

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

**EN EL PROCEDIMIENTO ENTRE**

**SEMPRA ENERGY INTERNATIONAL  
(DEMANDANTE)**

**y**

**LA REPÚBLICA ARGENTINA  
(DEMANDADA)**

(Caso CIADI No. ARB/02/16)

---

**DECISIÓN SOBRE EXCEPCIONES A LA JURISDICCIÓN**

---

*Ante el Tribunal Arbitral formado por:*

Profesor Francisco Orrego Vicuña, Presidente  
Hon. Marc Lalonde P.C., O.C., Q.C., Árbitro  
Doctora Sandra Morelli Rico, Árbitro

*Secretario del Tribunal*  
Sr. Gonzalo Flores

*En representación de la Demandante:*

Sr. R. Doak Bishop  
King & Spalding LLP  
Houston, Texas

*En representación de la Demandada:*

Dr. Osvaldo César Guglielmino  
Procurador del Tesoro de la Nación Argentina  
Dra. Cintia Yaryura  
Dra. Gisela Makowski  
Dr. Gabriel Bottini  
Procuración del Tesoro de la  
Nación Argentina  
Buenos Aires - Argentina

Washington, D.C., a 11 de mayo de 2005

## **A. PROCEDIMIENTO**

1. El 11 de septiembre de 2002, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“CIADI” o “el Centro”) recibió del señor R. Doak Bishop, una Solicitud de Arbitraje bajo el Convenio de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (“Convenio del CIADI” o “el Convenio”) por Sempra Energy International (“Sempra”) en contra de la República Argentina. La solicitud se refiere a diferencias con la República Argentina relativas a medidas adoptadas por las autoridades argentinas que, según se argumenta, han modificado el marco regulatorio general establecido para los inversionistas extranjeros, afectando en esa opinión severamente la inversión de Sempra en dos compañías de distribución de gas natural que sirven, en conjunto, a siete provincias argentinas. En su solicitud, Sempra invoca las disposiciones contenidas en el Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones entre Argentina y Estados Unidos de América de 1991 (“el Acuerdo Bilateral sobre Inversiones” o “el Tratado”).<sup>1</sup>

2. El 12 de septiembre de 2002, de conformidad con la Regla 5 de las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje del CIADI (Reglas de Iniciación), el Centro acusó recibo de la solicitud y, con fecha 13 de septiembre de 2002, transmitió copia de ellas a la República Argentina y a la Embajada de Argentina en Washington D.C.

3. El 25 de octubre de 2002, el Centro pidió a la Demandante que presentara información adicional a algunas referencias en su solicitud de arbitraje a ciertos reclamos ante autoridades fiscales y ante la Corte Suprema de Justicia. Mediante comunicaciones de fecha 28 de octubre y 5 de noviembre de 2002, la Demandante respondió a dicho pedido.

4. El 6 de diciembre de 2002, el Secretario General Interino del Centro registró la solicitud, de conformidad con el Artículo 36(3) del Convenio del CIADI. En la misma fecha, el Secretario General Interino, de acuerdo con la Regla de Iniciación 7, notificó a las partes

del acto de registro de la solicitud y las invitó a llevar a cabo la constitución del Tribunal de Arbitraje lo más pronto posible.

5. El 4 de marzo de 2003, la Demandante y la Demandada se pusieron de acuerdo para constituir un solo Tribunal para conocer de la solicitud de arbitraje de Sempra y de otra solicitud presentada paralelamente por Camuzzi International S. A. (“Camuzzi”), también accionista en las compañías de distribución de gas. La solicitud de Camuzzi será decidida separadamente. También acordaron las partes que el Tribunal estaría constituido por un árbitro nombrado conjuntamente por Sempra y Camuzzi, un árbitro nombrado por la República Argentina y el tercer árbitro, quien actuaría como Presidente del Tribunal de Arbitraje, sería nombrado por el Secretario General del CIADI.

6. El 10 de marzo de 2003, la Demandante nombró como árbitro al Sr. Marc Lalonde, de nacionalidad canadiense. El 4 de abril de 2003, la República Argentina nombró como árbitro a la Dra. Sandra Morelli Rico, de nacionalidad colombiana.

7. Después de consultar con las partes, el Secretario General Interino del CIADI nombró al Profesor Francisco Orrego Vicuña, nacional de Chile, como Presidente del Tribunal de Arbitraje. El 5 de mayo de 2003, el Secretario General Interino del CIADI, de conformidad con la Regla 6(1) de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI (Reglas de Arbitraje), notificó a las partes que todos los árbitros habían aceptado sus nombramientos y que el Tribunal por consiguiente se entendía haberse constituido, y el procedimiento haberse iniciado, en esa misma fecha. El mismo día, de conformidad con la Regla 25 del Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI, se informó a las partes que el señor Gonzalo Flores, consejero jurídico principal del CIADI, se desempeñaría como Secretario de Tribunal de Arbitraje. Posteriormente, mediante comunicación de 1 de julio de 2004, el Secretario General Adjunto del CIADI, informó al Tribunal de Arbitraje y a las partes, que el señor Flores sería reemplazado por el señor Francisco Ceballos Godínez,

consejero jurídico del CIADI. El señor Ceballos Godínez se retiró del CIADI en marzo de 2004, siendo nuevamente designado Secretario del Tribunal el señor Gonzalo Flores.

8. La primera sesión del Tribunal de Arbitraje con las partes, se llevó a cabo, según lo previsto, el 3 de julio de 2003, en la sede del CIADI en Washington D.C. En dicha sesión, las partes expresaron su acuerdo en que el Tribunal había sido correctamente constituido, de conformidad con las disposiciones pertinentes del Convenio del CIADI y las Reglas de Arbitraje, expresando que no tenían objeción alguna a este aspecto.

9. En el curso de la primera sesión, las partes se manifestaron de acuerdo sobre diversos aspectos de procedimiento de los que se dejó constancia en la respectiva acta, firmada por el Presidente y el Secretario del Tribunal. El Tribunal de Arbitraje, después de haber consultado con las partes, estableció los siguientes plazos para las actuaciones escritas del procedimiento: La Demandante presentaría un memorial dentro de un plazo de noventa (90) días, contado desde la fecha de la primera sesión; la Demandada presentaría luego un memorial de contestación dentro de un plazo de noventa (90) días contado a partir de la recepción del memorial presentado por la Demandante; la Demandante posteriormente presentaría su réplica dentro de cuarenta y cinco (45) días contados a partir de la recepción del memorial de contestación presentado por la Demandada; y finalmente, la Demandada presentaría su réplica dentro de un plazo de cuarenta y cinco (45) días a partir de la recepción de la réplica presentada por la Demandante. Igualmente se acordó que las partes, si lo estimaban conveniente, podrían presentar memoriales consolidados que reuniesen las reclamaciones de Sempra y de Camuzzi o en su caso las argumentaciones de la República Argentina respecto de ambas.

10. En esta primera sesión, el Tribunal observó que de acuerdo con las Reglas del Arbitraje del CIADI, la Demandada tenía derecho de oponer excepciones a la jurisdicción a más tardar antes del vencimiento del plazo fijado para la presentación del memorial de

contestación. Para el evento que la República Argentina opusiese excepciones a la jurisdicción se acordó el siguiente calendario: La Demandante presentaría su memorial de contestación sobre la cuestión de la jurisdicción dentro de sesenta(60) días contados a partir de la recepción del memorial sobre jurisdicción de la Demandada; la Demandada presentaría luego su réplica sobre la cuestión de la jurisdicción dentro de treinta (30) días contados desde la recepción del memorial de contestación de la Demandante; y por último, la Demandante presentaría su dúplica sobre la cuestión de la jurisdicción dentro de treinta (30) días contados desde la recepción de la réplica de la Demandada.

11. De conformidad con los plazos establecidos, la Demandante presentó al Centro su memorial y su documentación anexa sobre el fondo de la controversia el 3 de septiembre de 2003. Este memorial, en conformidad a lo acordado, comprendió tanto la reclamación de Sempra como la de Camuzzi.

12. El 31 de diciembre de 2003 la Demandada presentó su memorial con excepciones a la jurisdicción, solicitando al Tribunal que declare que la disputa se encuentra fuera de la jurisdicción del CIADI.

13. El 14 de enero de 2004, de conformidad con la Regla 41(3) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, el Tribunal confirmó la suspensión del procedimiento sobre el fondo de la diferencia.

14. Posteriormente, el 18 de marzo de 2004, la Demandada recibió el memorial de contestación sobre jurisdicción de la Demandante, y el 6 de mayo de 2004 la Demandante recibió la réplica sobre la jurisdicción de la Demandada. Finalmente, el 1 de junio de 2004, la Demandante presentó su dúplica sobre la cuestión de la jurisdicción. Todos estos memoriales tuvieron también el carácter de conjuntos con el caso que paralelamente se conduce respecto de Camuzzi.

15. El Tribunal, una vez recibidas las presentaciones de cada una de las partes, estimó necesaria la celebración de una audiencia sobre jurisdicción, la que con el acuerdo de las partes, tuvo lugar en la ciudad de París los días 29 y 30 de noviembre de 2004. La Demandante fue representada en la audiencia por los señores R. Doak Bishop y Craig S. Miles (King & Spalding, Houston), y también estuvo presente en nombre de la Demandante, el Sr. Santiago F. Albarracín. La Demandada fue representada por las doctoras Cintia Yaryura y Gisela Makowski y por el doctor Gabriel Bottini, todos ellos de la Procuración del Tesoro de la Nación Argentina. Esta audiencia comprendió los casos paralelos de Sempra y de Camuzzi.

16. En el transcurso de la audiencia, el señor Bishop hizo una presentación oral ante el Tribunal en nombre de la Demandante y también así lo hizo el señor Miles; por su parte, la doctora Cintia Yaryura hizo su presentación oral ante el Tribunal en representación de la Demandada, así como lo hicieron también la doctora Makowski y el doctor Bottini. El Tribunal hizo luego preguntas a los representantes de ambas partes, según lo dispuesto en la Regla 32(3) de las Reglas de Arbitraje del CIADI.

17. El Tribunal de Arbitraje habiendo considerado los hechos básicos de la controversia, el Convenio de CIADI y el Tratado, así como los argumentos escritos y orales presentados por los representantes de las partes, ha resuelto lo siguiente en cuanto a la cuestión sobre la jurisdicción.

### **La participación de la Demandante en el proceso de privatizaciones**

18. La Demandante en esta controversia, como otras sociedades que han presentado solicitudes de arbitraje en contra de la República Argentina ante el CIADI, participó en el vasto programa de privatizaciones que ese país emprendió en 1989, el cual, entre otros

sectores, comprendió el del gas. La privatización de este sector se llevó a cabo mediante lo establecido en la ley del gas e instrumentos relacionados.<sup>2</sup>

19. Sempra es propietaria del 43.09% del capital accionario de Sodigas Sur S.A. (“Sodigas Sur”) y Sodigas Pampeana S.A. (“Sodigas Pampeana”). A su vez, Camuzzi, la sociedad que ha solicitado el procedimiento arbitral paralelo que se ha mencionado, es propietaria del 56.91% de Sodigas Sur y Sodigas Pampeana. Estas dos últimas son sociedades argentinas que, a su vez, poseen el 90% y el 86.09%, respectivamente, de las acciones de Camuzzi Gas del Sur S.A. (“CGS”) y Camuzzi Gas Pampeana S.A. (“CGP”), cada una de las cuales, en su calidad de “Licenciatarias” son empresas distribuidoras de gas natural. Tanto CGS como CGP cuentan cada una con una licencia otorgada por la República Argentina para el suministro y distribución conjunto de gas natural en siete provincias de ese país.

### **Orígenes de la controversia**

20. La controversia se origina en la suspensión de los aumentos de tarifa de las compañías licenciatarias de acuerdo al índice de precios al productor de los Estados Unidos y la posterior pesificación de esas tarifas mediante la Ley No. 25.561. Igualmente, la parte Demandante reclama el que no se hayan efectuado los reembolsos de subsidios establecidos y por la determinación de ciertos impuestos y tasas por algunas provincias argentinas, así como por situaciones relacionadas con el cobro de los servicios, restricciones laborales y traspaso de costos impositivos. Todo lo anterior, en opinión de la Demandante, resulta en una violación de las garantías otorgadas por la República Argentina mediante la legislación y las licencias y en una violación de las medidas de protección que el Tratado establece para las inversiones extranjeras.

## **B. EXCEPCIONES A LA JURISDICCIÓN**

21. La República Argentina ha formulado objeciones a la jurisdicción del Tribunal considerando que no hay en este caso una disputa legal, que las medidas reclamadas no se relacionan directamente con una inversión, que no hay un nacional de otro Estado contratante que haya sido directamente perjudicado, que el reclamo es prematuro, que el reclamante carece de *jus standi*, que el reclamante no ha acreditado su carácter de inversor y que las cuestiones litigiosas se han sometido a otros tribunales.

22. Invoca también la parte Demandada que el hecho de que el Tratado en su Artículo I(a)(ii) defina como inversiones a las sociedades, acciones, participaciones u otros intereses en sociedades o intereses en sus activos, no es suficiente para establecer la jurisdicción de un tribunal del CIADI. Además, en su opinión, deben satisfacerse los requisitos del Artículo 25(1) del Convenio en cuanto a la existencia de una disputa legal, surgida directamente de la inversión y que involucre a un Estado Contratante con el nacional de otro Estado Contratante. Igualmente se invoca que para que una persona jurídica incorporada en un Estado pueda ser considerada nacional de otro Estado Contratante deberá atribuírsele tal carácter por estar sometida a control extranjero, en conformidad a lo dispuesto en el Artículo 25(2)(b) del Convenio.

23. La parte Demandada ha puesto especial énfasis en el hecho de que el reclamo de la Demandante se relaciona con la Licencia y no directamente con la inversión. De haber una violación, se argumenta, ésta afectaría únicamente a las licenciatarias – CGS y CGP – pero no a Sodigas Sur ni Sodigas Pampeana, que sólo son accionistas de las licenciatarias. Tampoco habrían sido afectadas sociedades domésticas de propiedad o controladas por Sempra, las que además no reúnen los requisitos indicados del Artículo 25(2)(b) del Convenio.



24. La parte Demandante es de la opinión de que se reúnen plenamente todos los requisitos para establecer la jurisdicción del Tribunal: se trata de una diferencia jurídica entre un nacional de los Estados Unidos y la República Argentina por daños que afectan los intereses que son de su propiedad en las sociedades licenciatarias; los intereses involucrados constituyen una inversión definida y protegida por el Tratado; y los daños que se reclaman se traducen en una violación de las garantías del Tratado.

25. Para examinar estos argumentos, el Tribunal debe dilucidar primero el derecho aplicable a la decisión sobre jurisdicción, aspecto que las partes han discutido en la audiencia. En el argumento de la República Argentina, debido a que las partes no han acordado ningún derecho aplicable, debe recurrirse a la segunda parte del Artículo 42(1) del Convenio en tanto éste prevé la aplicación de la legislación interna y del derecho internacional. Dentro de este marco, destaca el argumento, ningún tribunal de la República Argentina admitiría una demanda de esta naturaleza ni aceptaría que se traspase el velo corporativo.

26. El punto de vista de la parte Demandante es que esa disposición se aplica únicamente a la decisión relativa al fondo de la controversia, debiendo recurrirse sólo al Convenio y al Tratado para los efectos de la decisión sobre jurisdicción.

27. El Tribunal comparte la conclusión alcanzada en *Azurix* en cuanto a que el Artículo 42(1) se aplica a la decisión sobre el fondo de la controversia y que en la etapa de jurisdicción debe sólo aplicarse el Artículo 25 del Convenio para los efectos de la jurisdicción del Centro y los términos del Tratado para los efectos de la competencia del tribunal.<sup>3</sup>

28. Sobre esta base el Tribunal examinará a continuación cada una de las excepciones presentadas y los argumentos en contrario, siguiendo para ello el mismo orden en que las ha presentado la República Argentina.

## **Primera Excepción: accionista no controlante**

### La opinión de las partes

29. La República Argentina plantea como excepción a la jurisdicción, en primer lugar, el que Sempra no reúne el requisito de nacionalidad previsto en el Artículo 25(2)(b) del Convenio, pues siendo un accionista minoritario de las sociedades que participan en CGS y CGP no puede subrogarse a los derechos de estas últimas. Por consiguiente, se afirma, no se produce la desnacionalización prevista en ese artículo.

30. Invocando el caso *Vacuum Salt*,<sup>4</sup> que interpretó y aplicó la disposición del Artículo 25(2)(b) del Convenio en cuanto a lo que significa control extranjero, argumenta la parte Demandada que se trata éste de un control “exclusivo” que permita a lo menos bloquear cambios en la sociedad, circunstancia que no ocurre en este caso. A la luz de los antecedentes preparatorios del Convenio se sostiene, además, que ese artículo debe entenderse como referido a nacionales extranjeros que tengan un “interés predominante”<sup>5</sup> y que, ante propuestas que buscaban eliminar el requisito del control, se insistió por algunas delegaciones que ello fuera mantenido.<sup>6</sup> Igualmente se hace presente que en la opinión de un autor este concepto supone “control efectivo o una posición dominante y no una mera participación.”<sup>7</sup>

31. La parte Demandante sostiene, por el contrario, que el control no es un requisito para la protección de las inversiones en el sistema de los tratados bilaterales sobre esta materia, invocando a este efecto los casos *Lanco*,<sup>8</sup> *CMS*,<sup>9</sup> *Azurix*<sup>10</sup> y *Enron*<sup>11</sup>. Tampoco, se argumenta, el Convenio define el concepto de control extranjero y el caso *Vacuum Salt* no excluyó que el control pudiese ser ejercido por accionistas minoritarios si acaso ejercían una influencia sustantiva en las decisiones de la compañía.

32. Independientemente de que los accionistas minoritarios o indirectos tengan derecho a la protección del Tratado, materia que se analizará separadamente, la parte Demandante plantea que en este caso Sempra y Camuzzi, el demandante en el arbitraje paralelo, tienen un

control tanto separado como conjunto en Sodigas y en las licenciatarias, CGS y CGP. En el caso específico de Sempra, su propiedad del 43.09% de Sodigas le permite ejercer un control “negativo” tanto sobre Sodigas como sobre las licenciatarias pues puede efectivamente bloquear sus decisiones; por su parte Camuzzi tiene un control “positivo.”

33. Se explica en este contexto que fue el propio caso *Vacuum Salt* el que concibió la posibilidad de control mediante un pacto de accionistas u otras modalidades y que ello podía llevar a un control mediante acción positiva o negativa de los destinos de la compañía, concluyendo que el reclamante en ese caso no cumplía con ninguna de estas posibilidades.

34. En el presente caso, se explica adicionalmente, el control conjunto de ambas sociedades se expresó primero en un Pacto de Accionistas entre Sempra y Camuzzi y luego en los estatutos de Sodigas y las licenciatarias. El control se traduce en la designación de directores y otras autoridades de las sociedades controladas y en el bloqueo efectivo de muchas de sus decisiones. Importantes decisiones de la Asamblea de Accionistas tampoco se pueden adoptar sin el voto afirmativo de Sempra y Camuzzi. Sempra tiene en este marco, se argumenta enseguida, un poder de veto sobre muchas decisiones y una influencia sustantiva en la administración.

35. La República Argentina se opone a la teoría del control conjunto, sosteniendo que ninguno de los dos inversionistas puede acreditar que controla a Sodigas y las compañías licenciatarias en el sentido jurídico de formar la voluntad social mediante el dominio efectivo o una influencia dominante; ninguno de los inversionistas puede tomar decisiones por sí solo y debe recurrir a un acuerdo de voto y ni siquiera el veto puede considerarse que implica la formación efectiva de la voluntad social. Se señala también que menos aún podría ello ocurrir si se trata de inversionistas indirectos.

36. En la opinión de la parte Demandada, la teoría del control conjunto conduce a la aplicación de dos tratados bilaterales en vez de uno, fusionando los sujetos beneficiarios y las

normativas respectivas en uno sólo; ello es incompatible con el consentimiento que se manifiesta individualmente en cada tratado y con la aplicación personal y material de cada uno de ellos.

37. En la opinión de la parte Demandante, el requisito previsto en el Artículo 25(2)(b) en cuanto a la existencia de un acuerdo respecto de un control extranjero para permitir que sociedades nacionales puedan actuar directamente ante el CIADI, es únicamente una opción adicional a aquella que prevé la primera frase del artículo. Esta opción, se agrega, es la que también autoriza el Artículo VII(8) del Tratado, en virtud del cual la República Argentina aceptó que los inversionistas de los Estados Unidos con intereses que significan el control de sociedades argentinas puedan acogerse a ella. Pero tal opción en nada afecta, continúa el argumento, el derecho de un inversionista de esa nacionalidad a someter la controversia al CIADI en su propio nombre si reúne para ello los requisitos del Convenio y del Tratado. Nuevamente se invocan en este contexto los casos *CMS*, *Azurix* y *Enron*.

#### Consideraciones del Tribunal.

38. La excepción a la jurisdicción relativa al control de una sociedad nacional planteada por la República Argentina involucra dos aspectos. El primero es el relativo al alcance del Artículo 25(2)(b) del Convenio y si acaso establece un requisito autónomo de la jurisdicción o una opción adicional a otras. El segundo aspecto, por cierto novedoso, es el que se refiere a las modalidades de ejercicio del control societario y la alternativa de un control mediante un pacto de accionistas.

39. El artículo señalado contempla dos situaciones diferentes. La primera frase entiende que “Nacional de otro Estado Contratante” es “toda persona jurídica que...tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia...” La segunda frase se refiere a una situación adicional: “...y las personas jurídicas que,

teniendo...la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieran acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero.”

40. La estructura de la disposición no deja lugar a dudas. La primera situación es aquella de una sociedad que tiene la nacionalidad de un Estado Contratante diferente de aquel que es parte en la diferencia. Cumpliendo con los requisitos del Convenio y del Tratado respectivo, esa sociedad está habilitada para reclamar ante el CIADI en función de su nacionalidad.

41. La segunda situación es diferente. Se refiere a una sociedad que tiene la nacionalidad del Estado parte en la diferencia y que, por tal razón, podría estar impedida de reclamar en contra de su propio Estado; en tal evento, el criterio de control extranjero le permite reclamar como si fuese una sociedad de la nacionalidad de la otra Parte Contratante, en la medida en que así lo hayan acordado los Estados involucrados. Además de la diferencia sustantiva entre estas dos situaciones, su carácter adicional está claramente marcado, como lo argumenta la parte Demandante, por la letra “y” con que se inicia la segunda frase del Artículo.

42. En el presente caso, la parte Demandante tenía en el hecho una opción. Podía reclamar como nacional de los Estados Unidos, el otro Estado Contratante, en la medida en que reúna los requisitos establecidos en el Convenio y el Tratado. Si la definición de inversión contempla o no el caso de un accionista minoritario o de una inversión indirecta es un tema separado que es materia de otra excepción a la jurisdicción. Sodigas tenía también la opción de reclamar como sociedad constituida en la Argentina, si acaso se establece el control extranjero de esta sociedad y, por su intermedio, de las licenciatarias. Esta opción fue materia de un acuerdo entre las partes en el Tratado, contenido en su Artículo VII(8). La existencia de esta posibilidad no obsta a que el inversionista pueda reclamar como tal en los términos de la primera frase, si acaso esa situación está disponible.

43. En la audiencia sobre jurisdicción realizada en este caso, la República Argentina suscitó la cuestión de porqué Sempra no había reclamado como sociedad argentina – presumiblemente Sodigas– si acaso consideraba que tenía el control de esa sociedad y dar cumplimiento así al Artículo 25(2)(b) del Convenio y al Artículo VII(8) del Tratado. La parte Demandante explicó que en realidad consideró esa opción, pero que en definitiva escogió la alternativa de reclamar como sociedad de nacionalidad de los Estados Unidos y así simplificar los requisitos para el registro de su solicitud de arbitraje. Por carta del 10 de febrero de 2005, la República Argentina solicitó al Secretario General del CIADI aclarar este aspecto en la medida en que concernía discusiones que, se argumenta, habrían tenido lugar durante el proceso de registro. Luego de solicitar los comentarios de la parte Demandante, presentados con fecha 16 de febrero de 2005, el CIADI informó a las partes con fecha 23 de febrero de 2005 que el CIADI solo ofrece a las partes información de carácter general y no una asesoría acerca de las opciones jurídicas que puedan encontrarse disponibles. El Tribunal concluye a este respecto que este es un aspecto relativo a la jurisdicción del Centro que sólo corresponde al Tribunal decidir y que, por consiguiente, se encuentra enteramente fuera del alcance de las funciones del Secretario General del CIADI. Esta decisión sobre jurisdicción es la que el Tribunal adoptará a continuación.

44. En apariencia, como lo observa la parte Demandada, si se permite una opción como la señalada se incurriría en una contradicción pues siempre un accionista podría reclamar como tal en los términos de la primera frase del Artículo, lo que haría redundante la segunda frase. Sin embargo, en la realidad esa contradicción no es tal. Es concebible que en un arbitraje al que recurren diversas sociedades inversionistas unas puedan hacerlo en cuanto a accionistas y otros en cuanto a sociedad de la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, atendiendo a las diversas estructuras societarias y de control. Así, por ejemplo, en el caso *Lucchetti*,<sup>12</sup> Empresas Lucchetti, S. A. demandó como inversionista extranjero, en tanto que Lucchetti

Perú, S.A. lo hizo como sociedad constituida y controlada por el primero en el Perú, para lo cual estaba también autorizada en el tratado respectivo.

45. El Tribunal puede entonces concluir que la opción de la segunda frase del Artículo 25(2)(b) del Convenio, como el Artículo VII(8) del Tratado, proveen una alternativa adicional o diferente que no obsta en este caso a que el inversionista pueda escoger la posibilidad de accionar bajo la primera frase ese Artículo del Convenio, si acaso reúne los requisitos para ello.

46. A la luz de esta conclusión, parecería redundante que el Tribunal se ocupe del segundo aspecto suscitado en cuanto a la manera de ejercer el control, separada o conjuntamente, pues esta no es la vía por la cual se ha accedido al CIADI. Sin embargo, es necesario atender a las inquietudes y argumentos que las partes han manifestado a este respecto.

47. En primer lugar es necesario establecer que, desde el punto de vista del derecho societario, es normal que diversos accionistas controlen la marcha de la sociedad mediante un pacto de accionistas, que los obliga en los mismos términos que un contrato. En este sentido, la formación de la voluntad corporativa sigue las reglas de ese pacto.

48. Esta fue la situación que específicamente se tuvo en cuenta en *Vacuum Salt*, al sostener el tribunal lo siguiente:

“En ninguna parte de este procedimiento se sugiere que el señor Panagiotopulos, en su calidad de propietario del 20 por ciento de las acciones de Vacuum Salt, tuviese la posibilidad de orientar por medio una acción positiva o negativa el destino de Vacuum Salt, ya sea mediante una alianza con otros accionistas, asegurando un poder considerable de decisión o influencia en la administración, o de otra manera.”<sup>13</sup>

49. Se contempla allí la posibilidad de control mediante un pacto de accionistas u otras modalidades, a la vez que se indica la alternativa de un control tanto positivo como negativo.

Los argumentos invocados en este sentido por la parte Demandante, en cuanto a la existencia de un pacto de accionistas y el consiguiente control a que éste da lugar, positivo para Camuzzi y negativo mediante el ejercicio del veto para Sempra, no parecerían contradecir lo señalado en *Vacuum Salt*.

50. Sin embargo, hay un aspecto en el que *Vacuum Salt* no proporciona luz alguna. En ese caso no existía un tratado bilateral sobre protección de inversiones y la situación se regía enteramente por el derecho del país huésped de la inversión. Se hace entonces necesario examinar el problema a la luz de la existencia de un tratado de esa naturaleza, como ocurre en el presente caso.

51. La pregunta pertinente es si acaso un inversionista extranjero puede agregar a su propia cuota de participación en una sociedad local una cuota adicional, perteneciente a otro inversionista extranjero, para alcanzar en conjunto el necesario control. Desde luego, cabe excluir el que se sume la cuota de un inversionista extranjero con la de uno local, pues en ese caso la suma, si bien podría traducirse en control, este no sería extranjero. No pareciera haber problema si se trata de varios inversionistas extranjeros, de la misma nacionalidad, actuando bajo un mismo tratado, que han realizado sus respectivas inversiones en la sociedad local y la organizan mediante un pacto de accionistas.

52. El problema se suscita en el caso de inversionistas extranjeros de diferentes nacionalidades, actuando, como en este caso, bajo tratados diferentes. La República Argentina tiene razón en su argumento de que el consentimiento se expresa en cada tratado individualmente, con un alcance personal y normativo diferente, de tal manera que la fusión de varias cuotas de participación puede resultar en situaciones que ese consentimiento no tuvo en vista ni puede considerarse que las comprende. En tal alternativa, el control no podría ejercerse conjuntamente para los fines del Convenio y del Tratado y debería medirse en sus alcances individuales.



53. El punto de vista de la parte Demandante en cuanto a que la nacionalidad de los accionistas no es relevante en tanto sean nacionales de un Estado Parte Contratante en el Convenio, no es convincente. Ello podría traducirse, por ejemplo, en que un accionista protegido por un tratado sume su participación a la de otro accionista, nacional de un Estado Parte en el Convenio pero que no tiene un tratado bilateral con el Estado huésped que lo proteja.

54. Con todo, si el contexto de la inversión inicial u otras adquisiciones posteriores se traduce en que diversos inversionistas extranjeros están operando conjuntamente, es entonces presumible que su participación se ha concebido como un todo, aún cuando ellos tengan diferentes nacionalidades y estén protegidos por diferentes tratados. En tal caso, sería perfectamente viable que esas participaciones se sumen para los efectos del control o para constituir el todo beneficiario.

55. En esta controversia, hay tres elementos que confluyen en acreditar que esa participación conjunta ha sido efectivamente el caso. La participación de Sempra se inició en 1996, agregándose a aquella de Camuzzi, iniciada en 1992; las sociedades mediante las cuales se canalizó la inversión incrementaron sucesivamente su tenencia accionaria en las licenciatarias, tanto por adquisiciones hechas a otros accionistas como al propio gobierno Argentino, que licitó paquetes accionarios, inclusive en el año 2000; el pacto de accionistas y los estatutos societarios mencionados anteriormente reflejan los entendimientos para la administración y dirección de las sociedades operativas.

56. Todo ello se efectuó de manera conjunta por Sempra y Camuzzi, de tal manera que al momento de suscitarse la controversia esta era una realidad que no cabría posteriormente desconocer para fines jurisdiccionales. Una comprobación de importancia, invocada por la parte Demandante, es que la Secretaría de Defensa de la Competencia y del Consumidor del Ministerio de Economía de la República Argentina aprobó la compleja transacción de

acciones realizadas el año 2000 por Sempra y por Camuzzi, indicando que esa adquisición importa “la toma de control sobre las empresas cuyas acciones se adquieren.”<sup>14</sup> Este era precisamente el caso de un control conjunto.

57. Como se ha indicado anteriormente, con toda la importancia que tiene esta discusión, ella resulta un tanto académica a la luz del hecho de que la acción ante el CIADI fue llevada a cabo a la luz de la primera frase del Artículo 25(2)(b) del Convenio y no a la luz de las exigencias de control contenidas en la segunda frase.

58. Resulta de lo anterior que lo determinante es apreciar si la parte Demandante reúne los requisitos para actuar mediante la modalidad que escogió, lo que ha sido controvertido por las partes en función de otras excepciones a la jurisdicción que se analizarán a continuación.

### **Segunda Excepción: Perjuicios Indirectos**

#### La Opinión de las Partes

59. La segunda excepción a la jurisdicción que formula la República Argentina es que la parte Demandante sólo podría demandar válidamente si acaso puede acreditar que un derecho legal que le pertenezca en su calidad de accionista ha sido violado, resultando en un perjuicio de carácter directo. Si se trata de un mero interés afectado que deriva de una medida que afecta a la sociedad en que es accionista, es ésta la que está habilitada para reclamar y no el accionista. Es por ello que el Convenio exige, en esta interpretación, que exista una diferencia de naturaleza jurídica y que la medida controvertida afecte directamente la inversión.

60. Se invoca en apoyo de este punto de vista el antecedente legislativo del Convenio en cuanto a que la disputa de carácter legal tiene por objeto “cubrir aquellos casos que involucran diferencias de opinión respecto de un derecho legal” y que este derecho debe surgir directa y específicamente de la inversión.<sup>15</sup> Nada de ello, en la opinión de la Demandada, ocurre en este caso pues no hay ningún derecho de Sempra que haya sido

expropiado o tratado injustamente y que, de haber tal violación, sólo las licenciatarias podrían considerarse como titulares del derecho que las habilita para reclamar; el reclamo de Sempra se fundamenta únicamente en la disminución del valor de la sociedad y como ello incide en la parte proporcional que le corresponde como accionista.

61. Igualmente se invoca por la República Argentina el caso *Methanex*<sup>16</sup> en el cual se discutió si las medidas controvertidas estaban dirigidas específicamente en contra del reclamante o bien se trataba de un reclamo por perjuicios indirectos. Se agrega que, junto con el rechazo del Tribunal de que se pueda reclamar por una mera afectación de intereses, éste advirtió que esa alternativa podría significar una cadena de reclamaciones ilimitada ante tribunales arbitrales.

62. También se analiza en este contexto la argumentación de los Estados Unidos en el caso *GAMI*,<sup>17</sup> que sostuvo que un accionista sólo puede reclamar si acaso sus derechos como tal han sido contravenidos, y el respaldo que otorga a este punto de vista el derecho internacional consuetudinario, según se expresa en el caso *Barcelona Traction*.<sup>18</sup> La decisión sobre jurisdicción en *CMS* también reconoció tal alcance, en opinión de la Demandada, en cuanto sostuvo que no podía conocer de medidas de carácter general sino únicamente de aquellas que violen obligaciones específicas contraídas con el inversionista.

63. En todo caso, se agrega, los derechos del inversionista están definidos y delimitados por el derecho interno del país receptor o, en su caso, las acciones derivadas deben estar permitidas expresamente, como ocurre bajo ciertas condiciones en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) o en el Acuerdo de Libre Comercio entre Chile y los Estados Unidos.<sup>19</sup> De no haber tal autorización, los accionistas estarían en condiciones de adquirir prioridad sobre todo otro acreedor de la sociedad.

64. La opinión de la parte Demandante es radicalmente opuesta. Se argumenta en este sentido que la disputa planteada por Sempra es de carácter legal pues se refiere a la violación

de las obligaciones contenidas en el Tratado y la correspondiente indemnización, señalándose que la existencia de tales obligaciones emana directamente del Tratado y que es independiente del hecho de que además pueda haberse violado el derecho de las licenciatarias. Es por ello que, en esta otra opinión, el derecho protegido es el del inversionista al surgir directamente de la inversión efectuada; no se trata tampoco de medidas generales sino de medidas que afectan específicamente estos derechos.

65. La parte Demandante invoca en apoyo de su punto de vista las decisiones sobre jurisdicción en los casos *CMS*, *Enron* y *Azurix*, en cuanto habrían rechazado argumentos similares de la República Argentina en situaciones comparables o idénticas. Se agrega el argumento de que la decisión en *Methanex* ha sido mal interpretada por la parte Demandada, pues esa decisión exigió que existiese una conexión jurídica significativa entre la medida y la inversión, lo que no ocurría en ese caso pero es precisamente lo que se da en este caso. Tampoco existiría ningún elemento de juicio que permita pensar en que habrá una cadena infinita de reclamaciones indirectas, como de hecho, se agrega, no ha ocurrido, ni tampoco es efectivo que pueda producirse una recuperación repetida de daños o que se desplace el derecho de los acreedores.

66. Además de los casos y situaciones analizadas por las partes en sus presentaciones escritas, estas tuvieron la ocasión de realizar un amplio intercambio de opiniones en la audiencia, incluyendo, a petición del Tribunal, su punto de vista sobre las similitudes y diferencias de la presente controversia con aquellas a que se refieren esos otros casos. Igualmente se discutieron algunas recientes decisiones sobre protección de inversiones, como se indicará más adelante.

### Consideraciones del Tribunal

67. La anterior discusión se concentra en dos aspectos principales: la existencia de una diferencia legal y si acaso ella surge directamente de la inversión de la parte Demandante.

68. El Tribunal no tiene dificultad en concluir que ambos elementos se dan claramente en este caso. En primer lugar, el propio expediente de este arbitraje revela una profunda discrepancia entre las partes acerca de los alcances y modalidades de sus respectivos derechos, expectativas y de las soluciones que pretenden. No sólo se trata de una discrepancia acerca de los hechos sino principalmente de una sobre el derecho, según este se refleja en el Tratado. La reclamación concreta planteada, según se examinará más adelante, es una que surge de la alegada violación de los derechos y garantías que el inversionista tiene a la luz del Tratado. El carácter jurídico de esta controversia está fuera de toda duda.

69. En segundo lugar, la controversia surge directamente de la inversión que la parte Demandante ha realizado en las compañías constituidas en la República Argentina para los efectos de canalizar la inversión en las licenciatarias. En este sentido, si acaso se concluyera de manera diferente, se estaría privando al Tratado de todo efecto pues fue suscrito con la intención precisa de garantizar las inversiones que se realizarían, mediante la modalidad específica con que fueron hechas, en el proceso de privatización.

70. Como también se analizará más adelante, esta es la definición de inversión que incluyó el Tratado, la que el Tribunal no puede ignorar, pues, como indicó el tribunal en *Azurix*, esa definición buscó facilitar 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.<sup>20</sup>

71. El que las medidas controvertidas puedan tener un alcance general, como lo sostiene la República Argentina, o un alcance que afecta directamente al inversionista, como lo argumenta Sempra, es una distinción de importancia que proviene en parte de *CMS*, pero que,

en cualquier caso, es una determinación que corresponde hacer y aplicar en cuanto al fondo del asunto y no en su etapa jurisdiccional. El Tribunal comparte el punto de vista de la parte Demandada en cuanto a que la fijación del valor de la moneda es un derecho soberano, invocándose a tal efecto la decisión en *Serbian Loans*,<sup>21</sup> pero si esa determinación afecta eventualmente un compromiso jurídicamente exigible no es ajena a la jurisdicción de un tribunal arbitral al que se lleve una controversia sobre el tema. Sin embargo, de ahí a sostener, como lo hace la parte Demandada, que conocer de la controversia viola el principio de la libre determinación y una norma de *jus cogens*, como la reconocida en el caso *Western Sahara*,<sup>22</sup> hay una cierta distancia.

72. Sin perjuicio de que algunos de los casos invocados por las partes serán analizados al tratar de ciertos alcances del derecho internacional que se han discutido, es necesario precisar el entendimiento del Tribunal en dos casos recientes que han sido materia de intenso debate por las partes, tanto en sus presentaciones escritas como en la audiencia.

73. El primero de ellos es el caso *Methanex*. Tal como lo señaló la República Argentina, es efectivo que las tesis planteadas en ese caso por las partes tienen una gran similitud con las que aquí se sostienen. La parte demandante sostuvo que sus derechos habían sido afectados por las medidas reclamadas, en tanto que la parte demandada fue de la opinión que las medidas que afectasen a la sociedad no podían ser materia de reclamación por los accionistas que tenían un mero interés. Pero también es efectivo que el tribunal buscó identificar si acaso existía una conexión significativa entre las medidas y la inversión.

74. Esa conexión, según se concluyó, no se daba en *Methanex* pues el demandante ni siquiera producía el componente objeto de las medidas. Pero esa conexión sí existe en el presente caso pues la inversión fue realizada para llevar a cabo la actividad económica específica de que trataba el proyecto de privatización, además del hecho de que para ello se suscribieron contratos con el Estado que resultaron en la licencia.

75. El segundo caso que las partes han discutido en este plano es *GAMI*. También aquí las partes controvirtieron los problemas de legitimación para reclamar como accionista (*GAMI*) por un daño derivado de la sociedad en que invirtió (*GAM*). En este caso el tribunal sostuvo que

“El hecho que un estado anfitrión no interfiera explícitamente con la propiedad accionaria no es decisivo. El asunto es más bien si el incumplimiento del TLCAN genera con suficiente claridad un daño o una pérdida en relación con una inversión determinada. Si acaso *GAM* puede establecer dicho perjuicio es un asunto a examinar en el fondo. La incertidumbre en este punto no es un obstáculo a la jurisdicción”.<sup>23</sup>

76. Este Tribunal comparte esa conclusión, especialmente en la medida en que el tratado en que se fundamenta la protección o garantía de cuya violación se reclama prevea la posibilidad de que un accionista recurra al arbitraje en función de la inversión realizada, que es precisamente el caso en la presente controversia al preverse la situación de propiedad directa o indirecta y al adoptarse una definición amplia de lo que constituye inversión. La conclusión en el caso *Mondev*,<sup>24</sup> donde también se discutieron problemas de acción por daños derivados, está fundamentada en el mismo concepto.<sup>25</sup>

77. El argumento invocado por la República Argentina y que también se refleja en *Methanex*, en cuanto si se reconoce el derecho de accionistas para reclamar por la sola afectación de sus intereses podría conducir a una cadena de demandas sin límites, es en teoría cierto. Sin embargo, en la realidad toda demanda por daños derivados tendrá por límite la cláusula arbitral. Como señaló en relación a este argumento el tribunal en *Enron*:

“...la respuesta radica en determinar el alcance del consentimiento al arbitraje del Estado receptor. Si se ha prestado el consentimiento respecto de un inversionista y una inversión, puede concluirse razonablemente que las demandas presentadas por dicho inversionista son admisibles conforme a lo dispuesto en el Tratado. Cuando la validez del consentimiento no pueda extenderse a otros inversionistas o inversiones, las otras demandas que se

presenten deberán considerarse inadmisibles por tener solamente una conexión remota con la sociedad afectada y el ámbito del sistema jurídico que protege dicha inversión”.<sup>26</sup>

78. Además, debe tenerse en cuenta que si el inversionista tiene derechos protegidos por un tratado su violación no implica la mera afectación de intereses sino que compromete un derecho específico de ese inversionista protegido.

79. La excepción a la jurisdicción que ha hecho la República Argentina en cuanto al carácter indirecto del daño, no encuentra sustento a la luz de los hechos de este caso y del derecho aplicable. Debe, sin embargo, examinarse todavía la excepción que se refiere al *jus standi* de la parte Demandante.

### **Tercera Excepción: Carencia de *jus standi***

#### **La Opinión de las Partes**

80. En estrecha relación con los aspectos discutidos anteriormente, la República Argentina formula una excepción adicional a la jurisdicción en cuanto la parte Demandante carecería de *jus standi* para actuar en este caso. Se argumenta que si bien las sociedades califican como una inversión en los términos del Tratado, para que ello ocurra debe tratarse de sociedades que, directa o indirectamente, sea propiedad o esté controlada por un nacional o una sociedad que tenga la nacionalidad del otro Estado parte. En la opinión de la República Argentina, Sempra no es propietaria ni controla ninguna sociedad nacional que tenga vínculos con las licenciatarias.

81. La parte Demandante señala que su reclamación no se ha hecho en función de los derechos que puedan tener las licenciatarias sino en el propio nombre de esa parte, para lo cual está habilitada por las disposiciones del Tratado, en particular su artículo I(1)(a). Se argumenta, además, que se trata en todo caso de una discusión que corresponde al fondo del



asunto y no a su etapa de jurisdicción; como cuestión de fondo debe ser decidida en aplicación del Convenio, el Tratado y el derecho internacional.

82. Este aspecto de la discusión de las partes se relaciona también inextricablemente con el problema ya habitual a que se enfrentan los tribunales arbitrales internacionales de distinguir entre las controversias que se suscitan por contravención de un tratado de protección de inversiones y aquellas que tienen un carácter meramente contractual.

83. En el punto de vista de la parte Demandada, Sempra no puede pretender que tiene un reclamo genuino a la luz del Tratado que le sea propio y que le permita actuar ante el CIADI pues, de existir un perjuicio, este es de carácter contractual y por tanto debe ser materia de reclamo y acción por las sociedades licenciatarias.

84. Para la República Argentina este es el alcance de lo decidido por la Corte Internacional de Justicia en el caso *ELSI*,<sup>27</sup> en cuanto se concluyó que el cumplimiento con el derecho nacional es una materia diferente del cumplimiento de las disposiciones de un tratado. También este, en opinión de esa parte, es el alcance de la decisión del Comité de Anulación en *Vivendi*, donde se concluyó que de ser la reclamación una de carácter contractual se daría efecto a la cláusula de elección de foro prevista en ese contrato.<sup>28</sup>

85. El caso *SGS v. Pakistan*<sup>29</sup> se fundamentó también, agrega el argumento, en la distinción entre contrato y tratado como base de la reclamación, aún cuando se estableció que un reclamo contractual podía al mismo tiempo ser uno bajo el tratado; en cambio, en la decisión sobre nulidad en *Vivendi* ambos conceptos fueron separados por establecerse que las normas deben ser independientes en uno u otro caso y originarse en hechos distintos.

86. En el presente caso, según argumenta la República Argentina, todo el fundamento de la reclamación es de carácter contractual pues la propiedad afectada debe definirse por el derecho del Estado receptor de la inversión, los hechos alegados en nada se relacionan con la parte Demandante y el remedio solicitado consiste en el cumplimiento del contrato de las

licenciatarias. De ahí que no haya, en la misma opinión, un reclamo bajo el Tratado del que pueda conocer válidamente el Tribunal.

87. La parte Demandante, como se ha indicado, argumenta que su reclamación no se fundamenta en los derechos que le puedan corresponder a las licenciatarias sino en sus propios derechos a la luz del Tratado; el derecho a accionar bajo el Tratado es independiente de que, adicionalmente, puedan haber elementos propios del derecho nacional o causas de acción paralelas.

88. En la opinión de esa otra parte, este sería el significado real de la decisión sobre nulidad en *Vivendi* al sostener el tribunal que la violación del tratado y del contrato son cuestiones diferentes que deben determinarse por el derecho internacional en el caso de la primera y por el derecho del contrato en la segunda.<sup>30</sup> Sucesivas decisiones de tribunales del CIADI, se explica, han sostenido igualmente el derecho de los accionistas para reclamar bajo la protección que les otorga el tratado respectivo, incluyendo *Maffezini*,<sup>31</sup> *Goetz*,<sup>32</sup> *AAPL*,<sup>33</sup> *Genin*,<sup>34</sup> *CMS*, *Azurix*, *Enron* y *Gami*, entre otros.

89. Se argumenta también que el propio caso de la *Barcelona Traction* no se pronunció sobre la existencia de derechos de los accionistas en el derecho internacional y su protección, sino sobre la situación que ocurría en el derecho interno y en relación al tema concreto de la protección diplomática y el daño que pudiera haber sufrido el Estado de nacionalidad de los accionistas; mas bien por el contrario, esa decisión expresamente reconoció la diferente situación que se planteaba en el derecho internacional en materia de protección de inversiones.

#### Consideraciones del Tribunal.

90. Las tres excepciones a la jurisdicción que se han analizado tienen en común el argumento de que el Tribunal no podría conocer de reclamaciones de inversionistas que no

controlan las licenciatarias, que no han sufrido perjuicios directos sino tan solo indirectos o derivados y que el derecho corresponde a esas licenciatarias bajo un contrato y no a sus accionistas bajo el derecho internacional. Sobre la base de estas consideraciones es que se plantea el punto de vista de que los reclamantes carecen de *jus standi*.

91. Sin perjuicio de lo que ya se ha señalado respecto de las dos primeras excepciones, todas ellas deben analizarse a la luz de las disposiciones específicas del Tratado. Los puntos esenciales que el Tribunal debe determinar son, primero, si las disposiciones del Tratado permiten o no la reclamación por parte de un inversionista que no es mayoritario y, enseguida, si la causa de la acción ejercida se origina en el Tratado, en el contrato o en ambos.

92. La disposición relevante es el Artículo I(1)(a) del Tratado, que señala en lo pertinente:

““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;”

93. Ninguna duda puede caber de que se trata de una definición amplia pues su propósito es el de extender una protección integral al inversionista. No pocos tribunales arbitrales, actuando tanto bajo las reglas del CIADI como de UNCITRAL, han reconocido este alcance en el contexto del mismo tratado y han llegado a la conclusión de que, a la luz de los propios términos de la disposición, ella comprende no solamente a los accionistas mayoritarios sino también a los minoritarios, tengan estos el control de la sociedad o no. Como lo explicó el tribunal en *Goetz*, la habilitación para actuar que es reconocida a los accionistas por los tratados sobre inversiones busca la protección de los inversionistas reales. En el caso *Enron* el tribunal concluyó que:

“Así pues, con arreglo a las disposiciones del Tratado Bilateral sobre Inversiones, que poseen una gran amplitud, este Tribunal debe concluir que las demandas presentadas por inversionistas que no son mayoría ni controlan la sociedad afectada, para denunciar vulneraciones de sus derechos conforme a lo establecido en ese tratado, son admisibles”.<sup>35</sup>

94. La misma conclusión ha sido compartida por los tribunales en *CMS y Enron (Demanda Adicional)*, entre varios otros. Este Tribunal no tiene razones para apartarse de esa conclusión, aún cuando los elementos de hecho de cada controversia puedan tener algunas diferencias. Si el propósito del Tratado y los términos de sus disposiciones tienen la amplitud con que fueron negociados y aceptados no podrían ellos, como se ha señalado, ser desconocidos por el Tribunal pues privarían al Tratado de todo efecto útil.

95. El segundo aspecto que el Tribunal debe dilucidar es si acaso la reclamación que hace la parte Demandante encuentra su fundamento en un contrato, en un tratado o en ambos. Desde que se hizo esta distinción en el caso *Lanco*, el análisis de este tema ha sido desarrollado de manera significativa. Una reclamación puede tener un origen puramente contractual y referirse a un derecho que no califica como inversión, caso en el cual no existirá jurisdicción, como ocurrió en *Joy*;<sup>36</sup> puede también originarse únicamente en la violación de una disposición del tratado en forma independiente del derecho interno o, lo que es más frecuente, originarse en la violación de una obligación contractual que a la vez significa una violación de las garantías del tratado. En estos otros casos no habrá impedimento al ejercicio de jurisdicción.

96. Este último es el criterio que han seguido diversas decisiones recientes en materia de jurisdicción, con particular referencia a aquellas sobre nulidad en *Vivendi y Wena*<sup>37</sup> y a la decisión en *SGS c. Pakistán*. Otra variable ha sido aquella prevista en *SGS c. Filipinas*,<sup>38</sup> en que se estimó necesario precisar previamente un aspecto contractual de la reclamación por un

tribunal nacional y retener la jurisdicción ulterior sobre los aspectos relacionados con el tratado respectivo.

97. Este aspecto fue bien descrito por el Comité de Anulación en *Vivendi* al concluir que:

“La reclamación no era simplemente reducible a un número dado de reclamaciones bajo el derecho civil o administrativo relativas a un número correspondiente de actos individuales que se alegan violar el Contrato de Concesión o el derecho administrativo argentino. Le estaba permitido a las demandantes reclamar, y en efecto reclamaron, que estos actos tomados en su conjunto, o algunos de ellos, implicaron un incumplimiento de los Artículos 3 y/o 5 del TBI.”<sup>39</sup>

98. En función de este criterio es que también se ha considerado compatible la elección de un foro local para fines contractuales con la elección del foro arbitral para los fines del tratado,<sup>40</sup> según se analizará más adelante.

99. No obstante las diferencias de hecho que distinguen a esos casos de otros, este Tribunal tampoco tiene razones para apartarse de ese razonamiento conceptual en tanto éste ha surgido del propio sistema de protección que las partes han convenido. El Tribunal debe determinar, entonces, si acaso la reclamación de Sempra pertenece únicamente a la categoría de reclamo contractual, como lo sostiene la República Argentina, o el reclamo descansa en forma adicional o exclusiva en las disposiciones del Tratado, como lo plantea la parte Demandante.

100. Si bien la naturaleza específica de cada reclamo sólo podrá apreciarse si se examina el fondo de la controversia, el Tribunal observa en esta etapa que esa controversia se origina en la manera como la violación de compromisos contractuales con las licenciatarias que se alegan, expresados en la licencia y otros actos, repercute en los derechos que el inversionista argumenta tener a la luz de las disposiciones del Tratado y de las garantías con que realizó la inversión protegida.

101. El fundamento de la reclamación se relaciona, por consiguiente, tanto con el contrato como con el Tratado, independientemente del hecho de que materias puramente contractuales que no repercuten en las disposiciones del Tratado puedan ser objeto de las acciones que se encuentren disponibles en el derecho interno de la República Argentina. Tampoco tiene el Tribunal razón alguna para apartarse de este enfoque. El hecho de que el Tratado también establezca como garantía específica una cláusula general como la del Artículo II(2)(c) (“umbrella clause”), obligando al respeto de los compromisos contraídos respecto de la inversión, establece un vínculo todavía más estrecho entre el contrato, el contexto de la inversión y el Tratado.

102. La defensa de la República Argentina ha invocado con razón su inquietud por el hecho de que con este enfoque podría producirse una indemnización doble por el mismo perjuicio, una por la acción local contractual y otra por la acción arbitral internacional. Se hace presente también por la parte Demandada que en el caso *GAMI*, a la luz de las disposiciones del TLCAN, toda indemnización debería beneficiar a la sociedad y no al accionista. Este es un problema real que debe analizarse en su oportunidad, pero nuevamente es un aspecto que pertenece a la consideración del fondo de la controversia. En todo caso, el derecho internacional y la jurisprudencia disponen de numerosos mecanismos para evitar la posibilidad de una doble indemnización.

#### **Cuarta Excepción: Renegociación en curso**

##### La Opinión de las Partes

103. La República Argentina objeta también la jurisdicción argumentando que el reclamo no está maduro por encontrarse todavía sujeto a un proceso de renegociación entre las licenciatarias y el Gobierno. Además se trataría de un supuesto daño que está fluctuando permanentemente y que por consiguiente es indeterminado.

104. En la opinión de la parte Demandada, si se determina que existe jurisdicción se produciría una asimetría y una desigualdad de trato entre la sociedad y sus accionistas extranjeros. En tanto estos últimos podrían reclamar por actos que perjudican a la sociedad, deberían también aceptar que los actos de la sociedad que favorecen a esos inversionistas sean tenidos debidamente en cuenta. No obstante, se agrega, que se desviste a la sociedad para otorgarles beneficios a los inversionistas extranjeros, no se acepta que estos tengan obligaciones relacionadas con la conducta y las acciones de la sociedad nacional.

105. La parte Demandante ha afirmado que el proceso de renegociación no ha conducido a solución alguna y que se encuentra paralizado, por lo cual no puede influir en que se ejerza jurisdicción para decidir la controversia. Sostiene también que en cualquier caso esta es una cuestión de admisibilidad que corresponde decidir en el fondo de la controversia.

106. Por otra parte, argumenta la parte Demandante que los daños son cuantificables y que pueden probarse, pero que todo ello pertenece también al fondo de la controversia.

#### Consideraciones del Tribunal

107. Esta excepción a la jurisdicción suscita cuatro cuestiones separadas:

108. La primera se refiere al proceso de renegociación. Como sostuvo el tribunal en *CMS*, no le corresponde a un tribunal arbitral pronunciarse sobre una renegociación que es privativa de las partes.<sup>41</sup> Si ella tiene o no éxito se verá a la luz de sus resultados específicos, pero el Tribunal no debe dilatar el procedimiento por esta causa.

109. La segunda cuestión es aquella relativa al significado de admisibilidad. Este otro aspecto fue dilucidado por el tribunal en *Enron*, el que determinó que la aceptación de una objeción a la admisibilidad normalmente resultaría en el rechazo de la demanda por razones relacionadas con el fondo.<sup>42</sup> Cuando ello se hace evidente en la fase de jurisdicción podrá resolverse allí, pero ciertamente este no es el caso en el contexto de esta controversia.

110. La tercera cuestión suscitada es aquella relativa a la determinación y cuantificación de los daños. Esta es también una materia que pertenece al fondo del asunto y es allí donde deberán acreditarse y probarse los eventuales daños sufridos.

111. El cuarto aspecto se refiere a la asimetría y desigualdad de trato que argumenta la República Argentina. Es evidente que en el contexto de un sistema de protección de inversiones bajo el derecho internacional, sólo los beneficiarios de tal protección podrán reclamar a su amparo. Así se convino en el Tratado y así surgiría del propio derecho internacional en tanto este habilita a sujetos específicos para actuar a la luz de sus normas y mecanismos. Si acaso esta protección puede o debe extenderse a los inversionistas nacionales es una alternativa que sólo la evolución del derecho internacional y/o del derecho nacional podrá establecer, pero no es lo que las partes previeron el Tratado.<sup>43</sup>

112. Los inversionistas extranjeros protegidos pueden evidentemente reclamar por los actos que afecten a la sociedad en la medida en que ello sea posible a la luz de los términos del tratado respectivo, como ocurre en este caso. Ello es enteramente diferente de las relaciones intra-societarias a que se refiere también el argumento invocado. En la medida en que actos de la sociedad beneficien al inversionista extranjero, no hay razón alguna para que ello no sea tenido en cuenta en su momento. Igualmente, el inversionista siempre tendrá obligaciones frente a la sociedad, las que no resultan alteradas por el hecho de que pueda reclamar internacionalmente. Incluso el accionista puede eventualmente tener una acción derivada en contra de los administradores por actos de la sociedad que le causen perjuicio.

113. A la luz de estas consideraciones, el Tribunal concluye que esta excepción no es procedente.



### **Quinta Excepción: Carencia de prueba sobre la condición de inversionista**

#### La opinión de las partes

114. La República Argentina igualmente objeta la jurisdicción por considerar que Sempra no ha acreditado ni probado su calidad de inversionista con los documentos societarios pertinentes. La parte Demandante indica haber acompañado toda la documentación relativa a la estructura societaria que le otorga el carácter de inversionista protegido a la luz del Tratado.

#### Consideraciones del Tribunal.

115. El Tribunal ha examinado la documentación acompañada y no tiene razón alguna para considerar que la parte Demandante no haya probado su condición de inversionista. Por otra parte, el análisis más detallado de la estructura societaria de Sempra, como también de Camuzzi, fue hecho por las propias autoridades de la República Argentina en el contexto de la protección de la competencia, como se analizará. Esta objeción, en consecuencia, no puede admitirse como procedente.

### **Sexta Excepción: La controversia ha sido sometida a los tribunales nacionales**

#### La opinión de las partes

116. La República Argentina invoca también como excepción a la jurisdicción el que la parte Demandante está impedida de actuar en este foro como consecuencia de las cláusulas sobre jurisdicción previstas en los contratos de licencia, las que establecen únicamente el recurso a los tribunales nacionales, y argumenta, además, que la controversia ha sido sometida a los tribunales nacionales de ese país habiéndose ejercido, por consiguiente, la opción prevista en el Tratado bajo el concepto de *electa una vía* (“fork-in-the-road”).

117. En la opinión de la parte Demandante, las cláusulas de elección de foro previstas en las licencias no obstan a que las controversias que se originan en la violación del Tratado sean sometidas al arbitraje del CIADI, pues uno y otro foro tienen alcances y objetivos diferentes. Se invocan en apoyo de esta opinión diversas decisiones adoptadas por los tribunales arbitrales, con particular referencia a la decisión del tribunal en el caso *Lanco*<sup>44</sup> y aquellas de los Comités de Anulación de *Vivendi*<sup>45</sup> y *Wena*,<sup>46</sup> entre otras.

118. Argumenta igualmente la parte Demandante que la controversia no ha sido sometida a los tribunales nacionales y que las licenciatarias expresamente han rehusado participar en procedimientos relativos al ajuste de tarifas y las acciones del Ombudsman. Se agrega que, en cualquier caso, ninguna controversia sobre los derechos del inversionista bajo el Tratado ha sido sometida a esos tribunales, ni la parte Demandada identifica tribunal alguno en este contexto.

119. Igualmente se invoca que decisiones de los tribunales del CIADI han señalado la diferencia entre controversias de carácter comercial que no involucran disposiciones del tratado, que pueden ser sometidas a los tribunales nacionales de acuerdo a los contratos, y las controversias que sí se refieren a las garantías bajo el tratado respectivo, las que pueden ser sometidas al arbitraje de acuerdo a los mecanismos establecidos en ese tratado.<sup>47</sup>

#### Consideraciones del Tribunal

120. La discusión acerca del significado de la elección de foro en un contrato es ya común en muchas controversias sometidas al arbitraje. Esta es una consecuencia directa de la distinción entre una reclamación basada en un contrato y aquella basada en un tratado, a la que ya se ha hecho referencia.

121. La conclusión alcanzada al respecto por el Comité de Anulación en *Vivendi* es elocuente:

“[C]uando “la base fundamental del reclamo” es un tratado asentando una norma independiente por la cual ha de juzgarse la conducta de las partes, la existencia de una cláusula de jurisdicción exclusiva en un contrato entre la demandante y el Estado demandado o una de sus subdivisiones no puede operar como impedimento a la aplicación de la norma bajo el tratado.”<sup>48</sup>

122. Este Tribunal, como otros que han conocido de este aspecto previamente, no tiene tampoco razón alguna para apartarse de esa conclusión. Es más, admitiéndose la distinción entre el fundamento de una controversia en un contrato y un tratado, la elección de foro es, como se ha dicho, una consecuencia de la misma y como tal ella no podría afectar la esencia de esa distinción.

123. Así como una controversia meramente contractual deberá ser sometida al foro previsto en el contrato, igualmente una controversia bajo el tratado podrá ser sometida a los mecanismos que este prevé. De lo contrario, el contrato dejaría sin efecto lo previsto en el tratado. El Gobierno de Chile, por ejemplo, se abstuvo de formular objeciones a la jurisdicción en el caso *MTD* no obstante que el contrato establecía una elección de foro local, comprendiendo correctamente que en la medida en que había una supuesta violación del tratado pertinente esa cláusula no afectaría la jurisdicción arbitral.<sup>49</sup>

124. Las partes han discutido en este caso otras recientes decisiones arbitrales que han debido considerar la distinción entre la controversia originada en un contrato y un tratado y su relación con la elección de foro, en particular *SGS c. Pakistán*, *SGS c. Filipinas* y *Generation Ukraine*.<sup>50</sup> No obstante el diferente alcance que cada parte le asigna a esas decisiones, el Tribunal observa que ellas no contradicen el principio básico de que una controversia puede originarse en un contrato y tener al mismo tiempo un efecto sobre el tratado, como tampoco el principio de que un aspecto contractual puede someterse al foro local y uno bajo el tratado al foro arbitral.

125. En efecto, en *SGS c. Pakistán* la controversia involucró procedimientos en varios tribunales nacionales y el foro arbitral previsto en el tratado, concluyendo el tribunal que tenía jurisdicción sobre aquellos aspectos contractuales de la controversia que al mismo tiempo involucrasen una violación del tratado, pero no sobre aquellos que no tuviesen relación con los estándares de protección de ese tratado.<sup>51</sup> Igualmente, en *Generation Ukraine* el tribunal confirmó su competencia para considerar los reclamos que se referían al tratado y observó que un aspecto técnico de la controversia debió someterse a los tribunales nacionales, pudiendo este último transformarse en una reclamación bajo el tratado si se incurría en denegación de justicia.<sup>52</sup>

126. Incluso *SGS c Filipinas*, que tanta discusión ha suscitado, no se aparta del principio esencial de que los aspectos de la controversia que se originan en el tratado pueden ser sometidas al foro arbitral, aún cuando el tribunal decidió que un aspecto contractual involucrado en esa controversia relativo a la precisión de la suma debida en los términos del contrato debía dilucidarse previamente en el foro local.<sup>53</sup>

127 El Tribunal observa asimismo que en el presente caso no se ha acreditado la presentación de la controversia a un tribunal nacional y, en lo que se refiera a una controversia bajo el Tratado, ella ha sido presentada únicamente a este Tribunal. El principio *electa una vía* no refleja el ejercicio de una opción a favor de la jurisdicción local; por el contrario, refleja la opción por la jurisdicción arbitral.

128. El Tribunal concluye, por consiguiente, que esta excepción no puede considerarse procedente.

## **Significado y alcance del derecho internacional**

### La opinión de las partes

129. En el contexto de esta controversia, las partes han discutido el significado y alcance que tiene el derecho internacional y el papel que le corresponde a los tribunales arbitrales en la interpretación de los tratados. Esta discusión recién se planteó en la Réplica de la República Argentina y fue proseguida en la Dúplica de la Demandante, como también en la audiencia.

130. La República Argentina argumenta sobre el particular que el consentimiento otorgado al ratificar el Convenio no significa que se haya consentido en someter una controversia al CIADI, para lo cual se necesita una manifestación por escrito. Si bien, en esa argumentación, los inversionistas son los destinatarios y beneficiarios del sistema, el Tratado se ha suscrito entre Estados y debe interpretarse a la luz de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

131. Recurriendo a criterios generales de interpretación jurídica y a aquellos de la propia Convención de Viena, considera la parte Demandada que tal interpretación debe basarse en la intención de las partes y que los Estados que suscribieron el tratado son los mejores calificados para hacerla. La función interpretativa, en esa opinión, no corresponde a los tribunales arbitrales, debiendo prescindirse de lo que haya establecido la jurisprudencia. Esa función de los Estados se traduce en el principio de que los actos unilaterales de los Estados pueden crear obligaciones jurídicas.<sup>54</sup>

132. En aplicación de estos conceptos, la parte Demandada considera que la interpretación relevante del Tratado o normas equivalentes es aquella que dieron los representantes de los Estados Unidos en los casos *GAMI*, *Methanex* y *Mondev*. Se considera también que esa intención no se puede establecer mediante opiniones de autores u otros actos no oficiales.

133. Especialmente critica la parte Demandada la decisión del Tribunal en *Enron*,<sup>55</sup> en la que se habría confundido una presunta invitación a participar en la inversión con el consentimiento necesario, porque se entendió que esa invitación había sido formulada por el Gobierno Argentino y porque la licitación fue nacional y no internacional. Se agrega que en el caso de Sempra esa invitación no podría haber ocurrido, lo que tampoco ocurrió respecto de Camuzzi.

134. Nada de lo anterior se relaciona, en la misma opinión, con una cuestión de protección diplomática, también discutida en *Enron* al sostenerse en ese caso que, si el sistema se atiene a las declaraciones de un Estado, se habría vuelto a la etapa de la protección diplomática. Explica la República Argentina las diferencias entre la protección diplomática y el sistema de protección de inversiones, señalando que el hecho de que los Estados, en este último caso, se aparten de la manera como una controversia se inicia y se procesa, no significa que se han apartado de los estándares de protección y de las reglas procesales.

135. Igualmente se critica ese caso y *CMS* por haberse considerado en ellos que la gran cantidad de tratados de protección de inversiones y la *lex specialis* en ellos contenida ha pasado a ser la regla general en materia de reclamaciones internacionales.<sup>56</sup> En la opinión de la Demandada no se puede justificar un proceso de inducción normativa que lleve de la *lex specialis* a una norma de costumbre internacional.

136. La interpretación relevante, en la misma argumentación, es aquella que surge de la intención del Estado según esta se expresa en las disposiciones de algunos tratados y se omite en las disposiciones de otros tratados suscritos por el mismo Estado; ese ejercicio comparativo permite establecer el valor del silencio frente al de las palabras, indicando que si un tratado incluye una determinada disposición pero uno posterior o simultáneo no la incluye constituye una presunción de que no sea desea reconocer ese derecho.

137. La parte Demandante es de la opinión que la interpretación de los tratados no puede prescindir del sentido corriente de sus términos y de su contexto, objeto y fin, según lo señala el Artículo 31 de la Convención de Viena y la costumbre internacional en materia de interpretación de tratados. La intención de las partes, se afirma, no es un medio principal ni complementario de interpretación, menos aún cuando se procura aplicar la interpretación que Estados Unidos habría dado a una disposición del TLCAN a una interpretación de los tratados de protección de inversiones.

138. La intención expresada por los negociadores del programa de tratados bilaterales, que la parte Demandante invoca en detalle, indicaría que ese país no sostiene la intención que le asigna la República Argentina. Además, se argumenta que la interpretación de los Estados Unidos en esos casos del TLCAN ha sido sistemáticamente rechazada por los tribunales respectivos. Tampoco el derecho de los Estados Unidos juega, en tal punto de vista, ningún papel en esta materia.

#### Consideraciones del Tribunal

139. El Tribunal coincide con la República Argentina en cuanto a que el consentimiento expresado al ratificar el Convenio no es el consentimiento exigido por esta última para llevar una controversia al CIADI, el que requiere de una expresión separada mediante un tratado u otros actos y que conste inequívocamente.

140. El Tribunal no puede desconocer, sin embargo, el hecho de que la República Argentina suscribió el Tratado con los Estados Unidos. Este instrumento es el que contiene la expresión del consentimiento para recurrir al arbitraje en caso de que se suscite una controversia entre el inversionista y el Estado en función de las garantías que allí se establecen. Si lo que argumenta la parte Demandada es que se necesita un acuerdo ad-hoc entre el inversionista y el Estado para someter la controversia específica de que se trate al

arbitraje, es un punto de vista equivocado. El Tratado es auto-suficiente para este efecto y la opción de recurrir a la solución de controversias la ejerce el inversionista con el sólo hecho de manifestar su propio consentimiento. El concepto de un compromiso arbitral adicional al acuerdo arbitral, que en algún momento se discutió en el arbitraje privado, no se contiene en la mecánica del Tratado ni tiene mayor vigencia hoy día.

141. Igualmente el Tribunal coincide con esa parte en que los criterios correctos de interpretación son aquellos establecidos en la Convención de Viena, que son igualmente aquellos que ya se encontraban en la costumbre internacional.<sup>57</sup> La disposición relevante a tal efecto es la del Artículo 31, la cual establece que "...los tratados deben interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a sus términos en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin".<sup>58</sup>

142. Siendo este el principal medio de interpretación, es el que debe aplicar el Tribunal. Se ha indicado previamente que son los propios términos del Tratado los que optaron por las alternativas que se han discutido, por lo cual ni siquiera cabría recurrir a los medios de interpretación complementarios. Pero si ello se hubiese hecho necesario, los trabajos preparatorios no indican que la intención argumentada hoy por la República Argentina fue la que este país y los Estados Unidos tenían al momento de suscribirlo. Más bien por el contrario, la intención manifiesta era la de extender una protección integral al inversionista. Un importante número de tratados fue suscrito por la República Argentina con el fin específico de facilitar el interés de los inversionistas extranjeros en el programa de privatizaciones. Para este fin es que se incluyeron los términos del Tratado ya analizados.

143. El mismo Artículo 31 permite, en caso necesario, tener en cuenta acuerdos o prácticas ulteriores entre las partes de un mismo tratado respecto de su interpretación. Las partes en el TLCAN no son por cierto las mismas que aquellas en el Tratado. Ello haría difícil extender la



interpretación que una parte haga bajo un tratado a la que otra parte tenga en un tratado diferente.

144. No obstante, como lo indicó el tribunal en *Enron*,<sup>59</sup> podría ser posible que la interpretación de un tratado bilateral entre dos partes en relación con el texto de otro tratado entre partes distintas sea la misma, salvo que conste una intención diferente. Este fue el criterio que aplicó el tribunal en *Maffezini*, caso en el que para la correcta interpretación del tratado entre la República Argentina y España se tomó en cuenta la política que había seguido este último país en la suscripción de numerosos tratados bilaterales para proteger a sus propios inversionistas en el extranjero y sus términos.

145. Lo que Estados Unidos haya sostenido en la discusión de los casos indicados del TLCAN tiene un valor relativo, pues de todos modos esa interpretación debería encontrar alguna forma de reconocimiento en el contexto del Tratado o sus antecedentes. Sin embargo, como se ha indicado, esos antecedentes apuntan en un sentido diferente por lo cual no cabe identificar un criterio de interpretación de un ámbito con el del otro. El hecho de que los tribunales competentes también hayan rechazado esa interpretación no es irrelevante. Tampoco es irrelevante la opinión de quienes en su momento tuvieron a su cargo la elaboración y negociación de los tratados bilaterales de un Estado, en la medida en que ella sirve, precisamente, para acreditar la intención original.

146. El hecho de que el derecho internacional reconozca los actos unilaterales como fuente de obligaciones es independiente de la discusión en esta controversia, pues lo esencial para que ello ocurra es que exista la intención de obligarse. El Tribunal no puede presumir esa intención si ella no consta de manera expresa. Los abogados que representan a un Estado en un procedimiento arbitral tienen el deber de sostener todos los argumentos que estimen convenientes para defender su posición, pero no podría un tribunal suponer que cada uno de esos argumentos constituye la expresión de un acto unilateral que obliga al Estado. Esa

intención constó expresamente, por ejemplo, en el caso del *Filetaje del Golfo de San Lorenzo* y así fue reconocido por el tribunal.<sup>60</sup>

147. No obstante la opinión en contrario de la República Argentina, la interpretación no es una tarea exclusiva de los Estados. Es también una tarea de los tribunales que conocen de las diferencias, especialmente cuando se trata de establecer el sentido de los términos utilizados en un tratado. Es esta precisamente la función de la jurisprudencia como fuente del derecho internacional en el Artículo 38, inciso 1, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, al que hace referencia la propia parte Demandada.

148. No le corresponde a este Tribunal pronunciarse sobre las críticas que le puedan merecer a una u otra parte las decisiones de otros tribunales, pero sí es necesario referirse a algunos aspectos que inciden en este caso.

149. El primero de estos aspectos es si acaso Sempra fue o no invitada a participar en las privatizaciones. Si bien los antecedentes expuestos indican que Sempra sólo realizó su inversión a partir de 1996, el hecho concreto es que el Tratado se encontraba en vigor para todos quienes desearan participar en el proceso, sin limitación de tiempo. Además, esta inversión no fue desconocida para las autoridades de la República Argentina.

150. El segundo aspecto es el que guarda relación con la protección diplomática. El Tribunal coincide con la República Argentina en cuanto a que la protección diplomática responde a conceptos y mecanismos que son muy diferentes de aquellos del sistema internacional de protección de inversiones. Este último ha concebido un sistema que es separado del papel del Estado de la nacionalidad del inversionista, no así del Estado receptor de la inversión, el que deberá participar en los casos en que se suscite una controversia con el inversionista.

151. Por la misma razón que la protección diplomática es improcedente bajo el sistema de los tratados bilaterales, tampoco este puede descansar en los criterios derivados de ese

mecanismo tradicional, en particular en los criterios que se expresaron en el caso de la *Barcelona Traction*. Tal como señaló el tribunal en *GAMI*,

“El Tribunal, sin embargo, no acepta que *Barcelona Traction* haya establecido una regla que deba ser extendida más allá de la cuestión de protección diplomática. La propia CIJ aceptó en *ELSI* que los accionistas americanos de una compañía italiana pudiesen acudir a una jurisdicción internacional para hacer a Italia responsable por supuesta violación de un tratado mediante medidas *impuestas contra esa compañía*”.<sup>61</sup>

152. Esta es la razón por la cual hoy día, atendida la evolución que ha tenido el derecho internacional, no podría sostenerse que los accionistas que reúnen la condición de inversionistas protegidos en el ámbito del sistema de protección de inversiones extranjeras están impedidos de reclamar por sus derechos, aún cuando el daño haya sido inflingido a la sociedad en que participan. La propia Corte Internacional de Justicia no dejó de considerar este rasgo en *Barcelona Traction* a la luz de lo que entonces era el sistema emergente de protección de inversionistas bajo la Convención.

153. Como también observó el tribunal en *LG&E*,<sup>62</sup> cualquiera que hayan sido los méritos de *Barcelona Traction*, ese caso se relacionaba únicamente con la protección diplomática de un Estado a sus nacionales, en tanto que el caso sometido se refiere al concepto contemporáneo de acceso directo del inversionista a la solución de controversias en un arbitraje entre inversionistas y el Estado.

154. El hecho de que, como lo observa la parte Demandada, en *ELSI* los accionistas hayan tenido el cien por ciento de las acciones y el control total de la sociedad, como el hecho de que hubiese una situación de quiebra que no se da en este caso, no altera el principio indicado de que los accionistas pueden reclamar como tales. Si, además, los tratados prevén que similares derechos se extienden a accionistas que tengan la propiedad o control indirecto, o

no sean mayoritarios, tampoco altera el principio señalado. Este también fue el criterio que aplicó el tribunal en *LG&E*.<sup>63</sup>

155. Las partes, como se indicó, han discutido también acerca de los alcances de *Vacuum Salt* en este contexto, por considerar el tribunal en ese caso que el inversionista no tenía el control de la sociedad y que, por consiguiente, no podía reclamar a la luz del Convenio. Sin embargo, como se ha indicado y como lo observó el tribunal en *Enron*, en *Vacuum Salt* se daban dos situaciones enteramente diferentes a las de *Enron* y las de este caso: la sociedad estaba enteramente sujeta a la legislación de Ghana, sin que hubiese ni siquiera un contrato de inversión extranjera y, más importante, no existía tampoco un tratado bilateral de protección de inversiones.<sup>64</sup> Este último es el que hace precisamente la diferencia en este caso.

156. El Tribunal debe, por último, referirse a la cuestión suscitada acerca de que la *lex specialis* no puede entenderse como inductiva de una norma de costumbre. Primero, el Tribunal debe observar que no hay ningún obstáculo en el derecho internacional para que la expresión de la voluntad de los Estados mediante tratados sea a la vez una expresión de la práctica y del *opinio juris* necesario para el nacimiento de una norma de costumbre internacional si se reúnen las condiciones para que ello ocurra.<sup>65</sup>

157. En *CMS* el tribunal señaló que el sistema de tratados de protección da lugar a una *lex specialis* que “...puede considerarse ahora la regla general, ciertamente respecto de inversiones extranjeras y de las reclamaciones internacionales...”.<sup>66</sup> Sin embargo, no necesariamente ello significa que se esté refiriendo al nacimiento de una norma de costumbre internacional. La regla general está dada, como lo indica la realidad, en que prácticamente todas las controversias relativas a inversiones extranjeras se someten hoy día a la consideración de los mecanismos propios de esa *lex specialis*, expresada mediante tratados bilaterales o multilaterales u otros acuerdos. Sólo muy excepcionalmente se recurre para ello

a la protección diplomática, por lo cual no podría esta última ser considerada la regla general en el actual sistema del derecho internacional que rige en esta materia; es más bien un mecanismo residual llamado a intervenir cuando el individuo afectado no tiene una vía propia y directa para reclamar.

### ***C. DECISIÓN***

Por las razones anteriormente expuestas 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 Resolución Procesal necesaria para la continuación del procedimiento, de acuerdo con la Regla de Arbitraje 41(4).

Así se decide.

Francisco Orrego Vicuña  
Presidente del Tribunal

Sandra Morelli Rico  
Árbitro

Marc Lalonde  
Árbitro

<sup>1</sup> Tratado entre la República Argentina y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones del 14 de noviembre de 1991, en vigor a partir del 20 de octubre de 1994.

<sup>2</sup> Ley 24.076 de 1992 relativa a la privatización del sector del gas y Decreto 1738/92 de 1992 relativo a la aplicación de la ley del gas.

<sup>3</sup> *Azurix Corp. c/ la República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/12), Decisión sobre jurisdicción de fecha 8 de diciembre de 2003, párs. 48-50, 43 *ILM* 262 (2004) (en lo sucesivo *Azurix*).

<sup>4</sup> *Vacuum Salt Products c/ República de Ghana* (Caso CIADI No. ARB/92/1), Laudo de 16 de febrero de 1994, 9 *ICSID Rev.—FILJ* 72 (1994) (en lo sucesivo *Vacuum Salt*).

<sup>5</sup> Documentos Relativos al Origen y a la Formulación del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, Vol. IV, 1969, pág. 48, según citado en el Memorial sobre Jurisdicción de la República Argentina, nota 4 (en lo sucesivo *Memorial Jurisdicción*).

<sup>6</sup> Documentos Relativos al Origen y a la Formulación del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, Vol. IV, 1969, pág. 171, según citado en Memorial Jurisdicción, nota 5.

<sup>7</sup> Memorial Jurisdicción, párr. 18, con referencia a Schreuer, Christoph H., *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press (2001), pág. 315.

<sup>8</sup> *Lanco International, Inc. c/ República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/97/6), Decisión preliminar sobre jurisdicción de 8 de diciembre de 1998, 5 *ICSID Rep.* 367 (en lo sucesivo *Lanco*).

<sup>9</sup> *CMS Gas Transmission Company c/ República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/8), Decisión sobre excepciones a la jurisdicción de 17 de julio de 2003, 42 *ILM* 788 (2003) (en lo sucesivo *CMS*).

<sup>10</sup> *Azurix*.

<sup>11</sup> *Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. c/ República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/3), Decisión sobre jurisdicción de 14 de enero de 2004, <<http://www.asil.org/ilib/Enron.pdf>> (en lo sucesivo *Enron I*).

<sup>12</sup> *Lucchetti S.A. y Lucchetti Peru, S.A. c/ República del Perú* (Caso CIADI No. ARB/03/4), Laudo de 7 de febrero de 2005, par. 15, <http://www.worldbank.org/icsid/cases/lucchetti-award-sp.pdf> ) (en lo sucesivo *Lucchetti*)

<sup>13</sup> *Vacuum Salt*, pár. 53, citado en la Réplica sobre Jurisdicción de la República Argentina, pár. 14 (en lo sucesivo *Réplica Jurisdicción*). Traducción del Tribunal.

<sup>14</sup> Ministerio de Economía, Secretaría de Defensa de la Competencia y del Consumidor, Resolución No. 196, 20 de Septiembre de 2000, y Dictamen Anexo de la Comisión de Defensa de la Competencia; Anexo 2 a la Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante.

<sup>15</sup> Documentos Relativos al Origen y a la Formulación del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, Vol. IV, 1969, pág. 84, 308, según citado en Memorial Jurisdicción, notas 15 y 20.

<sup>16</sup> *Methanex Corporation c. Estados Unidos de América*, Preliminary Award on Jurisdiction and Admissibility, Aug. 7, 2002, <<http://www.state.gov/documents/organization/12613.pdf>>.

<sup>17</sup> *GAMI Investments, Inc. c/ Estados Unidos Mexicanos*, Escrito de Estados Unidos de América, 30 de junio de 2003, <<http://www.state.gov/documents/organization/22212.pdf>> según citado en Memorial Jurisdicción, nota 9 (en lo sucesivo *GAMI*).

<sup>18</sup> Corte Internacional de Justicia, *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited, Reports*, 1970, pág. 4, pár. 44, citado en Memorial Jurisdicción, nota 11.

<sup>19</sup> Tratado de Libre Comercio entre Chile y los Estados Unidos, 6 de Junio de 2003, <<http://www.direcon.cl/documentos/TLC%20EEUU/version%20completa%20TLCChile%20EEUU.pdf>>

<sup>20</sup> *Azurix*, pár. 64.

<sup>21</sup> Corte Permanente de Justicia Internacional, *Serbian Loans*, Series A. No. 20, 1929.

<sup>22</sup> Corte Internacional de Justicia, *Advisory Opinion Concerning Western Sahara*, Reports, 1975, pág. 12.

<sup>23</sup> *GAMI*, Laudo de 15 de noviembre de 2004 <http://www.state.gov/documents/organization/38789.pdf>, pár. 33.

<sup>24</sup> *Mondev International Ltd. c. Estados Unidos de América* (Caso CIADI No. ARB(AF)/99/2), Laudo de 11 de octubre de 2002, 6 *ICSID Rep.* 192 (2004).

<sup>25</sup> *Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. c/ República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/3), Decisión sobre jurisdicción (demanda adicional) de 2 de agosto de 2004, párs. 33-36, (en lo sucesivo *Enron II*).

<sup>26</sup> *Enron I*, pár. 52.

<sup>27</sup> Corte Internacional de Justicia, *Elettronica Sicula S. p. A. (ELSI)*, Reports, 1989, pág. 15.

<sup>28</sup> *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c/ República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/97/3), Decisión del Comité *ad hoc* del 3 de julio de 2002, 19 *ICSID Rev.—FILJ* 89 (2004), pár. 98 (en lo sucesivo *Aguas*).

- <sup>29</sup> *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c/ República Islámica de Pakistán* (Caso CIADI No. ARB/01/13), Decisión sobre Jurisdicción de 6 de agosto de 2003, 18 *ICSID Rev.—FILJ* 301 (2003) (en lo sucesivo *SGS c. Pakistán*).
- <sup>30</sup> *Aguas*, pár. 50.
- <sup>31</sup> *Emilio Agustín Maffezini c/ el Reino de España* (Caso CIADI No. ARB/97/7), Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción de 25 de enero de 2000, 16 *ICSID Rev.—FILJ* 212 (2001).
- <sup>32</sup> *Antoine Goetz y otros c/ República de Burundi*, (Caso CIADI No. ARB/95/3), Laudo del Tribunal de 10 de febrero de 1999, 15 *ICSID Rev.—FILJ* 457 (2000) (en lo sucesivo *Goetz*).
- <sup>33</sup> *Asian Agricultural Products Limited c/ República Socialista Democrática de Sri Lanka* (Case CIADI No. ARB/87/3), Laudo del Tribunal de 27 de junio de 1990, 6 *ICSID Rev.—FILJ* 526 (1991).
- <sup>34</sup> *Alex Genin y otros c/ República de Estonia* (Caso CIADI No. ARB/99/2), Laudo del Tribunal de 25 de junio de 2001, 17 *ICSID Rev.—FILJ* 395 (2002) (en lo sucesivo *Genin*).
- <sup>35</sup> *Enron I*, pár. 49.
- <sup>36</sup> *Joy Mining Machinery Limited c/ República Árabe de Egipto* (Caso CIADI No. ARB/03/11), Decisión sobre jurisdicción de 6 de agosto de 2004, <[http://www.asil.org/ilib/JoyMining\\_Egypt.pdf](http://www.asil.org/ilib/JoyMining_Egypt.pdf)>.
- <sup>37</sup> *Wena Hotels Limited c/ República Árabe de Egipto* (Caso CIADI No. ARB/98/4), Decisión del Tribunal sobre la Anulación del 5 de febrero de 2002, 6 *ICSID Rep.* 129 (2004) (en lo sucesivo *Wena*).
- <sup>38</sup> *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c/ República de Filipinas* (Caso CIADI No. ARB/02/6), Decisión sobre Excepciones de Jurisdicción de 29 de enero de 2004, <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/SGSvPhil-final.pdf>>, (en lo sucesivo *SGS Filipinas*).
- <sup>39</sup> *Aguas*, pár. 112..
- <sup>40</sup> *Wena*
- <sup>41</sup> *CMS*, pár. 86.
- <sup>42</sup> *Enron I*, pár. 33.
- <sup>43</sup> *CMS*, pár. 86.
- <sup>44</sup> *Lanco*, párs. 39-40.
- <sup>45</sup> *Aguas*, párr. 101.
- <sup>46</sup> *Wena*, pár. 31.
- <sup>47</sup> Memorial de Contestación sobre Jurisdicción de la Demandante, págs. 57-58, con especial referencia a *Genin* y *Azurix*.
- <sup>48</sup> *Aguas*, pár. 101.
- <sup>49</sup> *MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. c/ Chile* (Caso CIADI No. ARB/01/7), Laudo de 25 de mayo de 2004, <<http://www.asil.org/ilib/MTDvChile.pdf>>, pár. 90.
- <sup>50</sup> *Generation Ukraine Inc. c/ Ucrania* (Caso CIADI No. ARB/00/9), Laudo de 16 de septiembre de 2003, <<http://www.asil.org/ilm/Ukraine.pdf>> (en lo sucesivo *Generation Ukraine*).
- <sup>51</sup> *SGS c/ Pakistán*, pár. 162.
- <sup>52</sup> *Generation Ukraine*, pár. 20.33.
- <sup>53</sup> *SGS c/ Filipinas*, pár. 128.
- <sup>54</sup> Corte Internacional de Justicia, *Nuclear Tests Case*, Reports, 1974, pág. 253.
- <sup>55</sup> Réplica sobre Jurisdicción de Argentina, pág. 48, con referencia a *Enron I*.
- <sup>56</sup> *CMS*, pár. 48.
- <sup>57</sup> McNair: *The Law of Treaties*, 1961, 364-382.
- <sup>58</sup> Ernesto de la Guardia: *Derecho de los Tratados Internacionales*, 1997, 216-230.
- <sup>59</sup> *Enron I*, pár. 47.
- <sup>60</sup> *Differend Concernant le Filetage a l'intérieur du Golfe de Saint-Laurent* (Canada-France), Sentencia del 17 de Julio de 1986, *Revue Générale de Droit International Public*, 1986/3, 713-786, pág. 756.
- <sup>61</sup> *GAMI*, pár. 30, énfasis en original, notas omitidas.
- <sup>62</sup> *LG&E Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International Inc. c/ República Argentina*, (Caso CIADI No. ARB/02/1), pár. 52, (en lo sucesivo *LG&E*).
- <sup>63</sup> *LG&E*, pár. 50.
- <sup>64</sup> *Enron II*, párs. 43-45.
- <sup>65</sup> Julio A. Barberis: “Reflexions sur la coutume internationale”, *Annuaire Français de Droit International*, Vol. XXXVI, 1990, 9-46.
- <sup>66</sup> *CMS*, pár. 48.