

**CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A
INVERSIONES**

Orazul International España Holdings S.L.

c.

**República Argentina
(Caso CIADI No. ARB/19/25)**

DECISIÓN SOBRE LA SOLICITUD DE BIFURCACIÓN DE LA DEMANDADA

Miembros del Tribunal

Dra. Inka Hanefeld, Presidenta del Tribunal
Sr. David R. Haigh, Q.C., Árbitro
Prof. Alain Pellet, Árbitro

Secretaria del Tribunal

Sra. Anna Toubiana

Asistente del Tribunal

Sr. Aaron de Jong

7 de enero de 2021

Índice de contenidos

A.	ANTECEDENTES PROCESALES	1
B.	LA POSICIÓN DE LA DEMANDADA SOBRE BIFURCACIÓN	1
C.	LA POSICIÓN DE LA DEMANDANTE SOBRE BIFURCACIÓN.....	4
D.	LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL SOBRE BIFURCACIÓN.....	6
I.	El Marco Jurídico Aplicable.....	7
II.	El Análisis del Tribunal.....	9
1.	La alegación de la Demandada de que la reclamación de la Demandante es extemporánea y contraria a los principios generales de derecho.....	9
2.	La alegación de la Demandada de que la Demandante no cumplió en primer lugar con el Artículo X del TBI	10
3.	La alegación de la Demandada de que el Tribunal carece de jurisdicción y de que la Demandante ha incurrido en un abuso del procedimiento.....	11
4.	La alegación de la Demandada de que la Demandante consintió las medidas y renunció a su derecho a reclamar por ellas	12
III.	Conclusión	13
E.	LAS RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL.....	14

A. Antecedentes Procesales

1. El 24 de agosto de 2020, después de la Primera Sesión celebrada el 7 de agosto de 2020 y las posteriores comunicaciones con las Partes, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 1 (RP1) y el Cronograma Procesal como Anexo A de dicha Resolución.
2. En línea con la propuesta conjunta de las Partes, el Cronograma Procesal contempla que la Demandada puede primero presentar un Memorial sobre Excepciones Preliminares junto con una Solicitud de Bifurcación, en lugar de un Memorial de Contestación sobre el Fondo. En tal caso, las Partes y el Tribunal deben adherir a un cronograma acordado previamente identificado como Escenario 2 en el Cronograma Procesal para resolver primero la cuestión de la Solicitud de Bifurcación.
3. El 16 de noviembre de 2020, la Demandada presentó un Memorial sobre Excepciones Preliminares junto con una Solicitud de Bifurcación, ambos en idioma español.
4. El 21 de noviembre de 2020, en vista del breve plazo para pronunciarse sobre la Solicitud de Bifurcación de la Demandada en el Escenario 2, el Tribunal invitó a la Demandada a presentar una traducción al inglés de su Memorial sobre Excepciones Preliminares y Solicitud de Bifurcación con la mayor celeridad posible. A la vez, el Tribunal invitó a la Demandante a presentar sus Observaciones sobre la Solicitud de Bifurcación y su correspondiente traducción al inglés el 14 de diciembre de 2020.
5. El 30 de noviembre de 2020, la Demandada presentó una traducción al inglés de su Memorial sobre Excepciones Preliminares y Solicitud de Bifurcación.
6. El 14 de diciembre de 2020, la Demandante presentó sus Observaciones sobre la Solicitud de Bifurcación de la Demandada en inglés.
7. Después de analizar detenidamente las respectivas posiciones de las Partes (Partes B. y C.), el Tribunal emite su Decisión sobre Bifurcación (Parte D.) y sus resoluciones correspondientes (Parte E.).

B. La Posición de la Demandada sobre Bifurcación

8. La Demandada solicita que el Tribunal ordene la bifurcación del arbitraje en dos fases: una fase para determinar las excepciones preliminares de la Demandada y otra para resolver toda cuestión sobre el fondo de las reclamaciones de la Demandante¹.

¹ Memorial sobre Excepciones Preliminares y Solicitud de Bifurcación, párrs. 298 y ss.

9. Con énfasis en su Solicitud de Bifurcación, la Demandada afirma en su Memorial sobre Excepciones Preliminares que el Tribunal debería desestimar las reclamaciones de la Demandante en el arbitraje por los siguientes motivos, que el Tribunal resume sucintamente a continuación (Excepciones Preliminares):
10. En primer lugar, la Demandada asevera que la reclamación de la Demandante es inadmisibile por ser irrazonablemente extemporánea y contraria a los principios generales de derecho. Según la Demandada, tales principios impiden que prosperen las reclamaciones que no sean formuladas oportunamente en un plazo razonable después del acaecimiento del acto presuntamente ilícito. En este caso, si bien la Demandante funda su reclamación en medidas regulatorias adoptadas en el periodo comprendido entre los años 2003 y 2013, la Demandada señala que la Demandante demoró el inicio de este procedimiento de manera irracional e inapropiada, ya que presentó su Solicitud de Arbitraje recién en el mes de agosto de 2019².
11. En segundo lugar, la Demandada asevera que el Tribunal carece de jurisdicción en este procedimiento, por cuanto la Demandante no cumplió con las condiciones del Artículo X del TBI al no presentar la diferencia primero ante los tribunales nacionales argentinos. Según la Demandada, esa presentación previa forma parte de las condiciones esenciales bajo las cuales la Demandada ofreció su consentimiento para someter a arbitraje las diferencias que surgieran en virtud del TBI. Sostiene que la Demandante no puede ahora recurrir a una interpretación amplia de la Cláusula NMF, a fin de evadir esa obligación, e invocar normas de otros tratados de inversión. Más bien, la Demandada alega que la conducta de España y Argentina con posterioridad a la firma del TBI demuestra que no fue intención de las partes que los mecanismos de solución de controversias allí contemplados pudieran modificarse mediante la aplicación de la Cláusula NMF³.
12. En tercer lugar, la Demandada afirma que el Tribunal carece de jurisdicción respecto de la presente diferencia, ya que la Demandante no ha demostrado ser un inversor protegido en los términos del TBI, ni haber realizado una inversión en Argentina. Más bien, la Demandada señala que la empresa Duke Energy, con sede en los Estados Unidos (y no la Demandante), era la titular de las participaciones supuestamente afectadas en Argentina cuando la Demandada promulgó primeramente las medidas cuestionadas en el año 2003. Y agrega que las medidas se adoptaron en su totalidad luego de que Duke Energy vendiera sus participaciones argentinas al fondo de inversión I Squared Capital en el mes de diciembre de 2016, sin siquiera haber iniciado procedimiento alguno en

² *Id.*, Sección II.A.

³ *Id.*, Sección II.B.

virtud del TBI. La Demandada alega, por otro lado, que la entidad demandante, Orazul International España Holdings S.L., operó en todo momento como una mera empresa fantasma (*shell company*) constituida en España, sin actividad real en España, utilizada por Duke Energy como intermediaria para obtener acceso a las protecciones en virtud del TBI Argentina-España. Según la Demandada, en este sentido, la Demandante ha cometido un “claro abuso del procedimiento”⁴ y, en vista de los principios de buena fe, el Tribunal debería considerar inadmisibles sus reclamaciones⁵.

13. Por último, la Demandada aduce que la Demandante ya ha consentido y aceptado las medidas que ahora pretende cuestionar. En particular, la Demandada explica que la firma de diversos acuerdos por parte de la Demandante con el Estado a partir del año 2004⁶, junto con su adhesión al régimen contemplado en la Resolución SE No. 95/2013, ha tenido como consecuencia que las Partes aceptaran todas las medidas cuestionadas y renunciaran a sus derechos a presentar reclamaciones fundadas en tales medidas. Además, la Demandante aceptó específicamente que el régimen remuneratorio en virtud de la Resolución SE No. 95/2013 le prohíbe interponer reclamaciones basadas en un mecanismo de remuneración distinto. Las Partes acordaron, asimismo, el pago de ciertas acreencias en relación con las medidas específicas, así como otras reglamentaciones complementarias, lo que significa que las Partes también renunciaron a sus derechos a presentar reclamaciones en tal sentido. Por lo tanto, según la Demandada, la Demandante renunció a su derecho a interponer reclamaciones en relación con las medidas cuestionadas, lo que torna inadmisibles sus reclamaciones en este procedimiento⁷.
14. En cuanto a la bifurcación en sí, la Demandada señala que el hecho de si un asunto debe o no bifurcarse es una cuestión de eficacia procesal y, en particular, si la resolución de las excepciones preliminares tornará innecesario abordar el fondo de la diferencia⁸. Para ello, sobre la base del caso *Emmis c. Hungría*⁹, la Demandada afirma que los tribunales pueden ponderar los siguientes factores al analizar una solicitud de bifurcación del

⁴ *Id.*, párr. 146.

⁵ *Id.*, Sección II.C.

⁶ Según la Demandada, estos incluyen *inter alia* el Acuerdo Definitivo para la Gestión y Operación de los Proyectos para la Readaptación del Mercado Eléctrico Mayorista, suscrito en 2005 (conocido como el “Acuerdo Definitivo”), el Acuerdo para la Gestión y Operación de Proyectos, Aumento de la Disponibilidad de Generación Térmica y Adaptación de la Remuneración de la Generación 2015-2018, suscrito en 2010, y el Acuerdo de Regularización y Cancelación de Acreencias con el Mercado Eléctrico Mayorista de 2019. Memorial sobre Excepciones Preliminares y Solicitud de Bifurcación, párr. 13.

⁷ *Id.*, Sección II.D.

⁸ *Id.*, párr. 299.

⁹ *Emmis International Holding, B.V., Emmis Radio Operating, B.V. y MEM Magyar Electronic Media Kereskedelmi és Szolgáltató Kft. c. Hungría*, Caso CIADI No. ARB/12/2, Decisión sobre la Solicitud de Bifurcación, 13 de junio de 2013, párr. 37(2) (AL RA 114). [En adelante, *Emmis c. Hungría*]

procedimiento: si la solicitud es sustancial o frívola, si habría una reducción sustancial en etapas posteriores del procedimiento en el caso de admitirse la solicitud y una excepción, y si las cuestiones que se tratarán en la fase de jurisdicción están demasiado interrelacionadas con el fondo del asunto¹⁰.

15. En el presente caso, según la Demandada, la bifurcación facilitará el desarrollo eficiente del procedimiento arbitral¹¹. Además, agrega, existen razones más que justificadas para que el Tribunal acepte las Excepciones Preliminares enunciadas *supra*¹² y, al resolver tales excepciones, el Tribunal no necesitará abordar algunas cuestiones sobre el fondo¹³.

C. La Posición de la Demandante sobre Bifurcación

16. La Demandante se opone a la Solicitud de Bifurcación de la Demandada.
17. Según la Demandante, al decidir si un procedimiento se debe bifurcar o no, los tribunales deberían considerar si es probable que la excepción preliminar no prospere, si la bifurcación sustancialmente reduciría tiempo y costos, y si la jurisdicción y el fondo están tan interrelacionados que tornan la bifurcación poco práctica¹⁴. La Demandante asevera, asimismo, que la Demandada tiene la carga de demostrar que se justifica bifurcar el procedimiento, en el sentido de que contribuirá a la eficacia de este último y no resultará poco práctica, pero que, en el presente caso, no cumplió con esa carga¹⁵.
18. En cuanto a la afirmación de la Demandada de que la reclamación de la Demandante fue extemporánea, la Demandante aduce que el argumento de la Demandada es incorrecto, desde el punto de vista de los hechos, y, por ende, infundado. En tal sentido, señala que las medidas cuestionadas, de hecho, continuaron después de 2013 e incluso siguen vigentes a la fecha¹⁶. En cualquier caso, el TBI no contiene un plazo de prescripción de las reclamaciones¹⁷ y toda demora en el inicio del procedimiento se debió a las garantías que la Demandada ofreció a la Demandante de que restauraría el marco regulatorio eléctrico¹⁸. La Demandante asevera que es imposible bifurcar las excepciones de la Demandada, ya que están inexorablemente relacionadas con el fondo del asunto. Según la Demandante, si el Tribunal tuviera que pronunciarse respecto de

¹⁰ Memorial sobre Excepciones Preliminares y Solicitud de Bifurcación, párr. 305.

¹¹ *Id.*, párr. 309.

¹² *Id.*, párr. 299.

¹³ *Id.*, párr. 304.

¹⁴ Observaciones de la Demandante a la Solicitud de Bifurcación de la Demandada, párrs. 121, 128.

¹⁵ *Id.*, párrs. 9-10.

¹⁶ *Id.*, párr. 44.

¹⁷ *Id.*, párrs. 20, 51.

¹⁸ *Id.*, párr. 45.

algún argumento sobre demoras, también necesitará pronunciarse sobre el fondo de las reclamaciones de la Demandante acerca de las garantías e incumplimientos de dichas garantías por parte de la Demandada, en particular, en lo referente a la naturaleza provisoria de las medidas y la entrada en vigor de los programas FONINVEMEM de la Demandante¹⁹.

19. La Demandante alega que la afirmación de la Demandada de que no cumplió con las condiciones del Artículo X del TBI también es infundada y no puede justificar la bifurcación. Según la Demandante, tiene derecho a invocar la Cláusula NMF para importar una cláusula de solución de diferencias más favorable de otro TBI, por lo cual ya no necesitaría cumplir con el período de espera de 18 meses. En cualquier caso, esos períodos de espera no son políticas “esenciales” de Argentina o España, si bien el cumplimiento del Artículo X por parte de la Demandante habría sido inútil e indebidamente costoso²⁰. Por otra parte, agrega la Demandante, la excepción no puede separarse fácilmente del fondo del asunto. A tal fin, alega que hay condiciones de litigio local para ofrecer a los Estados la oportunidad de abordar cuestiones antes de someterlas a arbitraje²¹. Por lo tanto, para comprobar si la Demandada tuvo la oportunidad previa de resolver los agravios de la Demandante, el Tribunal debería determinar la naturaleza de las medidas, el alcance de las presentaciones locales y si las peticiones administrativas de la Demandante contra las medidas dieron a la Demandada la oportunidad de revertirlas e indemnizar a la Demandante²².
20. La Demandante alega, asimismo, que las excepciones de la Demandada mediante las cuales cuestiona su condición de inversor protegido en virtud del TBI carecen de sustento. En primer lugar, señala que Duke Energy y la Demandante son la misma entidad; la Demandante simplemente cambió su razón social anterior, Duke Energy (Duke Energy International España Holdings S.L.U.), por la actual Orazul International España Holdings S.L. en el año 2017²³. Así, la Demandante siguió siendo la misma entidad con sede española, titular de una participación indirecta en Cerros Colorados en todo momento pertinente, y, por lo tanto es un inversor protegido en virtud del TBI²⁴. Es por eso que la Demandante no se constituyó simplemente para obtener la protección del TBI²⁵. Por último, la Demandante afirma que la Demandada no alega hechos que respalden su alegato de que las inversiones de la Demandante no constituyen

¹⁹ *Id.*, párrs. 17, 46.

²⁰ *Id.*, párrs. 67-72.

²¹ *Id.*, párr. 75.

²² *Id.*, párrs. 26-27, 76.

²³ *Id.*, párrs. 31, 82.

²⁴ *Id.*, párrs. 32-33, 82.

²⁵ *Id.*, párr. 84.

inversiones protegidas conforme a la amplia definición del TBI²⁶. De igual modo, la Demandante alega que toda cuestión en torno a si sus inversiones pueden gozar de la protección del TBI está interrelacionada con el fondo del caso²⁷.

21. Por último, la Demandante señala que la afirmación de la Demandada de que la Demandante renunció a sus derechos a iniciar acciones legales es infundada²⁸. En primer lugar, la Demandante asevera que Cerros Colorados –no la Demandante– es parte de los acuerdos y renunciaciones pertinentes y, en cualquier caso, está sujeta a las resoluciones del Gobierno. Aun así, la Demandada obligó a Cerros Colorados a suscribir los acuerdos o cumplir las resoluciones, cuando los acuerdos son ilícitos conforme al derecho argentino y, de cualquier manera, constituyen violaciones del TBI por sí solos. La Demandante agrega que, en cualquier caso, las renunciaciones no se extienden a sus reclamaciones en virtud del tratado²⁹. Por otra parte, la Demandante sugiere que el Tribunal necesitaría investigar el fondo del caso, a fin de determinar si realmente se obligó a Cerros Colorados, como sostiene la Demandante, a firmar los acuerdos que contienen las supuestas renunciaciones, y si la Demandada cumplió con sus obligaciones en virtud de tales acuerdos, algo que la Demandante cuestiona³⁰.
22. Por último, la Demandante señala que la Demandada no demostró de qué manera la bifurcación reduciría, en gran medida, el tiempo y costo del procedimiento³¹.

D. La Decisión del Tribunal sobre Bifurcación

23. La Demandada solicita que el Tribunal bifurque este procedimiento de modo que resuelva las Excepciones Preliminares de la Demandada antes de analizar el fondo de las reclamaciones de la Demandante.
24. Al resolver la solicitud de la Demandada, el Tribunal es consciente de que, ya sea que decida bifurcar o no este procedimiento, las Partes tomarán uno de los dos caminos propuestos conjuntamente: por un lado, si el Tribunal otorga la solicitud de la Demandada, el denominado Escenario 2.1 del Cronograma Procesal de las Partes entra en juego. Este escenario prevé que las Partes presenten escritos separados sobre las Excepciones Preliminares de la Demandada, con una audiencia a tal efecto programada

²⁶ *Id.*, párr. 34.

²⁷ *Id.*, párr. 35.

²⁸ *Id.*, párr. 103.

²⁹ *Id.*, párrs. 38, 104.

³⁰ *Id.*, párr. 39.

³¹ *Id.*, párr. 125.

para el mes de septiembre de 2021. De ser necesario, se celebraría una audiencia sobre el fondo en el tercer trimestre de 2022.

25. Por otro lado, si el Tribunal deniega la solicitud de la Demandada, el procedimiento, conforme a la propuesta conjunta de las Partes, seguiría el Escenario 2.2 del Cronograma Procesal. Este escenario prevé una serie de presentaciones de las Partes con respecto a las Excepciones Preliminares de la Demandada y el fondo de las reclamaciones de la Demandante, con una audiencia sobre esas cuestiones combinadas que se celebraría en el mes de enero de 2022.
26. En vista de lo que antecede, el Tribunal reconoce que su decisión sobre la solicitud de la Demandada influirá en el momento probable de la resolución final de la diferencia entre las Partes de aquí en adelante. Adopta esta decisión valorando plenamente dicha consecuencia.

I. El Marco Jurídico Aplicable

27. Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal procede a abordar de manera específica la solicitud de la Demandada a fin de bifurcar el procedimiento. Al hacerlo, el Tribunal considera en primer lugar el marco jurídico que rige la Solicitud de Bifurcación de la Demandada. A tal efecto, el Tribunal recuerda el Artículo 41(2) del Convenio del CIADI, que dispone lo siguiente:

Toda alegación de una parte que la diferencia cae fuera de los límites de la jurisdicción del Centro, o que por otras razones el Tribunal no es competente para oírla, se considerará por el Tribunal, el que determinará si ha de resolverla como cuestión previa o conjuntamente con el fondo de la cuestión.

28. De modo similar, la Regla 41 de las Reglas de Arbitraje del CIADI establece, en su parte pertinente, lo siguiente:

(2) El Tribunal podrá considerar de oficio en cualquier estado del procedimiento, si la diferencia que se le ha sometido cae dentro de la jurisdicción del Centro y es de su propia competencia. [...].

(4) El Tribunal [...] [p]odrá pronunciarse sobre la excepción [de que la diferencia o cualquier demanda subordinada cae fuera de los límites de la jurisdicción del Centro, o que por otras razones el Tribunal no es competente para oírla] como una cuestión preliminar o conjuntamente con el fondo de la diferencia.

29. A partir de las disposiciones precedentes, el Tribunal reconoce su facultad expresa en virtud del Convenio del CIADI y de las Reglas de Arbitraje del CIADI tanto para decidir las Excepciones Preliminares de la Demandada como para resolver su solicitud de bifurcación como primera medida. Al mismo tiempo, el Tribunal observa que ni el Convenio del CIADI ni las Reglas de Arbitraje del CIADI identifican ningún principio rector en particular que pueda ayudar a decidir si un procedimiento concreto debería bifurcarse o no. También surge claramente que ninguna de las dos disposiciones establece una presunción expresa sobre una solicitud en uno u otro sentido.
30. Por consiguiente, el Tribunal recurre a la jurisprudencia consolidada en materia de bifurcación en los procedimientos CIADI. En principio, el Tribunal coincide con el tribunal del caso *Churchill Mining c. Indonesia*, que sostuvo que “[l]a bifurcación de las cuestiones preliminares se encuentra dentro de la facultad discrecional de los tribunales CIADP”³². Asimismo, está de acuerdo con las Partes en que, al momento de resolver la cuestión que consiste en determinar si corresponde admitir la solicitud de la Demandada, el factor dominante a tener en cuenta es el de eficacia procesal; en otras palabras, si es más probable que la bifurcación aumente o disminuya el tiempo y los costos vinculados al arbitraje o pueda contribuir significativamente a aclarar y simplificar la diferencia planteada ante el Tribunal³³. Además, si bien no existe una carga de la prueba formal, el Tribunal debe estar convencido de que, en definitiva, la bifurcación facilitará dicho objetivo.
31. En consonancia con esta interpretación, la jurisprudencia – incluso aquella que citan las Partes – demuestra que los tribunales en general consideran los tres factores acumulativos siguientes al momento de decidir si corresponde admitir una solicitud de bifurcación³⁴:
- a. Si la excepción preliminar es *prima facie* seria y sustancial (en otras palabras: ¿la excepción tiene una posibilidad razonable de éxito y no es frívola o vejatoria o carece claramente de mérito)³⁵;
 - b. Si la excepción jurisdiccional está demasiado interrelacionada con el fondo del asunto, de forma que el Tribunal tendría ya que “indagar en la sustancia de los supuestos incumplimientos”³⁶ o que se duplicarían las pruebas, lo cual significa

³² *Churchill Mining Plc y Planet Mining Pty Ltd c. República de Indonesia*, Casos CIADI Nos. ARB/12/14 y 12/40, Resolución Procesal No. 15, 12 de enero de 2015, párr. 26 (AL RA 116). [Traducción del Tribunal]

³³ C. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, 2.^a edición, pág. 537.

³⁴ Véase, por ejemplo, *Emmis c. Hungría*, párr. 37(2) (AL RA 114).

³⁵ *Resolute Forest Products Inc. c. Gobierno de Canadá*, Caso CPA No. 2016-13, Orden Procesal No. 4 (Decisión sobre Bifurcación), 18 de noviembre de 2016, párr. 4.4.

³⁶ Véase *Eco Oro Minerals Corp. c. República de Colombia*, Caso CIADI No. ARB/16/41, Resolución Procesal No. 2, 28 de junio de 2018, párr. 52 (CL-206). [Traducción del Tribunal]

que sería poco probable que la bifurcación redunde en un ahorro en materia de tiempo o costos; y

- c. Si la excepción, en caso de ser admitida, derivará finalmente en una reducción sustancial de la fase de fondo del procedimiento o incluso pondrá fin a todas o casi todas las reclamaciones.

II. El Análisis del Tribunal

32. Tras analizar minuciosamente las presentaciones respectivas de las Partes de 30 de noviembre de 2020 y 14 de diciembre de 2020, en aras de la economía y eficacia procesal, el Tribunal decide no bifurcar el escuchar las cuatro Excepciones Preliminares de la Demandada del fondo por los motivos que se exponen a continuación.

1. La alegación de la Demandada de que la reclamación de la Demandante es extemporánea y contraria a los principios generales de derecho

33. En vista de su intención de no confundir los “méritos de la excepción” con la cuestión previa de los méritos de una bifurcación, el Tribunal no acepta que la excepción de la Demandada basada en la demora supuestamente irrazonable en que incurrió la Demandante al iniciar el procedimiento que nos ocupa sea frívola o vejatoria. La diferencia subyacente a este procedimiento se ha extendido durante casi dos décadas. Aunque, tal como identifica la Demandante, el TBI no contiene ningún plazo de prescripción expreso, en un caso que ha persistido tanto como este, el Tribunal no está convencido de que la excepción de la Demandada con respecto al inicio del procedimiento que nos ocupa sea totalmente irrazonable. En este sentido, la Demandada ha remitido al Tribunal, en opinión preliminar del Tribunal, a una doctrina jurídica defendible en sustento de su posición³⁷.
34. Al mismo tiempo, sin embargo, el Tribunal no está convencido de que la bifurcación basada en el argumento de oportunidad que invoca la Demandada necesariamente facilitaría el desarrollo eficiente de este procedimiento. En este aspecto, el Tribunal considera que es probable que cualquier decisión sobre la excepción de la Demandada suponga que el Tribunal indague prematuramente en la sustancia del fondo de las reclamaciones de la Demandante y tenga que pronunciarse sobre cuestiones allí comprendidas. Esto comprende, en particular, la probabilidad de que el Tribunal tenga que considerar el momento en que se adoptaron las medidas cuestionadas y si aquellas representaron un incumplimiento continuo del TBI. También es probable que requiera

³⁷ Véanse, por ejemplo, las referencias de la Demandada al Profesor Bin Cheng: Memorial sobre Excepciones Preliminares y Solicitud de Bifurcación, párrs. 34–36.

que el Tribunal considere las supuestas promesas de la Demandada frente a la Demandante a lo largo de los años de que las medidas solo serían de naturaleza “temporaria” (las cuales incluyen, en especial, los compromisos presuntamente asumidos por la Demandada en relación con los programas FONINVEMEM). Tal como arguye la Demandante, aquellas comprenden declaraciones que tuvo en cuenta al momento de decidir no iniciar el procedimiento de manera más temprana. No obstante, según el Tribunal, aquellas también constituyen el eje de las reclamaciones de la Demandante en este procedimiento por violaciones del TBI por parte de la Demandada. En este sentido, el Tribunal alude al testimonio del Sr. McGee, testigo de la Demandante, que explica lo siguiente³⁸:

el Gobierno continuó adoptando medidas perjudiciales que afectaron a Cerros Colorados, al tiempo que “corría el arco” constantemente para lograr la normalización prometida del mercado y regresar a las reglas vigentes con anterioridad a las medidas de 2003.

35. Por ende, el Tribunal no está convencido de que no exista una superposición de cuestiones significativas relevantes tanto para la excepción de la Demandada como para el fondo, ni de que la bifurcación daría lugar a importantes ahorros en materia de eficacia en el supuesto de que el Tribunal finalmente no admitiera la excepción de la Demandada.

2. La alegación de la Demandada de que la Demandante no cumplió en primer lugar con el Artículo X del TBI

36. Con respecto a la excepción planteada por la Demandada en cuanto a la supuesta omisión en que incurrió la Demandante al no adherir en primer lugar a la condición de recurrir a los tribunales nacionales durante el plazo de 18 meses receptada en el Artículo X del TBI, el Tribunal también determina que, en definitiva, la bifurcación del procedimiento no favorece la eficacia.
37. El Tribunal considera que la excepción de la Demandada no es vejatoria o carente de mérito. Si bien las Partes no controvierten que la Demandante no cumplió con el Artículo X del TBI antes de iniciar el presente procedimiento de arbitraje, disienten en cuanto a la naturaleza obligatoria de esas disposiciones y a la cuestión que consiste en determinar si la Demandante puede invocar la Cláusula NMF en aras de eliminar y sustituir efectivamente la obligación en esencia. En este aspecto, el Tribunal sabe que la cuestión que consiste en determinar si aspectos particulares de un TBI pueden trasladarse a otro tratado mediante la aplicación de una cláusula de nación más

³⁸ Declaración Testimonial de Richard McGee (CWS-1), párr. 30.

favorecida sigue siendo controvertida. En consecuencia, estima que la cuestión justifica un mayor desarrollo de las Partes en este procedimiento.

38. Sin perjuicio de esto, aunque la cuestión que consiste en determinar si la Demandante tenía la obligación de cumplir con el Artículo X sigue siendo en gran medida una cuestión jurídica, el Tribunal considera que, sin embargo, es probable que suponga una revisión de cuestiones que están estrechamente interrelacionadas con el fondo. En vista de las alegaciones realizadas por las Partes a la fecha, el Tribunal en particular prevé que tendrá que evaluar si, a la luz de las circunstancias en torno a la cuestión, el cumplimiento del Artículo X por parte de la Demandante habría engendrado una posibilidad razonable de resolver la diferencia entre las Partes ante los tribunales nacionales argentinos dentro de los plazos aplicables. En opinión del Tribunal, ello supondrá necesariamente considerar cuestiones relevantes para las reclamaciones sustantivas de la Demandante.

3. La alegación de la Demandada de que el Tribunal carece de jurisdicción y de que la Demandante ha incurrido en un abuso del procedimiento

39. En su tercera excepción preliminar, la Demandada plantea impugnaciones contra la condición de la Demandante en calidad de inversor protegido en virtud del TBI y cuestiona si sus participaciones constituyen inversiones protegidas al amparo de aquél.
40. Las excepciones de la Demandada en este sentido son representativas de las cuestiones típicas que surgen en las diferencias entre inversores y Estados. Fuera de la validez de las impugnaciones de la Demandada, en la opinión del Tribunal, las excepciones que plantea el Estado son de una especie que generalmente se encuentra interrelacionada con el fondo del caso, en la medida que tornan la bifurcación un mecanismo procesal ineficaz. En el presente caso, y de manera similar a la excepción de la Demandada en materia de oportunidad, el Tribunal considera que es muy probable que la complejidad aparente y la naturaleza evolutiva de la propiedad y la estructura societaria de la Demandante, sus entidades relacionadas y sus participaciones en Argentina durante las últimas dos décadas requieran que el Tribunal lleve a cabo un análisis detallado de los hechos y las pruebas pertinentes. Si la excepción de la Demandada no prospera, es probable que las mismas cuestiones surjan nuevamente en la etapa de fondo del procedimiento, especialmente aquellas vinculadas a la propiedad de las participaciones relevantes a lo largo del plazo de duración de las relaciones entre las Partes y al impacto, si lo hubiere, de la supuesta conducta de la Demandada en su valor. Por consiguiente, en opinión del Tribunal, la excepción de la Demandada no justifica la bifurcación.

4. La alegación de la Demandada de que la Demandante consintió las medidas y renunció a su derecho a reclamar por ellas

41. Las Partes discrepan con respecto a la aplicación y al efecto de los sucesivos acuerdos celebrados y las regulaciones gubernamentales emitidas por la Demandada en el curso de las negociaciones entre las Partes. Estos incluyen, *inter alia*, los acuerdos relativos a los programas FONINVEMEM impugnados y la Resolución No. 95/2013.
42. En particular, la Partes disienten en cuanto a si la propia Demandante era parte de los acuerdos o estaba sujeta a las regulaciones, si aquellos constituían renunciaciones por parte de la Demandante a su derecho a reclamar en el procedimiento que nos ocupa (o a una compensación adecuada en su lugar) y si la Demandada podría haber incumplido sus compromisos en virtud de los acuerdos y perdido su derecho a invocar las renunciaciones. Conforme la opinión del Tribunal, estas preguntas son complejas y, en vista de las alegaciones realizadas por las Partes a la fecha, merecen mayor desarrollo y sustanciación en el curso de este procedimiento.
43. Al mismo tiempo, el Tribunal considera que evaluar las preguntas anteriores sin indagar prematuramente en la sustancia de las reclamaciones de la Demandante y las pruebas aportadas en sustento de ellas es irrealista. En concreto, el Tribunal espera que la resolución de la excepción de la Demandada en materia de renunciaciones suponga decidir cuestiones tales como si la Demandada obligó a la Demandante o a Cerros Colorados a celebrar los acuerdos mencionados *supra*, su alcance y contenido, al igual que si la Demandada incumplió sus compromisos en virtud de ellos, incluso con respecto a los programas FONINVEMEM. A entender del Tribunal, estas son cuestiones que siguen siendo fundamentales para las reclamaciones de la Demandante de que la Demandada vulneró el TBI y requerirán una evaluación de las pruebas en ese aspecto.
44. Si la Demandada no prospera en su excepción, es probable que el Tribunal deba considerar las mismas pruebas otra vez, lo que redundaría en una posible duplicación de ellas. En este sentido, el Tribunal señala el testimonio del Sr. Cameron, testigo de la Demandada, presentado junto con su Memorial sobre Excepciones Preliminares, en el que ya analiza cuestiones que parecen relevantes para las reclamaciones de la Demandante sobre el fondo, incluyendo, concretamente las circunstancias controvertidas en torno al ingreso de los generadores de electricidad al programa FONINVEMEM y sus diversos acuerdos³⁹. Tal como explica además el Sr. McGee, testigo de la Demandante⁴⁰:

³⁹ Declaración Testimonial de Daniel Cameron, párrs. 15 y ss.

⁴⁰ Declaración Testimonial de Richard McGee (CWS-1), párr. 24.

Si bien el Gobierno hizo parecer que la participación en el FONINMEM era opcional, en realidad, participar era una condición para que Cerros Colorados pudiera cobrar las acreencias adeudadas por CAMMESA que se devengarán entre 2004 y 2006 y no se “invertieran” en el FONINMEM.

45. Por ende, nuevamente en opinión del Tribunal, las consideraciones en materia de eficacia no abogan por la bifurcación del procedimiento a la luz de la obligación de renuncia de la Demandada.

III. Conclusión

46. En vista de lo que antecede, el Tribunal no está convencido de que la bifurcación ayudaría a facilitar el desarrollo eficiente del presente arbitraje. Por el contrario, en función de la probabilidad de que el Tribunal deba considerar muchas de las mismas cuestiones y pruebas justificativas necesarias para establecer el fondo de las reclamaciones de la Demandante, el Tribunal considera que un procedimiento colectivo y una audiencia final corresponden en el presente caso. No obstante, el Tribunal recuerda que esta decisión no prejuzga de modo alguno su decisión final sobre las excepciones preliminares planteadas por la Demandada y que, si finalmente admite las Excepciones Preliminares de la Demandada, conserva autoridad y discrecionalidad para compensarla mediante resoluciones en materia de costos.
47. Al arribar a su decisión, el Tribunal es consciente de que la Demandada, que es la parte que presenta esta solicitud de bifurcación del procedimiento, no ha intentado desarrollar la manera en que la bifurcación podría reducir sustancialmente el arbitraje o tornar completamente innecesarias sus etapas restantes, si el Tribunal hiciera lugar a sus excepciones⁴¹. Con respecto al tercer factor que los tribunales tienen en cuenta al momento de decidir tales solicitudes, el Tribunal, en este sentido, no ha sido convencido de que, en definitiva, la bifurcación efectivamente reduciría el tiempo y los costos del presente procedimiento.
48. En virtud de su decisión y tal como se describe en la Parte A *supra*, en adelante, el arbitraje se ajustará al procedimiento establecido conjuntamente identificado como *Escenario 2.2* del Cronograma Procesal. Por lo tanto, el Tribunal abordará las Excepciones Preliminares de la Demandada junto con el fondo.

⁴¹ Véase, en particular, Memorial sobre Excepciones Preliminares y Solicitud de Bifurcación, párr. 309.

E. Las Resoluciones del Tribunal

49. En vista de lo que antecede, el Tribunal:
- a. desestima la solicitud de la Demandada a fin de bifurcar el procedimiento;
 - b. instruye a las Partes que adhieran al calendario procesal establecido en el *Escenario 2.2* del Cronograma Procesal adjunto a la RP1.
50. El Tribunal hace reserva de su decisión en materia de costos.

En nombre y representación del Tribunal,

[firmado]

Dra. Inka Hanefeld, LL.M. (NYU)

Presidenta del Tribunal

Fecha: 7 de enero de 2021