisdicción y los argumentos orales presentados con ocasión de la audiencia sobre jurisdicción durante los días 7 y 8 de abril de 2003. Como se señaló anteriormente, la consideración del fondo de la controversia fue pospuesta hasta que el Tribunal decidiese sobre el asunto de la jurisdicción del Centro y la competencia del Tribunal para conocer esta controversia. Habiendo considerado los hechos básicos de la controversia, el Convenio y el TPPI entre la República Argentina y los Estados Unidos de América, así como los argumentos escritos y orales de las partes, el Tribunal ha resuelto lo siguiente en cuanto al asunto de jurisdicción.

B. Consideraciones.

El programa de privatizaciones de la República Argentina

18. A partir de 1989, la República Argentina emprendió un vasto programa de privatizaciones de las empresas de propiedad estatal y otras actividades económicas,³ a la vez que procedió a fijar la paridad del peso con el dólar de los Estados Unidos y adoptó otras medidas de estabilización.⁴ Alcanzar la estabilidad

de la moneda, eliminar la inflación y atraer las inversiones extranjeras eran algunos de los objetivos importantes de este programa.

19. Un sector principal sujeto a la privatización fue la industria del gas. La Ley de Privatización del Gas,⁵ el Decreto que la aplicó,⁶ un Memorando Informativo emitido en 1992,⁷ el Modelo de Licencia⁸ y otros instrumentos fueron preparados y puestos en vigor para lograr la reorganización de este importante sector de la economía. Dentro de este marco jurídico general, Transportadora de Gas del Norte (TGN), una sociedad constituida en la Argentina, obtuvo en 1992 una licencia para el transporte de gas, a la vez que paquetes de acciones de la compañía de que era propietario el Estado se vendieron a inversionistas privados. Tras una segunda Oferta Pública de Acciones realizada en 1995, CMS compró las acciones que todavía pertenecían al Estado y que representaban el 25% de TGN; luego adquirió un 4.42% adicional que había sido asignado a un programa de participación accionaria de los empleados, con lo cual totalizó 29.42% de TGN.
20. De conformidad con los arreglos hechos para la privatización de este sector, las tarifas se calcularían en dólares de los Estados Unidos y se expresarían en pesos a la tasa de cambio vigente al momento de la facturación, a la vez que esas tarifas se reajustarían cada seis meses de acuerdo al Índice de Precios del Productor de los Estados Unidos (PPI). Luego de una crisis económica y financiera de gran envergadura, la República Argentina puso en vigor a partir de fines de 1999 diversas medidas que, en la opinión del Demandante, tuvieron un efecto adverso en sus negocios y violaron las garantías que protegían su inversión en TGN. Estas diversas medidas condujeron más tarde a la devaluación de la moneda y a la adopción de medidas financieras y administrativas adicionales que, según se arguye, también tuvieron un efecto adverso sobre el inversionista.⁹
21. La República Argentina no comparte esos puntos de vista y considera que las medidas adoptadas tuvieron un significado y alcance diferente del que advierte CMS. Más aún, la República Argentina explica que muchas de esas medidas

tenían una naturaleza transitoria, que actualmente están sometidas a un proceso de renegociación con los inversionistas en el programa de privatizaciones y que no significan una expropiación de la inversión realizada. Se afirma además que las únicas garantías que la República Argentina ofreció a CMS eran aquellas establecidas en los términos y condiciones de la licencia, y éstas no han sido quebrantadas.

Naturaleza y límites de la decisión sobre jurisdicción y competencia

22. La controversia entre las partes ha sido sometida a arbitraje en el marco del Convenio del CIADI de conformidad con el Tratado sobre Promoción y Protección Reciproca de Inversiones entre la República Argentina y los Estados Unidos.¹⁰ Si bien muchos de los puntos de vista expresados por las partes se refieren a aspectos propios del fondo de la controversia, el Tribunal debe decidir en esta etapa sólo los aspectos de jurisdicción y competencia. Las consideraciones que siguen se refieren, por supuesto, únicamente a las cuestiones y hechos que son pertinentes para este caso específico.

Distinción entre las medidas de interés público y las medidas específicamente dirigidas a una industria

23. Tanto en las presentaciones escritas como en la audiencia realizada en materia de jurisdicción, la República Argentina ha planteado, en relación con cuestiones de admisibilidad, el problema de que una parte de la reclamación de CMS se refiere a medidas de política económica general que afectan al país como un todo y no a medidas específicamente relacionadas con la industria del gas. Las medidas de interés público, se agrega, son principalmente aquellas relacionadas con la situación de emergencia económica, financiera y social ocurrida a fines de 2001 y comienzos de 2002, que llevaron a la modificación de la política cambiaria y monetaria hasta entonces en vigor.

24. La República Argentina analiza específicamente en sus presentaciones el Decreto 1570/01 del 1 de diciembre de 2001¹¹ y la Ley No. 25.561 del 6 de enero de 2002, relacionadas con la emergencia pública y la modificación del sistema cambiario.¹² Esta legislación puso término al régimen de convertibilidad y paridad del peso argentino con el dólar de los Estados Unidos que había sido aplicada desde comienzos de 1991 por la Ley No. 23.928.¹³ La mayoría de las inversiones nacionales y extranjeras en el sector de los servicios públicos se hicieron bajo ese régimen en la década de 1990. La nueva legislación también dispuso la reestructuración y renegociación de los contratos públicos y privados suscritos en moneda extranjera, abolió el derecho de los beneficiarios de las licencias en el sector público regulado a reajustar las tarifas de acuerdo a los índices de precios de los Estados Unidos y convirtió las tasas y tarifas a pesos a la tasa de cambio de un peso por dólar. Un proceso de renegociación, que todavía se encuentra en marcha, vino después de la “pesificación” y de las medidas relacionadas. El Demandante considera que todas estas medidas no son separadas y diferenciables de la controversia original, con la que forman un todo continuo. Según el punto de vista del Demandante, el conjunto de estas medidas ha afectado significativamente el valor de su inversión, lo que la República Argentina cuestiona.
25. Si bien una buena parte de las argumentaciones de las partes sobre las medidas originales y las que siguieron tienen una estrecha relación con el fondo de la controversia, el Tribunal considera que es necesario establecer desde el comienzo una clara distinción entre medidas de naturaleza económica general, especialmente en el contexto de la emergencia económica y financiera que se ha indicado, y aquellas medidas específicamente dirigidas a la operación de las inversiones.
26. El Convenio del CIADI y la competencia de los tribunales establecidos a su amparo fueron concebidos como un sistema de solución de controversias jurídicas que surgen directamente de una inversión, criterio que se incluyó específicamente

- en el Artículo 25(1) del Convenio. Esta definición claramente excluye dos categorías de controversias. Primero, excluye aquellas materias que no tienen una naturaleza jurídica y, enseguida, excluye aquellas controversias que no surgen directamente de la inversión realizada.
27. De lo anterior resulta que, en este contexto, las cuestiones de política económica general que no se relacionan directamente con la inversión, a diferencia de aquellas medidas que se dirigen en forma específica al funcionamiento del negocio de que se trata, normalmente no quedarán cubiertas por la jurisdicción del Centro y la competencia de sus tribunales. Una relación directa puede, no obstante, ser establecida también si acaso esas medidas generales se adoptan en violación de compromisos específicamente adquiridos con el inversionista en los tratados, la legislación o los contratos. En tal caso, lo que queda cubierto por la jurisdicción del Centro no son las medidas generales en sí sino la manera como ellas pueden violar esos compromisos específicos.
28. Este problema no es por cierto nuevo en el derecho internacional.¹⁴ El patrón oro o monedas de referencia incluidas en operaciones financieras, las cláusulas de estabilización incorporadas en los contratos y, más recientemente, la vasta red de tratados bilaterales de inversión, son todas expresiones de esta búsqueda de estabilidad y certeza jurídica. El derecho del Estado receptor a adoptar sus políticas económicas, junto a los derechos de los inversionistas en el marco de un sistema de garantías y protección, constituyen la esencia de este difícil equilibrio, que el Convenio se esmeró en preservar.
29. En un caso reciente un tribunal del CIADI sostuvo que “los acuerdos bilaterales sobre inversiones no son pólizas de seguro contra malas decisiones de negocios.”¹⁵ De manera similar, estos tratados no pueden aislar totalmente una inversión extranjera de la situación económica general de un país. Proveen, por cierto, criterios relativos al tratamiento justo y equitativo, no discriminación, garantías con respecto a la expropiación y a otras materias, pero no pueden

impedirle a un país a que escoja sus propias preferencias económicas. Estas opciones no se encuentran bajo la jurisdicción del Centro y los tribunales del CIADI no pueden emitir juicios acerca de si esas políticas han sido bien o mal concebidas. Sólo se puede juzgar si los derechos de los inversionistas han sido violados.

30. En este caso las partes parecen no estar en desacuerdo con este razonamiento. La República Argentina, al argumentar acerca de las diferencias que en su opinión existen entre dos tipos separados de controversias, enfatiza que las medidas generales de la emergencia pública económica afectan al país y a la población como un todo y que no están dirigidas en contra de los inversionistas. Más importante aún, al justificar su reclamo de compensación respecto de la “pesificación”, el Demandante también ha afirmado:

“No obstante, cabe destacar que el reclamo indemnizatorio que realiza CMS no se funda en la devaluación del peso, sino en la pérdida de valor de su inversión como consecuencia de la dismantelación del régimen tarifario dispuesto en términos de dólares estadounidenses por parte de Argentina”¹⁶

31. En la audiencia oral sobre jurisdicción realizada en este caso, el abogado del Demandante, al referirse a la distinción entre medidas generales y específicas, sostuvo que

“CMS supone que puede hacerse esa distinción. (...) Sin embargo, CMS no está planteando en absoluto un reclamo respecto de las medidas económicas generales, sino sobre las medidas específicas de las autoridades federales argentinas que violaron los compromisos realizados ante CMS de conformidad con el Tratado y el derecho internacional”.¹⁷

32. El Demandante también ha explicado que no está insistiendo por ahora en un aspecto anterior de su reclamación en contra de la República Argentina, relativa a las restricciones sobre la transferencia de fondos al extranjero que surgen del Decreto 1570/01,¹⁸ por cuanto estas restricciones “no han tenido hasta la fecha un impacto significativo sobre CMS o su inversión”.¹⁹ Igualmente el Demandante ha reservado su derecho de reactivar este reclamo si en el futuro se ocasionan daños que violen el Artículo V del TPPI. En las declaraciones y decisiones indicadas el

- Demandante separa las medidas generales de política económica, en particular la devaluación, del efecto adverso sustantivo que ellas puedan haber tenido sobre su inversión a la luz del Tratado, la legislación y los contratos.
33. Sobre la base de estas consideraciones el Tribunal concluye en este aspecto que no tiene jurisdicción sobre medidas generales de política económica adoptadas por la República Argentina y que no puede emitir juicio sobre si acaso ellas son acertadas o equivocadas. Sin embargo, el Tribunal también concluye que tiene jurisdicción para examinar si medidas específicas que afectan la inversión del Demandante, o medidas generales de política económica que tienen una relación directa con esa inversión, han sido adoptadas en contravención a los compromisos jurídicamente obligatorios adquiridos con el inversionista mediante los tratados, la legislación o los contratos.
 34. Si bien conceptualmente la línea que separa una materia de otra es clara, en la práctica la determinación de si cierta reclamación pertenece a una u otra categoría sólo podrá realizarse a la luz de las pruebas que las partes deberán aportar y discutir en la fase relativa al fondo de la controversia. El abogado de la República Argentina ha explicado correctamente que la distinción hecha “puede tener una gran importancia en materia de responsabilidad”.²⁰ Ello significa, en efecto, que la determinación de que materias entran dentro de la jurisdicción del Tribunal o se encuentran fuera de ella se fusiona con la determinación de si determinada reclamación está o no relacionada con medidas específicas que afecten la inversión.
 35. Por ahora, el hecho de que el Demandante haya demostrado en principio que ha sido adversamente afectado por medidas adoptadas por la República Argentina es suficiente para que el Tribunal considere que la demanda, en cuanto se refiere a esta materia, es admisible y que el Tribunal tiene jurisdicción y competencia para examinarla en cuanto al fondo de la controversia.

Objeción a la admisibilidad en función de carecer el Demandante de capacidad para actuar

36. La República Argentina ha objetado la admisibilidad de la demanda de CMS sobre la base de que el Demandante no tiene los derechos en que fundamenta su reclamación, es decir, por ser TGN el beneficiario de la Licencia y CMS sólo un accionista minoritario en la sociedad, únicamente TGN podría reclamar por algún daño que haya sufrido. Se argumenta además que, siendo TGN una sociedad Argentina, no tiene la condición de inversionista extranjero en los términos del TPPI ni puede considerarse que la Licencia sea una inversión extranjera. Resulta de lo anterior, en la opinión del Demandado, que CMS no está reclamando por daños directos sino por daños indirectos que emanarían de su participación minoritaria en TGN.
37. La República Argentina también ha explicado que, además, CMS no puede reclamar basándose en su participación proporcional en TGN pues ello significaría que los accionistas tienen una capacidad de actuar diferente de la capacidad de la sociedad. En el caso de que TGN alcance un acuerdo con la República Argentina, se agrega, CMS sólo podría oponerse al mismo como una cuestión interna de la sociedad y no como titular de un derecho de acción independiente.
38. El Demandado explica que la única garantía que la República Argentina otorgó a CMS se refería a la condición jurídica de las acciones que la República Argentina transfirió al Demandante en el contexto del proceso de privatización. Si esta condición hubiese sido defectuosa, CMS habría tenido capacidad de acción para reclamar una indemnización, pero este no es el caso pues la demanda se refiere a la operación de la Licencia y no a las acciones como tales.
39. CMS se opone a estos argumentos sobre la base de que tanto el TPPI como la totalidad del proceso de invertir en TGN se relacionó con la privatización de la industria del gas en Argentina, proceso que fue objeto de garantías específicas y

- compromisos adquiridos por la República Argentina. Estas garantías incluían medidas de estabilidad jurídica y mecanismos económicos destinados a asegurar la factibilidad financiera y el éxito de la inversión, y no sólo la cuestión de la condición de las acciones.
40. Al respecto, también se explica que CMS no está demandando por derechos que pertenezcan a TGN sino por los derechos asociados a su inversión en la sociedad. Se sostiene además que CMS tiene la condición de inversionista extranjero en los términos del TPPI y que su participación como accionista es una inversión extranjera protegida a la luz de ese Tratado, por lo que tiene una capacidad de actuar independiente de TGN. Esta capacidad de actuar, se afirma, es un derecho que emana directamente de las disposiciones del TPPI y es independiente de cualquier derecho contractual que TGN pueda tener para actuar en los términos de la Licencia. Adicionalmente se argumenta que esta capacidad para actuar se rige por el derecho internacional y no por la legislación nacional relativa a contratos u otros acuerdos. Los reclamos hechos en los términos del TPPI, se explica también, son de naturaleza directa y no indirecta.
41. Los argumentos invocados por las partes involucran varios aspectos relativos a la admisibilidad y a la jurisdicción. En el contexto del CIADI, la distinción entre admisibilidad y jurisdicción no parece ser enteramente necesaria ya que el Convenio trata únicamente de jurisdicción y competencia. En todo caso, el Tribunal seguirá el orden de las argumentaciones presentadas bajo uno u otro concepto para facilitar su análisis. Primero, se plantea la cuestión de si un accionista puede reclamar por sus derechos en una sociedad extranjera en forma independiente de los derechos de esta sociedad y, en caso afirmativo, si estos derechos se refieren únicamente a su condición de accionista o incluyen derechos sustantivos relacionados con el desempeño jurídico y económico de su inversión. En segundo lugar, se plantea el problema de si el Demandante satisface las exigencias que el Convenio y el TPPI contienen en materia de jurisdicción, en particular las relativas a la existencia de una controversia jurídica, a si ella surge

directamente de la inversión y a la nacionalidad del inversionista. Estas materias serán examinadas por el Tribunal a continuación.

La personalidad jurídica de las sociedades en el derecho Argentino

42. La República Argentina ha planteado como primer obstáculo a la demanda de un accionista minoritario la disposición en vigor en este país, como prácticamente en todos los países que se rigen por el derecho civil y por el “common law”, en cuanto a que la personalidad jurídica de las sociedades es distinta e independiente de aquella de los accionistas. Distinguidos juristas argentinos han sido citados a este respecto.²¹ No obstante que esta distinción es verdadera, el hecho es que ella no es determinante en este caso. Primero, como se analizará más adelante, las disposiciones jurídicas aplicables son sólo las del Convenio y las del TPPI, pero no aquellas que emanan de la legislación nacional. Pero aún si la legislación Argentina fuese relevante, es importante notar que esa misma legislación ha contribuido significativamente a la superación de la ficción corporativa cuando los intereses reales detrás de la personalidad jurídica de la sociedad deben ser identificados, como ocurre, por ejemplo, en los términos del Artículo 54, párrafo 3, de la Ley 19.550, modificada por la Ley 22.903.²²

Los derechos de los accionistas en la costumbre internacional

43. Las partes han emprendido a continuación una discusión de la situación de este tema en la costumbre internacional, con especial énfasis en el significado y alcance de la decisión en el caso de la *Barcelona Traction*.²³ Los abogados de la República Argentina están en lo cierto cuando argumentan que esa decisión excluyó la protección de inversionistas por el Estado de su nacionalidad cuando este último es diferente del Estado en que se constituyó la sociedad relevante, todo ello con relación al daño sufrido en un tercer Estado. No obstante, los abogados del Demandante también están en lo cierto cuando sostienen que ese caso se refería únicamente al ejercicio de la protección diplomática en ese

- particular contexto triangular e involucraba lo que la Corte consideró que era una relación regida por el derecho nacional, pero que no excluyó la posibilidad de extender la protección a los accionistas de una sociedad en contextos diferentes. La Corte Internacional de Justicia estaba específicamente consciente de las nuevas tendencias en materia de protección de inversionistas extranjeros en los términos del Convenio de 1965 y de los tratados bilaterales asociados al mismo.
44. El caso de la *Barcelona Traction* no es por consiguiente directamente relevante para la actual controversia, aún cuando marcó el comienzo de un cambio fundamental en los conceptos aplicables en el derecho internacional y la práctica de los Estados. En efecto, la decisión en el caso *Elettronica Sicula* demuestra que la propia Corte Internacional de Justicia aceptó, algunos años más tarde, la protección de accionistas en una sociedad por el Estado de la nacionalidad de los primeros a pesar del hecho de que la sociedad afectada tenía personalidad jurídica en los términos de la legislación nacional del Estado demandado.²⁴
 45. La importancia de la protección diplomática ha venido declinando en el derecho internacional actual debido a que ya no se considera que el Estado de la nacionalidad protege su propio interés en la reclamación sino aquel del individuo afectado.²⁵ En cierta medida, la protección diplomática interviene como un mecanismo residual al que se recurre en ausencia de otros arreglos que reconocen el derecho de acción directa por parte de los individuos. Precisamente este tipo de arreglos ha llegado a prevalecer en el derecho internacional, particularmente con relación a inversiones extranjeras, siendo el ejemplo primordial el del Convenio de 1965.
 46. La República Argentina ha agregado el argumento de que cuando los accionistas han sido protegidos independientemente de la sociedad, ello ha ocurrido en casos en que los accionistas tenían el carácter de mayoritarios o controladores, pero no de accionistas minoritarios como ocurre en este caso. Ese hecho puede ser cierto, pero también es cierto, como argumenta el Demandante, que las cortes y

- tribunales que han pronunciado esas decisiones no tuvieron en consideración el tema de las mayorías controladoras; más bien tuvieron en consideración el concepto de la protección de accionistas en forma independiente de la sociedad afectada, es decir, únicamente consideraron la cuestión de la personalidad jurídica de la sociedad y sus límites.
47. La práctica de los Estados también apoya el significado de este cambiante escenario. Además de aceptar la protección de accionistas y otras formas de participación en sociedades y comunidades, el concepto de limitar la protección a participaciones mayoritarias o controladoras ha dado lugar a un estándar más bajo en este aspecto. Participaciones minoritarias y no controladoras han sido incluidas por consiguiente en la protección acordada o han sido autorizadas a reclamar en su propio derecho. La práctica contemporánea de los acuerdos a suma alzada,²⁶ las decisiones del Tribunal Irán-Estados Unidos²⁷ y las reglas y decisiones de la Comisión de Indemnizaciones de las Naciones Unidas,²⁸ entre otros ejemplos, demuestran una flexibilidad creciente en el manejo de las reclamaciones internacionales.”
48. El Tribunal por consiguiente no encuentra en el derecho internacional actual un obstáculo al concepto de permitir reclamaciones de los accionistas en forma independiente de la sociedad relevante, ni siquiera si esos accionistas son minoritarios o no controladores. Aún cuando es correcto lo que afirma la República Argentina que ello es más bien el resultado de *lex specialis* y de arreglos de tratados específicos que lo han autorizado, el hecho es que la *lex specialis* en este aspecto prevalece de tal forma que puede considerarse ahora la regla general, ciertamente respecto de inversiones extranjeras y de las reclamaciones internacionales, como también crecientemente en otras materias.²⁹ En la medida en que la costumbre internacional o en general el derecho tradicional de las reclamaciones internacionales pudieran haber seguido una orientación diferente -afirmación que está sujeta a discusión-, entonces ese enfoque puede considerarse la excepción.

Los derechos de los accionistas en el Convenio del CIADI

49. Como se ha mencionado anteriormente, el Convenio de 1965 es el ejemplo primordial del enfoque que hoy prevalece en el derecho internacional respecto de las reclamaciones en materia de inversiones extranjeras. Es un hecho bien establecido que el Artículo 25(1) del Convenio no pretendió definir el término “inversión” debido a que ninguna definición fue aceptable en general. Sobre la base de este antecedente es que todos los tratados bilaterales de protección de inversiones relevantes y otros instrumentos que contienen el consentimiento de las partes respecto de la jurisdicción del CIADI han contenido habitualmente definiciones a este respecto.³⁰
50. Una interpretación más bien amplia de “inversión” ha surgido de estas expresiones del consentimiento. Debe recordarse que la propiedad de acciones fue uno de los ejemplos específicos de inversión a que se aludió durante las negociaciones del Convenio como apropiada para que las partes acordaran en el contexto de sus expresiones del consentimiento a la jurisdicción.³¹ La definición de inversión en el TPPI entre la República Argentina y los Estados Unidos será analizada más adelante.
51. Precisamente porque el Convenio no define el término “inversión” es que tampoco pretende definir los requisitos que debe reunir una inversión para estar dentro de la jurisdicción del CIADI. En efecto, el Convenio no contiene requisito alguno en cuanto a que una inversión, para estar dentro de esa jurisdicción, debe ser hecha por accionistas que controlan la sociedad o que son propietarios de la mayoría de las acciones. Debe observarse paralelamente que, dependiendo de como se distribuyan las acciones, de hecho los accionistas controladores pueden no ser propietarios de la mayoría de las acciones. La referencia que hace el Artículo 25(2)(b) al control extranjero en cuanto a tratar una sociedad de la nacionalidad del Estado que es Parte Contratante como nacional de otro Estado

Contratante está precisamente dirigida a favorecer el acuerdo entre las partes, evitando así que la personalidad jurídica de la sociedad pudiese interferir con la protección de los intereses reales asociados a la inversión. El mismo resultado se puede alcanzar mediante las disposiciones del TPPI, donde el consentimiento puede incluir accionistas que no son controladores o que son minoritarios.

52. El Artículo 25(1) del Convenio también es relevante en otro aspecto. En el caso *Fedax*, Venezuela había objetado la jurisdicción del CIADI sobre la base de que la transacción controvertida no era una “inversión extranjera directa”. Si bien la transacción considerada en ese caso era diferente de la que se considera en este, la opinión del tribunal es útil en cuanto a la interpretación del alcance de ese Artículo:

“No obstante, el texto del Artículo 25(1) establece que ‘la jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión’. Evidentemente el término ‘directamente’ en este artículo se relaciona con la ‘diferencia’ y no con la ‘inversión’. En consecuencia la jurisdicción puede existir aún con respecto a las inversiones que no son directas, siempre y cuando la diferencia surja directamente de dicha transacción. Esta interpretación también es consistente con el amplio alcance que el término ‘inversión’ debe tener a la luz de la historia de las negociaciones de la Convención”.³²

53. Con este antecedente a la vista, para este Tribunal es posible examinar el significado de varias decisiones de tribunales del CIADI que han tratado sobre la protección de accionistas. Las partes tienen una opinión diferente acerca de estos casos, particularmente en referencia a *AAPL c. Sri Lanka*,³³ *AMT c. Zaire*,³⁴ *Antoine Goetz et consorts c. République du Burundi*,³⁵ *Maffezini c. España*,³⁶ *Lanco c. Argentina*,³⁷ *Genin c. Estonia*,³⁸ la decisión en el caso *Aguas o Vivendi*³⁹ y su Anulación⁴⁰ y *CME c. Czech Republic*.⁴¹ Según el punto de vista de la República Argentina, todos estos casos tratan de los derechos de los accionistas, acuerdos subyacentes y situaciones factuales que son diferentes de aquellas que caracterizan el presente caso y que, por consiguiente, no apoyan una decisión en favor de la jurisdicción en este caso. CMS, por su parte, opina que, por el contrario, en todos esos casos se reconoció el derecho de los accionistas, incluidos

- los accionistas minoritarios, de reclamar en forma independiente de la sociedad afectada.
54. No cabe duda alguna de que el marco factual de cada caso es diferente y de que algunos se prestan más que otros para ilustrar aspectos relevantes. En algunos casos, el inversionista ha sido un accionista mayoritario o controlador, pero en otros no; en algunos casos ha habido una expropiación que afecta específicamente las acciones, pero en otros no; en algunos casos no ha habido objeciones a la jurisdicción, pero en otros si las ha habido.
55. Sin embargo, no cabe duda de que la mayoría de estos casos, si acaso no todos, se encuentran inmersos en la misma tendencia anteriormente analizada en el ámbito del derecho internacional y el significado del Convenio de 1965. En este caso el Demandante ha explicado de manera convincente que, no obstante la variedad de situaciones en la jurisprudencia del CIADI a que se ha referido la República Argentina, en todos estos casos los tribunales han considerado no la cuestión de la mayoría accionaria o del control sino más bien si los accionistas pueden reclamar independientemente de la sociedad. En el caso *Goetz*, el tribunal reconoció esta tendencia prevaleciente en los términos siguientes:
- “...el Tribunal observa que la jurisprudencia anterior del CIADI no limita la capacidad de acción solamente a las personas morales directamente consideradas en las medidas litigiosas, sino que la extiende también a los accionistas de esas personas, que son los verdaderos inversionistas”.⁴²
56. El Tribunal puede, por consiguiente, concluir que no existe un obstáculo al ejercicio de la jurisdicción a la luz del Convenio de 1965 y de su interpretación tal y como se refleja en la historia de su negociación, en la opinión de distinguidos juristas y en la jurisprudencia de los tribunales del CIADI.

Los derechos de los accionistas en el Tratado sobre Promoción y Protección Reciproca de Inversiones entre la República Argentina y los Estados Unidos

57. A continuación el Tribunal examinará la definición de “inversión” en el TPPI entre la República Argentina y los Estados Unidos. El Artículo I(1) de este Tratado dispone:

“a) ‘inversión’ significa todo tipo de inversión, tales como el capital social, las deudas y los contratos de servicio y de inversión, que se haga en el territorio de una Parte y que directa o indirectamente sea propiedad o esté controlada por nacionales o sociedades de la otra Parte, y comprende, entre otros:

(...)

ii) sociedades, acciones, participaciones u otros intereses en sociedades o intereses en sus activos...”

58. Nuevamente aquí las partes hacen una interpretación diferente de ese Artículo. De acuerdo con la opinión de la República Argentina, debido a que el Artículo 25 del Convenio requiere el control de una subsidiaria local para poder actuar como reclamante, el hecho de que el TPPI no incluya ese requisito es irrelevante pues el Convenio debe prevalecer. El Tribunal concluyó anteriormente que en realidad el Convenio no incluye ese requisito como punto central de su jurisdicción sino únicamente como alternativa para propósitos muy específicos. En cualquier caso, la disposición del Tratado no es en modo alguno incompatible con el Artículo 25 del Convenio.

59. La República Argentina también ha afirmado que una inversión en acciones es una inversión protegida por el Tratado, pero ello sólo permite reclamar por medidas que afecten a las acciones como tales, por ejemplo mediante la expropiación de las acciones o la interferencia con los derechos políticos y económicos relacionados con esas acciones. Esta interpretación, sin embargo, no permite reclamaciones relacionadas con el daño que haya sufrido la sociedad. Si se hubiera autorizado una reclamación por daños indirectos, se agrega, ello habría sido señalado expresamente en el Tratado, como ha ocurrido en el caso de otros tratados bilaterales de inversión, incluidos algunos firmados por la República

- Argentina, o en el marco de otros acuerdos como el del Tratado de Libre Comercio de América del Norte y otros instrumentos. El Demandado argumenta que el silencio sobre este aspecto no puede ser interpretado como una expresión de consentimiento a ese tipo de reclamaciones.
60. La interpretación de CMS es diferente. En su opinión, la terminología utilizada en esas disposiciones y su contexto jurídico sólo pueden significar que la inversión en acciones es una inversión protegida y que el inversionista tiene, a la luz del Tratado, el derecho a reclamar por su inversión en forma independiente de cualquier reclamación que pueda tener la sociedad en que haya invertido. Nuevamente aquí, lo determinante es procurar identificar el interés económico real detrás de esas transacciones. Se argumenta, además, que fue la República Argentina la que exigió que los licenciarios de la privatización de la industria del gas fuesen sociedades nacionales en las cuales los accionistas extranjeros fueron expresamente invitados a participar. La protección otorgada por los tratados de inversión fue expresamente mencionada en esas invitaciones. Si ahora los accionistas fueran privados de esa protección sustantiva, se agrega, ello haría que los tratados carecieran de sentido.
61. Las partes han discutido acerca del alcance de las decisiones de otros tribunales del CIADI en esta materia. Nuevamente, es evidente que los antecedentes factuales y jurídicos de cada una de esas decisiones es diferente. Los abogados de la República Argentina han explicado correctamente que, en algunos casos, ha habido tratados que autorizan reclamaciones indirectas por parte de un inversionista, en otros ha habido una expropiación de la licencia del reclamante o de sus acciones, en tanto que en otros casos los reclamantes han sido accionistas controladores o mayoritarios por lo que su reclamo se transforma en uno de naturaleza directa.
62. Los abogados de CMS también han explicado que si bien en algunos casos ha habido accionistas controladores y en otros no, lo relevante es que en todos esos

- casos la jurisdicción ha sido afirmada sobre la base de que los accionistas tienen un derecho propio protegido que surge de su inversión. Se afirma, además, que en ninguno de esos casos se ha efectuado un razonamiento que exija el control de la sociedad como condición para proteger los derechos de los accionistas.
63. La tarea de este Tribunal se ve facilitada a la luz del caso *Lanco*, en el que se interpretaron el mismo TPPI entre la República Argentina y los Estados Unidos y la misma definición de inversión. Ese tribunal examinó la jurisdicción en los términos de dos fuentes diferentes, una relacionada con el Tratado y la otra con el acuerdo de concesión, concluyendo que, si bien la jurisdicción podía establecerse a la luz de cualquiera de estas fuentes, el hecho de que el inversionista también tuviera derechos y obligaciones específicas a la luz del acuerdo de concesión, que se consideró equivalente a un acuerdo de inversión, hacía de la conclusión algo todavía más evidente. El tribunal sostuvo al respecto:

“El Tribunal constata que la definición que en el Tratado ARGENTINA-EEUU se hace de este término es muy amplia y da cabida a numerosas acepciones. Así por ejemplo, en lo que se refiere a la propiedad en acciones, nada dice el Tratado ARGENTINA-EEUU respecto a que el inversor en el capital social tenga que tener un control en la administración de la sociedad o una participación mayoritaria, por lo que el hecho de que LANCO posea una participación accionarial del 18,3 % en el capital social de la Concesionaria, permite considerar que nos encontramos ante un inversor en el sentido del Artículo I del Tratado ARGENTINA-EEUU.

Sin embargo, la complejidad surge en cuanto que LANCO no sólo es propietaria de una participación accionarial en el capital social de la sociedad concesionaria, sino que de la definición de inversión que en el Tratado ARGENTINA-EEUU se expone, cabe entender que LANCO tiene unos derechos y obligaciones en cuanto inversor extranjero en el Contrato de Concesión con el Gobierno de la República Argentina.”⁴³

64. Un enfoque similar fue adoptado por el Comité de Anulación en el caso *Compañía de Aguas del Aconquija o Vivendi*, cuando se sostuvo a la luz de un tratado bilateral diferente pero comparable:

“Más aún no puede argumentarse que CGE no tenía una “inversión” en CAA desde la fecha de la celebración del Contrato de Concesión, o que no era un “inversor” con respecto a su propia participación accionaria, aunque tuviera o no control de CAA en su conjunto. Cualquiera que

haya sido la extensión de su inversión, le asistía el derecho en todo momento relevante de invocar el Acuerdo con respecto a conducta que supuestamente incumplía los Artículos 3 o 5".⁴⁴

65. A la luz de las consideraciones anteriores, el Tribunal concluye que la jurisdicción puede ser admitida en función de los términos específicos del TPPI. En caso de que el inversionista protegido sea, además, parte de un acuerdo de concesión o de un acuerdo de licencia con el Estado receptor no incide sobre la jurisdicción que emana de las disposiciones del Tratado, puesto que existe un derecho de acción directo de los accionistas. Resulta entonces que el Demandante tiene capacidad de acción ante este Tribunal a la luz del derecho internacional, del Convenio de 1965 y del TPPI entre la República Argentina y los Estados Unidos.

Objeción a la jurisdicción fundamentada en que la controversia no surge directamente de una inversión

66. En estrecha relación con los aspectos discutidos anteriormente, la República Argentina ha opuesto una objeción a la jurisdicción fundamentada en que la controversia no surge directamente de una inversión de conformidad con lo exigido por el Convenio de 1965. En su opinión, si bien la adquisición de acciones constituye una inversión a la luz del Tratado, ni TGN como sociedad Argentina ni la Licencia constituyen una inversión en los términos del TPPI. TGN, continúa el argumento, tiene sus propios activos, incluida la Licencia; puesto que estos activos no constituyen una inversión en los términos del Tratado, la reclamación de CMS, basada en la supuesta violación de los derechos de TGN en los términos de la Licencia, no puede considerarse que surja directamente de una inversión.
67. CMS comparte el punto de vista de que TGN no es un inversionista en los términos del Tratado y que no se ha convenido tratar a esta sociedad como un nacional de un país diferente de la República Argentina debido a un control extranjero. Tampoco es la Licencia una inversión en los términos del Tratado. Sin embargo, agrega CMS, su participación del 29.42% en TGN sí constituye una

- inversión cubierta por el Tratado y no se exige una propiedad controladora o mayoritaria; por ello CMS tiene el derecho de reclamar una indemnización en el caso de una controversia surgida directamente de su inversión en esas acciones. Se explica, además, que la controversia no se refiere a los derechos de TGN sino a aquellos que emanan del Tratado.
68. Debido a que los derechos del Demandante pueden ejercerse en forma independiente de los derechos de TGN y de aquellos relativos a la Licencia, según se ha observado anteriormente, y debido a que el Demandante tiene una acción independiente bajo el Tratado respecto de la inversión protegida, el Tribunal concluye que la presente controversia surge directamente de la inversión realizada y que, por consiguiente, no existe un obstáculo al ejercicio de la jurisdicción en esta materia.
69. Hay todavía otro aspecto controvertido entre las partes. La República Argentina opina que, en cualquier caso, CMS sólo podría reclamar por el 25% de las acciones de su propiedad en TGN que compró al gobierno de la República Argentina, pero no por el 29.42% de que es propietario en la actualidad puesto que las acciones adicionales fueron compradas al programa de participación accionaria de los empleados. CMS opina que su participación total en TGN es la inversión cubierta. Sin perjuicio de que la cuantía de los daños eventuales sea un aspecto a considerar en el examen del fondo de la controversia, el Tribunal considera que el TPPI no hace distinción alguna en cuanto al origen de las acciones que constituyen la inversión. El Tratado sólo se ocupa de las medidas adoptadas por el Estado que eventualmente pueden afectar los derechos del inversionista. Se concluye, por consiguiente, nuevamente en principio, que el inversionista puede reclamar por su participación total en TGN.

Objeción a la jurisdicción fundamentada en que no se han observado las disposiciones contractuales sobre solución de controversias

70. Una objeción adicional a la jurisdicción que ha suscitado la República Argentina se fundamenta en el argumento de que la Licencia de TGN prevé un mecanismo separado de solución de controversias en materia contencioso-administrativa ante los Tribunales Federales de Buenos Aires. De la misma manera, se argumenta, las Condiciones de la Licencia disponen la presentación de controversias a los Tribunales Federales de Buenos Aires en materia civil y comercial, lo que involucra una renuncia expresa a cualquier otro foro o jurisdicción. Todo lo anterior, según el Demandado, impide la presentación de la actual controversia a un tribunal del CIADI.
71. CMS se opone a ese razonamiento sobre la base de que no es parte de la Licencia y de que la controversia no emana de las Condiciones de la Licencia. Se argumenta que la controversia se relaciona con la violación del TPPI y la acción se fundamenta exclusivamente en los mecanismos de solución de controversias previstos en ese Tratado, en forma independiente de si además existe una controversia relativa al contrato. El Demandante observa además que las controversias previstas en las Condiciones de la Licencia se refieren únicamente a aquellas cuestiones relacionadas con la venta de las acciones.⁴⁵
72. La tarea de este Tribunal nuevamente se ve facilitada por el hecho de que en varios casos recientes del CIADI se ha debido examinar y decidir acerca de disposiciones comparables relativas a los contratos y los alcances del Tratado. Primero, se encuentra bien establecido que el consentimiento a la jurisdicción del CIADI es una solución que excluye cualquier otro recurso de conformidad con el Artículo 26 del Convenio. El tribunal en el caso *Lanco* sostuvo, por ejemplo, que:
- “...cuando las partes otorgan su consentimiento al arbitraje CIADI, éstas pierden su derecho a buscar la solución de controversias en otro foro, sea nacional o internacional, y supone por tanto la no-interferencia de otro foro con al arbitraje CIADI una vez éste se haya instituido”.⁴⁶

73. Ni en el caso *Lanco* ni en el presente caso se plantea una exigencia en cuanto al agotamiento de los recursos internos como condición previa de la jurisdicción del CIADI que pudiera llevar a la intervención de otras jurisdicciones. El tribunal también concluyó en el caso *Lanco* que:

“En efecto, el ofrecimiento realizado por el la República Argentina a sus inversores en el Tratado ARGENTINA-EEUU no puede ser menoscabado por un sometimiento a los tribunales internos argentinos a los que se remite el Contrato de Concesión”.⁴⁷

74. Siguiendo en parte el precedente del caso *Lanco*, otro tribunal del CIADI sostuvo en *Compañía de Aguas del Aconquija*:

“[L]a cláusula 16.4 del Contrato de Concesión no despoee a este Tribunal de jurisdicción para conocer de este caso porque dicha disposición no constituye ni pudo constituir una renuncia por parte de CGE de sus derechos bajo el artículo 8 del TBI para plantear las reclamaciones actualmente pendientes en contra de la República Argentina.(...) [D]ichas reclamaciones no se fundamentan en el Contrato de Concesión sino que alegan una causa de pedir bajo el TBI.(...) De este modo, no se puede considerar que la cláusula 16.4 del Contrato de Concesión impide que el inversor proceda bajo el Convenio del CIADI en contra de la República Argentina con una reclamación que le imputa a la República Argentina una violación del TBI Argentina-Francia”.⁴⁸

75. El Comité de Anulación sostuvo en *Wena*:

“El Comité no puede desconocer por cierto que existe una conexión entre las concesiones y el TPPI debido a que las primeras fueron diseñadas para operar bajo la protección del TPPI como la materialización de la inversión. Pero esa es solamente una condición necesaria para la operación del TPPI. No involucra el amalgamiento de diferentes instrumentos jurídicos y arreglos para la solución de controversias...[L]os actos u omisiones del del Estado no pueden ser considerados como una materia relacionada con el desempeño de las partes en lo que concierne a las concesiones. Las funciones públicas y privadas de estos diversos instrumentos se mantienen así en forma separada y diferente”.⁴⁹

76. Este Tribunal comparte los puntos de vista expresados en esos precedentes. Afirma por consiguiente que las cláusulas de la Licencia o de sus Condiciones que disponen la presentación de ciertas categorías de controversias a los tribunales nacionales de la República Argentina no constituyen un obstáculo para el ejercicio de la jurisdicción por parte de un tribunal del CIADI en los términos del Tratado, dado que las funciones de estos instrumentos son diferentes.

Objeción a la jurisdicción fundamentada en que se ha ejercido la opción alternativa prevista en el TPPI

77. Las consideraciones anteriores también ayudan a este Tribunal a analizar otra objeción a la jurisdicción suscitada por la República Argentina, fundamentada en que el inversionista hizo uso de la opción alternativa prevista en el Artículo VII(3)(a) del Tratado (“fork in the road”). La República Argentina argumenta que debido a que TGN apeló ante la Corte Suprema Federal una decisión judicial y ejerció otros recursos administrativos, CMS no puede ahora presentar la misma controversia al arbitraje en los términos del Tratado.
78. El punto de vista del Demandante es diferente. Primero, sostiene que no puede haberse ejercido la opción alternativa porque TGN es una persona jurídica diferente y no es el inversionista; solamente el inversionista puede optar por llevar una controversia a los tribunales nacionales o al arbitraje, habiendo CMS escogido la opción del arbitraje en el CIADI. Segundo, se agrega que la decisión apelada por TGN se refiere a procedimientos judiciales iniciados por el Defensor del Pueblo (“Ombudsman”) y en los que TGN sólo participó como un tercero interviniente; más aún, tanto el Gobierno de la República Argentina como ENARGAS -el ente regulador de la industria del gas- también apelaron esa decisión específica. De lo anterior se deduce, según el argumento del Demandante, que el beneficiario de la Licencia únicamente ejerció acciones defensivas y reactivas en esos procedimientos. En tercer lugar, argumenta CMS, las partes en esos procedimientos y en el arbitraje no sólo son diferentes sino que tampoco el objeto de las controversias es el mismo; la reclamación de TGN se refiere a las obligaciones contractuales en los términos de la Licencia en tanto que aquella de CMS se refiere a los derechos que han sido afectados a la luz del Tratado.
79. El Demandante también ha explicado que a TGN se le ha impedido demandar ante los tribunales o por medio de un arbitraje debido a las disposiciones del

Decreto 1090/02 del 26 de junio de 2002 y la Resolución 308/02 del Ministerio de Economía del 20 de agosto de 2002. Estas disposiciones obligan a los beneficiarios de la licencia a realizar sus reclamos por violación del contrato únicamente en el marco del proceso de renegociación en curso y no ante los tribunales; si se escoge la vía judicial el beneficiario de la Licencia será excluido de esa renegociación. Esta situación, se explica, nuevamente demuestra que TGN no podía demandar ante los tribunales Argentinos y que no lo ha hecho. En cualquier caso, como se mencionó anteriormente, esa demanda sería completamente distinta a aquella de CMS en los términos del Tratado.

80. Las decisiones de varios tribunales del CIADI han sostenido que debido a que las reclamaciones de carácter contractual son diferentes de las reclamaciones bajo un tratado, aún cuando hubiese habido o actualmente haya un recurso ante los tribunales nacionales por violación del contrato, ello no impediría someter reclamaciones a arbitraje en los términos del tratado.⁵⁰ Este Tribunal está convencido de que con mayor razón aún este punto de vista se aplica a la actual controversia, puesto que CMS no ha presentado ninguna controversia a los tribunales y nacionales y que, aún cuando TGN lo hubiese hecho — que no es el caso —, ello no determinaría el ejercicio de la opción alternativa respecto de CMS. Tanto las partes como las acciones según los distintos instrumentos, son diferentes.
81. Si el Demandante hubiese renunciado a recurrir al arbitraje, por ejemplo al recurrir ante los tribunales argentinos, ello habría sido una opción que lo obligaría a la luz del TPPI. En ese caso, el Tribunal coincidiría con los abogados de la República Argentina de que si bien Carlos Calvo, distinguido jurista argentino que concibió la Doctrina y la Cláusula Calvo, no será un ciudadano honorario de los países que son partes de tratados bilaterales de protección de inversiones, esa opción siempre sería obligatoria.⁵¹ Sin embargo, debido a que no hubo tal renuncia, la Cláusula Calvo no resucitará en este contexto.

82. Esta materia no pasó desapercibida durante la aprobación y ratificación del TPPI. En la carta con que el Presidente de los Estados Unidos presentó el TPPI al Congreso de los Estados Unidos, explicó:

“El tratado bilateral de inversión (TPPI) con Argentina constituye un hito importante en el programa de TPPI (...) Argentina, como muchos otros países de América Latina, ha apoyado por mucho tiempo la Doctrina Calvo, que exige a los extranjeros someter las controversias que se suscitan en un país a los tribunales nacionales de ese país. La conclusión de este tratado, que contiene un derecho absoluto de someter al arbitraje las controversias sobre inversiones, exceptúa a los inversionistas de los Estados Unidos de las restricciones de la Doctrina Calvo y debiera pavimentar el camino para concluir acuerdos similares con otros Estados de América Latina”.⁵²

Objeciones relativas a consecuencias potenciales

83. La República Argentina también ha expresado su preocupación por algunas consecuencias que podrían surgir de una aceptación de la jurisdicción por este Tribunal. En particular, se mencionaron las siguientes situaciones potenciales: (i) TGN podría alcanzar una solución satisfactoria en el proceso de negociación en curso e, independientemente, un tribunal del CIADI podría alcanzar una conclusión diferente. (ii) La eventual discriminación que podría suscitarse entre inversionistas nacionales y extranjeros en TGN pues sólo estos últimos tienen acceso al arbitraje. (iii) La eventual proliferación de reclamaciones internacionales por inversionistas de diferentes nacionalidades a la luz de tratados distintos.
84. El Demandado también argumenta que no puede presumirse que CMS tiene derecho a una indemnización por el 29.42% de su participación accionaria en TGN pues, en el evento de que TGN fuese indemnizada por las medidas adoptadas por la República Argentina, nada garantiza que este beneficio se traspase a los accionistas de TGN.
85. De acuerdo con la opinión del Demandante esas consideraciones no son relevantes para los efectos de la jurisdicción pues es inevitable que diferentes

tratados otorguen derechos a diferentes inversionistas y que esos derechos muy probablemente sean diferentes de aquellos que tienen los inversionistas nacionales. Más aún, CMS opina que el proceso de negociación probablemente no alcanzará un desenlace exitoso. Pero aún si el resultado de la negociación fuera exitoso, CMS sostiene que no está reclamando por las pérdidas de TGN sino por sus propias pérdidas en la inversión realizada.

86. El Tribunal observa a este respecto que el Centro ha hecho todos los esfuerzos posibles por evitar una multiplicidad de tribunales y jurisdicciones, pero que no es posible impedir el ejercicio de diferentes derechos que los inversionistas puedan tener a la luz de acuerdos diferentes. El Tribunal también observa que, si bien sería deseable reconocer derechos similares a los inversionistas nacionales y extranjeros, ello es escasamente posible en el estado actual del derecho internacional en esta materia. Finalmente, no le corresponde al Tribunal decidir sobre las perspectivas del proceso de negociación o acerca de lo que TGN pueda hacer respecto de sus accionistas, pues estas son materias a tratar entre la República Argentina y TGN o entre TGN y sus accionistas.

El derecho aplicable a una determinación sobre jurisdicción

87. En sus presentaciones escritas y orales las partes han considerado la cuestión del derecho aplicable, con particular referencia al significado del Artículo 42 del Convenio del CIADI. La República Argentina opina que en los términos de esa disposición el derecho Argentino es aplicable, no sólo a la decisión sobre el fondo de la controversia sino también a las cuestiones de jurisdicción que el Tribunal debe decidir ahora. Los abogados de la República Argentina han argumentado también que, debido a que el Tratado también forma parte del derecho argentino, ese derecho también puede aplicarse, especialmente debido a que las objeciones a la jurisdicción no sólo se fundamentan en el derecho argentino sino también en el Tratado y en el Convenio del CIADI. El Demandante tiene una opinión diferente, argumentando que el Artículo 42 es únicamente aplicable al fondo de la

controversia y que los aspectos de jurisdicción deben decidirse sólo a la luz del Tratado y del derecho internacional.

88. El Artículo 42 fue principalmente concebido para la solución de controversias en cuanto al fondo y, como tal, es en principio independiente de las decisiones sobre jurisdicción, que se rigen únicamente por el Artículo 25 del Convenio y aquellas otras disposiciones de los instrumentos que contienen el consentimiento que puedan ser aplicables, que son en este caso las disposiciones del Tratado. Sin embargo, el argumento de la República Argentina es válido en cuanto las partes pueden convenir en la aplicación de un derecho diferente que sea también relevante para decidir aspectos de jurisdicción. La misma opción que el inversionista tiene en el Tratado de someter una controversia a la jurisdicción nacional involucra en una medida una elección del derecho aplicable, debido a que los tribunales nacionales aplicarán principalmente el derecho nacional. En ese caso, el derecho nacional puede aplicarse conjuntamente con el Tratado y el Convenio o bien separadamente.
89. Puesto que Argentina considera que la opción prevista en el Tratado ha sido ejercida, según se explicó anteriormente, es también razonable que en ese contexto se argumente la aplicación del derecho argentino, incluyendo el Tratado como parte integrante de ese derecho. Sin embargo, como la controversia en los términos del Tratado es en este caso distinta de aquella según los términos de la Licencia y no se ha ejercido la opción del Tratado, el derecho nacional no incide en la decisión sobre jurisdicción, al menos no directamente.

Objeciones a la admisibilidad fundamentadas en la naturaleza y el número de controversias

90. Además de las cuestiones de admisibilidad y jurisdicción planteadas por la República Argentina que se han considerado anteriormente, el Demandado suscita tres objeciones adicionales a la admisibilidad de algunas de las reclamaciones de CMS. Según señala la República Argentina, (i) La controversia original no guarda

relación con aquella planteada por CMS en su Solicitud de Arbitraje; (ii) CMS ha sometido al Tribunal dos controversias diferentes y la presentación de la segunda controversia no cumple con las condiciones temporales establecidas en el Tratado; y (iii) La controversia relativa a supuestas restricciones que habrían afectado a TGN en cuanto a la transferencia de fondos al extranjero no fue presentada de conformidad con los términos del Tratado.

91. El Tribunal resumirá los argumentos planteados por la República Argentina en cada una de estas materias, las respuestas de CMS a esas objeciones y tomará una decisión sobre cada una de ellas.

Relación entre la controversia original y aquella sometida al arbitraje

92. La primera cuestión se refiere a la falta de relación entre la controversia original y la controversia que fue planteada en la Solicitud de Arbitraje. Según la República Argentina, CMS, en una carta del 12 de marzo de 2001, anterior a su notificación de su consentimiento al arbitraje internacional, solicitó el pago por parte de la República Argentina a TGN de los ajustes apropiados de las tarifas basados en el Índice de Precios del Productor de los Estados Unidos. Sin embargo, en su Solicitud de Arbitraje CMS argumenta pérdidas de los beneficios esperados de su inversión, anticipando una reclamación por más de 100 millones de dólares de los Estados Unidos. En consecuencia, continúa el argumento, la Solicitud de Arbitraje implica una reclamación diferente de aquella que presentó el inversionista en su carta del 12 de marzo de 2001.
93. Más aún, la República Argentina argumenta que CMS modificó los términos de la controversia a lo largo de su desarrollo. En particular se sostiene que únicamente en su Memorial CMS señaló que tenía la intención de disponer de sus acciones en TGN y que, una vez que recibiera una indemnización, las transferiría a la República Argentina. En consecuencia, se afirma, hasta cuando CMS presentó su

Memorial no se había determinado una controversia entre las partes sobre aspectos claramente identificados ni tampoco había una reclamación concreta.

94. La posición de CMS es que la controversia inicialmente notificada a la República Argentina es la misma controversia que se indica en la Solicitud de Arbitraje y que los acontecimientos ocurridos después de esa Solicitud forman parte de la misma controversia, por lo que se encuentran igualmente dentro de la jurisdicción del Tribunal. Consecuentemente, según la Demandante, no hay contradicción entre la notificación de la controversia a la República Argentina y la Solicitud de Arbitraje.
95. CMS agrega el argumento de que no hay disposición alguna que exija al Demandante cuantificar sus pérdidas de manera precisa o final en su Solicitud de Arbitraje. Es sólo en el momento de presentar su memorial que el Demandante debe cuantificar la indemnización que reclama y, aún así, la cifra puede ser ajustada según cambie la situación. Ello explica, según CMS, que la estimación de pérdidas por supuestas violaciones del TPPI en el momento de la Solicitud de Arbitraje sea una cosa, en tanto que la estimación hecha en el momento de presentar el Memorial sea otra cosa pues toma en cuenta las medidas adoptadas por la República Argentina después de la Solicitud.
96. Según el punto de vista de CMS, tampoco es relevante para la decisión sobre jurisdicción el argumento del Demandado en cuanto a que CMS sólo se refirió en el Memorial a su decisión de transferir sus acciones a la República Argentina una vez que recibiera una indemnización. CMS argumenta que esta es una materia relacionada con el fondo del asunto y que, en cualquier caso, los problemas fueron claramente identificados y hubo una reclamación concreta antes de la presentación del Memorial. El ofrecimiento de traspasar las acciones fue hecho por CMS únicamente para evitar que se pudiese sugerir que obtuvo un doble beneficio.

97. El Tribunal no puede coincidir con la argumentación de la República Argentina en este aspecto. En primer lugar, la República Argentina se refiere a la carta de CMS del 12 de marzo de 2001 en la que solicita el pago a TGN de los ajustes apropiados según el Índice de Precios. De hecho fueron varias las cartas enviadas por CMS a las autoridades de la República Argentina sobre esta materia, comenzando por una carta al Presidente de la República Argentina de fecha 28 de agosto de 2000, con copias enviadas mediante cartas del 28 de octubre de 2000 a las autoridades del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto;⁵³ estas cartas llamaron la atención de las autoridades acerca de la existencia de una controversia entre la República Argentina y CMS sobre su inversión en ese país, con referencia específica al efecto que para CMS tenía la decisión de no reajustar las tarifas de TGN de conformidad con el Índice señalado, a la vez que se solicitaba el inicio de consultas y negociaciones de conformidad con el Artículo VII (2) del Tratado. Esa solicitud fue repetida mediante cartas del 27 de octubre de 2000 a las mismas autoridades,⁵⁴ en otra carta al Presidente de la República Argentina del 12 de diciembre de 2000⁵⁵ y, finalmente, en la carta del 12 de marzo de 2001 a que se refiere el Demandando en su Memorial sobre Jurisdicción. Si bien esa carta solicita que se adopten medidas específicas para permitir que TGN pueda beneficiarse de la aplicación del ajuste de tarifas de conformidad con los términos de la Licencia otorgada, también señala que la falta de ese ajuste ha llevado a una “reducción ilegal de las utilidades de CMS” y que ha afectado sus calificaciones de crédito por parte de las instituciones financieras y de las entidades evaluadoras de riesgo. Luego señala que, a menos de que se adopten medidas apropiadas para solucionar esta situación, CMS presentará una solicitud de arbitraje. No consta que esas diversas cartas hayan sido respondidas.
98. Cuando el período de seis meses previsto en el Tratado para consultas y negociación expiró sin resultados, CMS notificó formalmente al Presidente de la República Argentina el 12 de julio de 2001 que consentía al arbitraje de conformidad con los términos del Tratado.⁵⁶ En su Solicitud de Arbitraje del 24 de julio de 2001, CMS invoca la violación de los Artículos II(2)(a)(b) y (c) y del

- Artículo IV(1) del Tratado, reclamando una indemnización por los daños resultantes.
99. La opinión del Tribunal es que hay una correlación completa entre el contenido de las cartas enviadas a las autoridades de la República Argentina antes de la Solicitud de Arbitraje y la Solicitud misma. La República Argentina argumenta que, si de acuerdo con lo solicitado en la carta del 12 de marzo de 2001, hubiese pagado a TGN el monto que se invoca se le debía pagar, la controversia con CMS se habría resuelto, pero luego agrega que, en ausencia de ese pago, la subsiguiente reclamación de CMS por la indemnización de las pérdidas de su inversión constituye una materia diferente. Refiriéndose a la decisión sobre jurisdicción en el caso *Maffezini c. España*,⁵⁷ la República Argentina argumenta que la reclamación concreta formulada por CMS el 12 de marzo de 2001 “es notoriamente distinta de la incluida en la Solicitud de Arbitraje”.
100. El Tribunal, sin embargo, no comparte el razonamiento del Demandado. En sus diversas cartas previas a la Solicitud de Arbitraje, CMS claramente explicó la naturaleza de la controversia entre CMS y la República Argentina, el efecto sobre su inversión y su solicitud de consultas y negociaciones en los términos del Artículo VII(2) del Tratado. Después de haber recibido esas cartas no podía haber duda alguna acerca de lo que se controvertía, en tanto que las conclusiones contenidas en la Solicitud de Arbitraje fluyen naturalmente de lo explicado en esas cartas. Problemas claramente identificados y una reclamación concreta fueron presentados a la República Argentina. En consecuencia, el Tribunal no puede aceptar la objeción a la admisibilidad que formula la República Argentina con este fundamento.

Dos controversias o una controversia única y continuada

101. El segundo aspecto presentado por la República Argentina se refiere a la existencia de dos controversias separadas y diferentes. Según la República

- Argentina, CMS ha presentado al Tribunal dos controversias diferentes. La primera se relaciona principalmente con las acciones adoptadas por el Defensor del Pueblo de la República Argentina y el Poder Judicial, en el mes de agosto de 2000, en lo que respecta a la aplicación del PPI a las tarifas de la industria del gas. La segunda controversia se relaciona con medidas adoptadas por las autoridades de los Poderes Ejecutivo y Legislativo en diciembre de 2001 y enero de 2002, que se relacionan con la grave crisis económica que el país enfrentaba en ese momento. La segunda controversia, se sostiene adicionalmente, no fue registrada de conformidad con el Artículo 36(3) del Convenio del CIADI y tampoco ha transcurrido el período de seis meses entre la fecha de surgimiento de la controversia y la de su presentación al arbitraje exigido por el Artículo VII(3) del Tratado. Según el Demandado, las dos controversias son independientes la una de la otra porque son distintas en el tiempo, en sus orígenes, en sus alcances, en sus circunstancias, en sus causas y en sus tratamientos.
102. El Demandado argumenta en particular que la primera controversia se relaciona con una decisión cuyos efectos no van más allá de la industria del gas, en tanto que la controversia adicional se relaciona con medidas de alcance general que afectan a toda la economía en el contexto de la emergencia económica y social señalada anteriormente. En el caso de la controversia original, tanto el Gobierno de la República Argentina como el ente regulador se opusieron a la decisión solicitada por el Defensor del Pueblo, en tanto que la situación que caracteriza a la segunda controversia es según esa opinión completamente diferente.
103. De manera similar, el Demandado argumenta que el antecedente de la controversia original es una supuesta contradicción entre la Ley del Gas, la Ley de Convertibilidad y la Constitución Nacional, en tanto que el antecedente de la segunda controversia es una crisis general y la imposibilidad de mantener una determinada política monetaria y cambiaria.

104. El Demandado explica que la medida que dio lugar a la primera controversia no requirió de un proceso específico de negociación con las compañías afectadas. En cambio, en el segundo caso hay en curso un proceso específico de renegociación en el marco de la renegociación general de los contratos relativos a los servicios públicos. En efecto, se agrega, como esa renegociación con las entidades que proveen servicios públicos se encuentra actualmente en marcha, no debiera prejugarse acerca de cual será la conclusión de ese proceso; una reclamación directa sólo puede hacerse cuando la situación de que trata es irreversible y definitiva.
105. De acuerdo a la opinión de CMS, los eventos que ocurrieron con posterioridad al mes de julio de 2001 se relacionan con las mismas materias que aquellos anteriores a esa fecha. Las medidas adoptadas en diciembre de 2001 y enero de 2002 constituyen hechos nuevos en la misma controversia relacionada con la interferencia de la República Argentina en el régimen tarifario, primero suspendiendo y luego aboliendo enteramente el ajuste de tarifas según el PPI y cancelando el derecho de calcular esas tarifas en dólares de los Estados Unidos para luego expresarlas en pesos al momento de la facturación. La así llamada controversia adicional se refiere a la misma materia y tiene los mismos antecedentes y acciones.
106. En todo caso, concluye CMS a este respecto, el hecho de que los eventos posteriores a julio de 2001 no se mencionaran en la Solicitud de Arbitraje no afecta el derecho del Demandante de someterlos al Tribunal en su Memorial. CMS sostiene que tanto el Artículo 36(2) del Convenio del CIADI como la Regla 2(1)(e) de las Reglas de Iniciación sólo exigen que la Solicitud contenga “informaciones sobre las cuestiones objeto de la diferencia” y que, por consiguiente, la Regla de Arbitraje 31 indica que es sólo al momento de presentar el memorial que se exige al demandante plantear sus peticiones en forma específica. Más aún, a la luz del Artículo 46 del Convenio y de la Regla 40 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, CMS argumenta que tiene derecho a presentar

- esta materia como una demanda incidental o adicional puesto que ambas disposiciones prevén esta posibilidad.
107. El Tribunal no puede coincidir con las conclusiones del Demandado en este segundo aspecto y examinará los diversos argumentos invocados por la República Argentina sobre el particular. Primero, el hecho de que algunos eventos hayan tenido lugar con anterioridad y otros con posterioridad a la Solicitud de Arbitraje, no es un factor determinante para decidir si se ha sometido al Tribunal una o más controversias. Lo que el Tribunal debe decidir, a la luz de Artículo 46 del Convenio del CIADI y de la Regla de Arbitraje 40, es si esas reclamaciones surgen directamente de la materia controvertida, si se encuentran dentro del alcance del consentimiento de las partes y si se encuentran dentro de la jurisdicción del Centro.
 108. En lo que concierne a la responsabilidad internacional de la República Argentina según los términos del Tratado, tampoco es importante si algunos actos hubieran sido adoptados por el poder judicial y otros por una entidad administrativa o los poderes ejecutivo y legislativo del Estado. El Artículo 4 de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado aprobados por la Comisión de Derecho Internacional es sumamente claro al respecto.⁵⁸ A menos que se formule una reserva específica de conformidad con los Artículos 19, 20 y 23 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la responsabilidad del Estado se generará y el hecho de que algunos actos hayan sido adoptados por el poder judicial y otros por otras instituciones del Estado no necesariamente implica que las controversias sean diferentes. Ninguna reserva de este tipo fue hecha respecto del TPPI.
 109. Al comienzo de esta Decisión el Tribunal hizo una distinción entre los actos que afectan directamente los derechos del inversionista amparados por disposiciones jurídicas obligatorias y otros actos que se relacionan con aspectos de política pública. Los actos que afectan esos derechos normalmente se relacionarán con medidas específicamente dirigidas a la industria del gas, pero también pueden ser

- adoptados en conjunto con medidas de naturaleza más general. En tanto afecten al inversionista en violación de sus derechos y se refieran a la misma materia, el hecho de que puedan originarse en fuentes diferentes o surgir en momentos distintos tampoco significa necesariamente que las controversias sean separadas y diferentes. El Tribunal también tiene en cuenta que, como se explicó anteriormente, lo que el Demandante debe demostrar en principio es que haya sido afectado por actos adoptados en violación de sus derechos, carga que ha sido satisfecha.
110. Siguiendo un razonamiento similar, en la medida en que los derechos del inversionista se vean afectados de manera directa, lo que haya justificado la decisión judicial del 18 de agosto de 2000 y lo que haya motivado la adopción de medidas administrativas y legislativas en diciembre de 2001 y enero de 2002 no altera la jurisdicción del Tribunal. Como se observó, únicamente cuando las medidas en cuestión no guardan relación con obligaciones jurídicas específicas adquiridas respecto del inversionista es que la jurisdicción del Tribunal resultará excluida y no habrá responsabilidad. Igualmente, el hecho de que el Gobierno de la República Argentina y una de sus entidades reguladoras se hayan opuesto a la decisión judicial mencionada, en tanto que el Gobierno haya apoyado las medidas posteriores a julio de 2001, es también irrelevante para decidir si el Tribunal debe estudiar una o más controversias.
 111. El argumento de que los antecedentes de las así llamadas dos controversias sean diferentes tampoco es un factor determinante de existencia de una o más controversias. Lo que el Tribunal debe examinar es la naturaleza de la controversia o controversias; sus antecedentes pueden ser diferentes pero, nuevamente, lo que importa es si los derechos del inversionista han sido o no afectados y si las reclamaciones emanan directamente de la misma materia.
 112. El argumento de que la primera controversia no requería de negociaciones con las compañías correspondientes, en tanto que la segunda controversia sí las requería,

- no resulta convincente. El Tribunal debe conocer una Solicitud de Arbitraje presentada por un inversionista extranjero en contra de la República Argentina a la luz del TPPI, en la que el inversionista reclama que algunos de los derechos protegidos han sido afectados. Las partes en la controversia son CMS y la República Argentina; según se observó anteriormente, el que algunas negociaciones tengan actualmente lugar entre el Gobierno de la República Argentina y terceras partes acerca de los mismos eventos que dieron lugar a la controversia no puede ser materia de consideración por parte del Tribunal, al menos no en la actual etapa del procedimiento.
113. El Tribunal también debe tener en cuenta que los hechos esenciales relativos, primero, a la suspensión del ajuste en los términos del PPI en 2000 y luego a la aprobación de otras medidas en diciembre de 2001 y enero de 2002 no son controvertidos. Tampoco hay desacuerdo entre las partes de que CMS es el inversionista en la sociedad afectada, TGN. El problema radica más bien en el efecto que cada parte asigna a cada una de estas medidas.
 114. Para decidir si acaso el Tribunal debe tratar de una o dos controversias, también es útil tener en cuenta que las medidas de reparación que CMS solicita en su Solicitud de Arbitraje de julio de 2001 se refieren en esencia a la violación de varios derechos que sostiene tener a la luz del TPPI. Estos derechos se refieren principalmente al trato justo y equitativo y a la seguridad y protección completa, arbitrariedad y discriminación, cumplimiento de las obligaciones y expropiación indirecta sin indemnización.
 115. La Solicitud de Arbitraje contiene una lista de las medidas que se alega fueron adoptadas en violación del Tratado, a la vez que CMS específicamente reservó el derecho de actualizar su reclamación en el curso del procedimiento. CMS afirma que hay “una diferencia continua que ha evolucionado en el tiempo conforme la Argentina adoptaba nuevas medidas para interferir y dismantelar el régimen

tarifario eliminando los compromisos que había asumido ante los inversores extranjeros”.⁵⁹

Demanda incidental

116. El problema que debe decidir el Tribunal es entonces si los reclamos por eventos posteriores a julio de 2001 constituyen “una demanda incidental o adicional... que se relacione directamente con la diferencia”.⁶⁰ La Nota B a la Regla de Arbitraje 40 agrega la siguiente explicación:

“El requisito que esta condición impone es que la relación respecto de los hechos entre la demanda original y la subordinada sea tan estrecha que se requiera que se adjudique esta última para que se logre el arreglo definitivo de la diferencia, ya que el propósito es solucionar todos los motivos de diferencia que provengan del mismo asunto.”

117. Para este fin el Tribunal debe determinar cuál es la diferencia y decidir si la Demanda incidental o adicional surge directamente de esa misma diferencia.

118. La opinión del Tribunal es que, en este caso, la diferencia es la supuesta pérdida de CMS de su inversión en TGN causada, según se argumenta, por las violaciones que ha hecho la República Argentina de sus obligaciones a la luz del TPPI. Estas violaciones se relacionan, según el Demandante, con la interferencia que órganos del Estado argentino han realizado respecto del régimen tarifario aplicable a TGN, que primero fue sujeto a una postergación de los ajustes, seguida de un congelamiento, culminando en la derogación de ese ajuste y en la cancelación del derecho a calcular las tarifas en dólares de los Estados Unidos para luego expresarlas en pesos convertibles al momento de la facturación.

119. La Nota B de la Regla de Arbitraje 40 apoya la conclusión de que los eventos posteriores a julio de 2001 dan lugar a una demanda incidental o adicional. No hay duda, para el Tribunal, que la reclamación que surge de esos eventos es “tan estrecha que se requiera que se adjudique esta última para que se logre el arreglo

definitivo de la diferencia, ya que el propósito es solucionar todos los motivos de diferencia que provengan del mismo asunto”.

120. En dos casos suscitados a la luz del Capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte,⁶¹ el primero en aplicación del Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI y el otro bajo las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL, los tribunales respectivos llegaron a la misma conclusión sobre la base de hechos similares a los de este caso.⁶²

Cumplimiento del período de consultas

121. En relación con su argumento acerca de la existencia de dos controversias, la República Argentina también ha planteado que la presentación de la segunda controversia al arbitraje es inadmisibles por ser prematura. Se sostiene en este sentido que, según los términos del Tratado, el período de seis meses a que se ha hecho referencia anteriormente debe haberse completado, pero que la controversia adicional sólo fue planteada al gobierno de la República Argentina el 13 de febrero de 2002, aproximadamente seis meses después del registro del caso por el Secretario General del CIADI, de fecha 24 de agosto de 2001. La Solicitud de Arbitraje se limitaba a la controversia original relativa al PPI y no incluye la diferencia adicional. Puesto que esa controversia es diferente a la primera, continúa el argumento, se habría requerido una solicitud de arbitraje separada una vez hubiese transcurrido el período indicado de seis meses, todo ello de conformidad con el Artículo 36 del Convenio del CIADI y el Artículo VII (3) del TPPI.
122. Según el punto de vista del Demandante, sin embargo, el período de seis meses es un requisito procesal y no una exigencia relacionada con la jurisdicción o la admisibilidad. En tanto las partes hayan tenido la oportunidad de emprender negociaciones, y particularmente cuando el Estado receptor no ha demostrado ninguna voluntad de aprovechar esa oportunidad, debe considerarse que se ha

dado cumplimiento al período exigido. Más aún, se concluye, la República Argentina no ha sufrido ningún perjuicio debido a la inclusión de los eventos posteriores a julio de 2001 y tampoco los sufrirá.

123. El Tribunal no necesita examinar este argumento a la luz de la conclusión anteriormente alcanzada acerca de que existe una sola controversia que contiene, sin embargo, demandas incidentales o adicionales. Resulta claro que en las Reglas de Arbitraje del CIADI este tipo de demanda no requiere de una nueva solicitud de arbitraje o de un nuevo período de seis meses para consultas y negociaciones antes de presentarse la controversia al arbitraje en los términos del TPPI. En efecto, si ese fuera el caso, resultaría imposible que la Regla de Arbitraje 40(2) tuviera sentido al disponer que toda “demanda incidental o adicional se presentará a más tardar en la réplica...”. Pero aún cuando se piense que el período indicado debe aplicarse, el Tribunal debe tener en cuenta que CMS, según se explicó anteriormente, invitó en repetidas oportunidades al Gobierno de la República Argentina a realizar consultas sobre la materia, pero sin resultado. No puede entonces argumentarse que la República Argentina ha sufrido o sufrirá un perjuicio en este contexto.

Examen de consecuencias potenciales adicionales

124. El Demandado también ha argumentado, en relación con la cuestión de la existencia de dos controversias, que si se acepta la jurisdicción se establecería un precedente peligroso con las siguientes consecuencias: (i) un incentivo para los inversionistas a presentar demandas prescindiendo del período de seis meses para consulta y negociación, privando a los gobiernos de la oportunidad de evaluar la situación; (ii) una alteración del proceso de renegociación de los servicios públicos que actualmente tiene lugar en Argentina; (iii) debido a que no se ha otorgado al Tribunal jurisdicción para decidir sobre controversias diferentes a la registrada en función de la Solicitud de Arbitraje, si el Tribunal admite su jurisdicción respecto de esa segunda controversia privaría a la República

Argentina de su derecho de defensa. El Demandante no comparte estos puntos de vista.

125. Dado que el Tribunal ha concluido que, en este caso, las controversias no son distintas e independientes y que surgen de la misma materia, no es relevante el que los hechos pertinentes hayan ocurrido antes o después de la presentación de la controversia al arbitraje, en tanto la demanda adicional sea hecha antes de la réplica, según lo dispuesto en la Regla de Arbitraje 40(2). Los efectos negativos indicados por la República Argentina no ocurrirán como consecuencia de esta determinación. Más bien los efectos negativos ocurrirían si el Tribunal alcanzara una conclusión diferente puesto que, como sostuvo un tribunal en el caso *Metalclad*, “Una argumentación contraria, requeriría a un [demandante] presentar múltiples y subsecuentes reclamaciones relacionadas y traería ineficiencia e inequidad.”⁶³ El Tribunal desea destacar, sin embargo, que únicamente el derecho aplicable provee todos los elementos necesarios para sustentar la conclusión que el Tribunal ha alcanzado en este caso.
126. Según se ha explicado anteriormente, el Tribunal tampoco puede considerar si las negociaciones con las compañías que proveen servicios públicos se encuentran bien encaminadas, como opina el Demandado, o no, como lo sostiene el Demandante. Esas son materias *res inter alios acta*; puede que cuando el Tribunal examine el fondo del caso esos elementos deban tomarse en consideración pero, en la etapa actual, son irrelevantes para los efectos de la decisión sobre jurisdicción.

Aceptación de la jurisdicción

127. A la luz de todos los aspectos examinados anteriormente, el Tribunal concluye que las reclamaciones que surgen de los acontecimientos posteriores a julio de 2001, en la medida en que causan perjuicios al inversionista en violación de sus derechos, tienen la naturaleza de una demanda adicional que, de conformidad con

- el Artículo 46 del Convenio del CIADI y la Regla de Arbitraje 40, surgen directamente de la diferencia, se encuentran dentro del alcance del consentimiento de las partes y en general están dentro de la jurisdicción del Centro.
128. La República Argentina también ha planteado como cuestión de admisibilidad el argumento de CMS de que habría sufrido perjuicios relacionados con la transferencia de fondos, puesto que esta argumentación nunca se ha presentado como una reclamación a la luz del TPPI. Sin embargo, como se observó anteriormente, debido a que CMS no ha perseverado en este reclamo, al menos por ahora, la cuestión de admisibilidad resulta inoficiosa.
 129. La República Argentina también ha solicitado que CMS demuestre, en relación con el Artículo I(2) del TPPI, que no es controlada por nacionales de terceros Estados y que tiene actividades sustantivas de negocios en los Estados Unidos. Sobre la base de examinar las presentaciones de las partes, el Tribunal concluye que CMS ha proporcionado esta prueba y que el expediente es muy claro sobre la materia.
 130. El Tribunal desea dejar constancia al concluir que los abogados de ambas partes han desempeñado sus obligaciones con un notable profesionalismo y en todo momento han cooperado integralmente con el trabajo del Tribunal, por lo que deben ser felicitados. Sus respectivos argumentos han sido presentados en ese espíritu de profesionalismo y han planteado cuestiones de gran interés para este caso, los arbitrajes del CIADI y el arbitraje en general.

C. Decisión.

131. Por las razones anteriormente expresadas el Tribunal decide que la actual controversia se encuentra dentro de la jurisdicción del Centro y la competencia del Tribunal. El Tribunal, por consiguiente, ha emitido la Orden necesaria para la continuación del procedimiento, de acuerdo con la Regla de Arbitraje 41(4).

Lo que así ha sido decidido,

[firmado]

Francisco Orrego Vicuña
Presidente del Tribunal

[firmado]

Marc Lalonde
Árbitro

[firmado]

Francisco Rezek
Árbitro

¹ Tratado entre la República Argentina y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, 14 de noviembre de 1991, en vigor desde el 20 de octubre de 1994.

² De conformidad con el Artículo 38 del Convenio del CIADI, si el Tribunal no llegare a constituirse dentro de los 90 días siguientes a la fecha del envío de la notificación del acta de registro, el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI, a petición de cualquiera de las partes, y, en lo posible, previa consulta con las mismas, deberá nombrar al árbitro o los árbitros que aún no hubiesen sido designados y nombrar a uno de los árbitros como Presidente del Tribunal.

³ Ley sobre Reforma del Estado No. 23.696 de 1989.

⁴ Ley sobre Convertibilidad No. 23.928 de 1991.

⁵ Ley sobre Privatización del Gas, No. 24.076 de 1992.

⁶ Decreto 1738/92 de 1992 sobre Aplicación de la Ley del Gas.

⁷ Memorando Informativo de 1992 sobre la Oferta Pública Inicial.

⁸ Decreto 2255/92 de 1992 sobre los Términos y Condiciones de las Licencias.

⁹ Ley sobre Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario No. 25.561 de 2002, Decreto 71/2002 sobre Emergencia Pública y Decreto 214/2002 sobre Pesificación.

¹⁰ Nota 1 supra.

¹¹ Decreto 1570/2001 del 1 de diciembre de 2001 sobre Entidades Financieras..

¹² Nota 9 supra.

¹³ Nota 4 supra.

¹⁴ J. Sulkowski: "Questions Juridiques soulevées dans les Rapports Internationaux par les Variations de Valeur des Signes Monétaires", Recueil des cours de l'Académie de Droit International, Vol. 29, 1929, p. 5.

¹⁵ *Maffezini c. España*, Laudo del Tribunal del CIADI del 13 de noviembre de 2000, par. 64.

¹⁶ Memorial de Contestación sobre Jurisdicción, p. 21, par. 50.

¹⁷ Audiencia del 8 de abril de 2003, p. 63.

¹⁸ Nota 11 supra.

¹⁹ Memorial de Contestación sobre Jurisdicción, nota 118.

²⁰ Audiencia del 8 de abril de 2003, p. 29.

²¹ Carlos Suárez Anzorena: "Personalidad de las Sociedades", Cuadernos de Derecho Societario, 1973, según citado en el Memorial sobre Jurisdicción, nota 82.

²² Ley No. 19.550 de 1972 sobre Sociedades Comerciales, Artículo 54, par. 3.

²³ *Barcelona Traction, Light and Power Co. Ltd. (Bélgica c. España)*, Sentencia del 5 de febrero de 1970, ICJ Reports 1970, p. 3.

²⁴ Caso *Elettronica Sicula S.p A. (ELSI) (Estados Unidos de América c. Italia)*, Sentencia del 20 de julio de 1989, ICJ Reports 1989, p. 15.

²⁵ Comisión de Derecho Internacional: Informe Preliminar sobre Protección Diplomática, Relator Especial Señor Mohammed Bennouna, A/CN.4/484, 4 de febrero de 1998, p. 5.

²⁶ David J. Bederman: "Interim Report on Lump Sum Agreements and Diplomatic Protection", International Law Association, Comité sobre la Protección Diplomática de Personas y Bienes, Report of the Seventieth Conference, New Delhi, 2002, p. 230 en pp. 253-256.

²⁷ Sobre la jurisprudencia del Tribunal Irán-Estados Unidos, véase en general George H. Aldrich: The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal, 1996; Charles N. Brower y Jason D. Brueschke: The Iran-United States Claims Tribunal, 1998.

²⁸ United Nations Compensation Commission: Decision of the Governing Council on Business Losses of Individuals, S/AC.1191/4, 23 de octubre de 1991, Par. F, y Decisión 123 (2001).

²⁹ International Law Association, Comité sobre la Protección Diplomática de Personas y Bienes, Primer Informe, Report of the Sixty-Ninth Conference, London, 2000.

³⁰ *Fedax c. Venezuela*, Decisión del Tribunal del CIADI sobre Objeciones a la Jurisdicción del 11 de julio de 1997, pars. 21-26, con citas de los casos y autores relevantes.

³¹ *Ibid.*, par. 22, nota 18.

³² *Ibid.*, par. 24.

³³ *AAPL c. Sri Lanka*, Laudo del Tribunal del CIADI del 27 de junio de 1990.

³⁴ *AMT c. Zaire*, Laudo del Tribunal del CIADI del 21 de febrero de 1997.

³⁵ *Antoine Goetz et consorts c. Republique du Burundi*, Laudo del Tribunal del CIADI del 10 de febrero de 1999.

³⁶ Nota 15 supra.

³⁷ *Lanco c. Argentina*, Decisión Preliminar del Tribunal del CIADI del 8 de diciembre de 1998.

³⁸ *Genin et al. c. Estonia*, Laudo del Tribunal del CIADI del 25 de junio de 2001.

³⁹ *Compañía de Aguas del Aconquija et al. c. Argentina*, Laudo del Tribunal del CIADI del 21 de noviembre de 2000.

⁴⁰ *Vivendi*, Decisión del Tribunal del CIADI sobre la Anulación del 3 de julio de 2002.

⁴¹ *CME c. Czech Republic*, Laudo parcial del Tribunal del CIADI del 13 de septiembre de 2001.

⁴² Nota 35 supra, par. 89. Traducción hecha para la presente decisión.

⁴³ Nota 37 supra, pars. 10, 11.

⁴⁴ Nota 40 supra, par. 50.

⁴⁵ Licencia de TGN del 18 de diciembre de 1992, Artículo 1.3.4, aprobada por el Decreto 2457/92.

⁴⁶ Nota 37 supra, par. 36.

⁴⁷ Nota 37 supra, par. 40.

⁴⁸ Nota 39 supra, pars. 53-54.

⁴⁹ *Wena v. Egypt*, Decisión del Tribunal del CIADI sobre la Anulación del 5 de febrero de 2002, par. 5. El TPPI a que hace referencia la cita es el Tratado Bilateral sobre Inversiones entre Egipto y el Reino Unido. Traducción hecha para el presente caso.

⁵⁰ Véase por ejemplo el caso *Aguas*, nota 39 supra; *Genin*, nota 38 supra; *Olguín c. Paraguay*, Decisión del Tribunal del CIADI sobre Objeciones a la Jurisdicción del 8 de agosto de 2000.

⁵¹ Audiencia del 7 de abril de 2003, p. 46.

⁵² Carta de Transmisión al Senado del Presidente de los Estados Unidos, 13 de enero de 1993, U. S. Government Printing Office, Treaty Doc. 103-2, 1993.

⁵³ Solicitud de Arbitraje, Documento No. 25.

⁵⁴ Solicitud de Arbitraje, Documento No. 26.

⁵⁵ Solicitud de Arbitraje, Documento No. 27.

⁵⁶ Solicitud de Arbitraje, Documento No. 30.

⁵⁷ Nota 15 supra.

⁵⁸ James Crawford: The International Law Commission's Articles on State Responsibility, 2002, comentarios sobre el Artículo 4, pp. 94-99.

⁵⁹ Audiencia del 7 de abril de 2003, p. 94.

⁶⁰ Artículo 46 del Convenio del CIADI y Regla 40 del Reglamento de Arbitraje.

⁶¹ *Metalclad c. México*, Caso No. ARB (AF)/97/1, Laudo del Tribunal del CIADI del 30 de agosto de 2000, International Legal Materials, Vol. 40, 2001, p. 36; *Pope and Talbot Inc. v. Canadá*, Decisión del 7 de agosto de 2000 sobre una Petición de Canada, Legal Authorities No. 95.

⁶² Es de interés observar que las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL no contemplan las demandas incidentales como tales. El Artículo 20 de estas Reglas dispone que: "En el curso de las actuaciones, cualquiera de las partes podrá modificar o complementar su demanda o contestación, a menos que el tribunal arbitral considere que no corresponde permitir esa modificación en razón de la demora con que se hubiere hecho, el perjuicio que pudiere causar a la otra parte o cualesquiera otras circunstancias. Sin embargo, una demanda no podrá modificarse de manera tal que la demanda modificada quede excluida del campo de aplicación de la cláusula compromisoria o del acuerdo de arbitraje separado." En muchos casos, la distinción entre complementar una demanda o presentar una demanda incidental puede ser más semántica que real. No obstante, el Artículo 46 del Convenio del CIADI y la Regla de Arbitraje 40 son más restrictivas en cuanto la demanda incidental debe relacionarse directamente con la diferencia y debe hacerse a más tardar en la réplica, como toda reconvencción debe hacerse a más tardar en el memorial de contestación. En el caso *Pope & Talbot* el tribunal concluyó que el asunto suscitado por el Demandante "no es una nueva demanda y por consiguiente no requiere una modificación de la demanda". Traducción hecha para el presente caso.

⁶³ Nota 61 supra, par. 67.