

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

DECISIÓN SOBRE JURISDICCIÓN DICTADA

En el arbitraje de

Metalpar S.A. y Buen Aire S.A.
(Demandantes)

c/

República Argentina
(Demandada)

Caso CIADI No. ARB/03/5

Miembros del Tribunal:

Rodrigo Oreamuno Blanco, Presidente
Duncan H. Cameron, Árbitro
Jean Paul Chabaneix, Árbitro

Secretario del Tribunal

Gonzalo Flores

Representando a las Demandantes

Roberto Mayorga y
Joaquín Morales
Etcheberry/Rodríguez, Abogados,
Santiago, Chile,
Jorge Postiglione
Brons & Salas
Buenos Aires, Argentina,
Sergio Meli
Metalpar S.A.
Santiago, Chile

Representando a la Demandada

Oswaldo César Guglielmino
Procurador del Tesoro de la Nación Argentina
Procuración del Tesoro de la Nación Argentina
Buenos Aires, Argentina

Fecha de la decisión: **27 de abril de 2006**

TABLA DE CONTENIDO

I. PROCEDIMIENTO	3
II. ANTECEDENTES	8
III. POSICIONES DE LAS PARTES EN RELACIÓN CON LA JURISDICCIÓN DEL CENTRO Y LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL	13
A. Posición de la República Argentina	13
B. Posición de Metalpar S.A. y de Buen Aire S.A.	16
IV. ANÁLISIS DE LAS EXCEPCIONES PLANTEADAS	20
A. ¿Tienen las Demandantes la condición de “inversionistas extranjeras” en Argentina, necesaria para que puedan invocar la protección del CIADI?	20
B. ¿Debieron las Demandantes hacer algún registro para perfeccionar su inversión?	27
C. ¿Se trata de una disputa de naturaleza jurídica que surge <i>directamente</i> de una inversión?	30
D. ¿Dio Argentina su consentimiento para que esta disputa fuera resuelta por un Tribunal de Arbitraje del CIADI?	34
E. ¿Se trata de un reclamo de orden contractual?	36
F. ¿Estaba Argentina facultada para dictar las medidas de emergencia que promulgó?	38
G. ¿Debieron las Demandantes buscar un “reajuste equitativo” con las personas con las que habían negociado, antes de presentar este reclamo?	39
H. Como consecuencia de lo anterior, ¿estaban legitimadas las Demandantes para formular este reclamo?	42
V. DECISIÓN	45

El Tribunal, integrado en la forma antes señalada, después de haber considerado las presentaciones escritas y orales de las partes y de haber realizado sus deliberaciones, dicta la presente decisión sobre jurisdicción:

I. PROCEDIMIENTO

1. El 3 de febrero del 2003, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“CIADI” o “el Centro”), recibió de **Metalpar S.A.** y **Buen Aire S.A.**, (“las Demandantes”), dos compañías constituidas en la República de Chile, una solicitud de arbitraje contra la República Argentina (“Argentina” o “la Demandada”), al amparo del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (“Convenio del CIADI” o “el Convenio”). La solicitud se origina en unas inversiones hechas por las Demandantes en una empresa de fabricación de vehículos para el transporte público, en Argentina, y en los supuestos efectos negativos que sobre estas inversiones habrían tenido una serie de medidas económicas adoptadas por las autoridades de la República Argentina, a fines del 2001 y comienzos del año 2002.

2. En su solicitud de arbitraje las Demandantes invocaron las disposiciones del Tratado celebrado en 1991 entre la República Argentina y la República de Chile, sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, vigente desde el 1º de enero de 1995 (en adelante el “TBI” o “APPI”).

3. El 5 de febrero del 2003, en cumplimiento de 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 de arbitraje y remitió una copia de ella a la República Argentina y a la Embajada Argentina en Washington, D.C.

4. El 7 de abril del 2003, el Secretario General Interino del Centro registró la solicitud, conforme a lo previsto en el artículo 36(3) del Convenio del CIADI, y en la misma fecha, en observancia de la Regla de Iniciación 7, notificó a las partes el registro de la solicitud y las invitó a constituir, en cuanto fuere posible, el tribunal de arbitraje.

5. Con fecha 14 de julio del 2003, las partes llegaron a un acuerdo sobre el número de árbitros que conformaría el Tribunal de Arbitraje y sobre el método para su nombramiento. Conforme a dicho acuerdo cada parte nombraría un árbitro a más tardar el día 16 de julio del 2004 y el Presidente del Tribunal sería designado por el Secretario General del CIADI. El acuerdo contemplaba asimismo que, de no nombrar la Demandada su árbitro dentro del plazo estipulado, las Demandantes podrían solicitar la aplicación del mecanismo previsto por el Artículo 37(2)(b) del Convenio del CIADI, (cada una de las partes nombra un árbitro y, de común acuerdo, ellas designan un tercer árbitro, quien servirá como Presidente del Tribunal).

6. Ninguna de las partes designó árbitro dentro de los plazos convenidos. En consecuencia, mediante carta de fecha 23 de julio del 2003, las Demandantes solicitaron al CIADI la constitución del Tribunal de Arbitraje de conformidad con el Artículo 37(2)(b) del Convenio. En esa misma carta las Demandantes nombraron al señor Duncan H. Cameron, nacional de los Estados Unidos de América, como árbitro para el presente caso.

7. Transcurridos más de noventa (90) días desde la notificación del acto de registro sin que el Tribunal se hubiese constituido, el 11 de agosto del 2003 las Demandantes solicitaron el nombramiento de los dos árbitros restantes y la designación del Presidente del Tribunal de Arbitraje, de conformidad con el mecanismo previsto por el Artículo 38 de Convenio del CIADI y por la Regla 4 de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI (Reglas de Arbitraje).

8. Con fecha 20 de agosto del 2003, la República Argentina nombró como árbitro al señor Jean Paul Chabaneix, nacional de la República del Perú.

9. Luego de consultar con ambas partes, el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI designó como Presidente del Tribunal al señor Rodrigo Oreamuno Blanco, nacional de Costa Rica.

10. El 23 de septiembre del 2003, de conformidad con la Regla de Arbitraje 6(1), se notificó a las partes que todos los árbitros habían aceptado sus nombramientos y que, por consiguiente, el Tribunal se tenía por constituido desde esa 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 del Tribunal de Arbitraje.

11. La primera sesión del Tribunal con las partes se celebró el día 13 de noviembre del 2003 en la sede del Centro, en Washington, D.C. Las Demandantes estuvieron representadas por los señores Roberto Mayorga, Joaquín Morales, Jorge Postiglione y Sergio Meli. También estuvo presente por parte de las Demandantes el señor Jaime Paredes. La República Argentina estuvo representada por la señora Cintia Yaryura y por el señor Jorge Barraguirre, ambos de la Procuración del Tesoro de la Nación Argentina. Al comenzar la sesión, el señor Barraguirre, en nombre de la República Argentina, solicitó al Tribunal decidir, en forma sumaria e inmediata, sobre la validez del registro de la solicitud de arbitraje de las Demandantes. El Tribunal, luego de dar la palabra a la parte Demandante y de deliberar, informó a ambas partes que no era posible procesalmente aceptar tal petición en esa ocasión e hizo notar que la República Argentina tendría la oportunidad durante el proceso de formular las objeciones que pudiera tener. El Presidente del Tribunal invitó seguidamente a las partes a continuar con la sesión. El señor Barraguirre indicó que, por instrucciones expresas de las autoridades de la República Argentina, no podía aceptar la decisión del Tribunal. Acto seguido, la delegación de la República Argentina se retiró de la sesión.

12. El Presidente del Tribunal, lamentó la decisión de la República Argentina y expresó el deseo del Tribunal de que la Demandada reconsiderara su posición y participara activamente en el proceso. Luego invitó a los presentes a continuar con la revisión de la agenda.

13. En el transcurso de la primera sesión se determinaron varias cuestiones procedimentales de las que se dejó constancia escrita en el acta firmada por el Presidente y

por el Secretario del Tribunal. Asimismo, se fijó un calendario para la fase de actuaciones escritas: las Demandantes presentarían su memorial sobre el fondo de la diferencia dentro de un plazo de ciento treinta y cinco (135) días contado desde la fecha de la primera sesión y la Demandada presentaría su memorial de contestación sobre el fondo de la diferencia dentro de un plazo de ciento treinta y cinco (135) días contado desde su recepción del memorial de demanda de las Demandantes; el Tribunal decidiría luego sobre la conveniencia de que las partes presentaren escritos de Réplica y de Dúplica.

14. El 30 de marzo del 2004, las Demandantes presentaron su memorial de Demanda y adjuntaron la documentación correspondiente.

15. Con fecha 17 de mayo del 2004, la República Argentina presentó un memorial de excepciones a la jurisdicción del Centro y a la competencia del Tribunal de Arbitraje.

16. Mediante carta de 21 de mayo del 2004, el Tribunal informó a las partes de la suspensión del procedimiento sobre el fondo de la diferencia, de conformidad con la Regla 41(3) de las Reglas de Arbitraje del CIADI y las invitó a presentar sus propuestas sobre un calendario de jurisdicción.

17. El 15 de junio del 2004, el Tribunal, luego de considerar las presentaciones de las partes sobre el particular, fijó el siguiente calendario procesal para la presentación de los escritos en relación con la jurisdicción: las Demandantes presentarían su memorial de contestación sobre jurisdicción dentro de un plazo de cuarenta y cinco (45) días, contado desde la fecha de la decisión del Tribunal; la Demandada presentaría una réplica sobre jurisdicción dentro de cuarenta y cinco (45) días siguientes, contados desde su recepción del memorial de contestación de las Demandantes, y las Demandantes presentarían una dúplica sobre jurisdicción dentro de cuarenta y cinco (45) días siguientes, contados desde su recepción de la réplica de la Demandada. El Tribunal fijaría luego, en consulta con las partes, una fecha apropiada para una audiencia sobre la cuestión de la jurisdicción.

18. De conformidad con el calendario fijado por el Tribunal, las Demandantes presentaron su Memorial de Contestación sobre jurisdicción, con documentación adjunta, el 28 de julio del 2004. Argentina presentó su Réplica sobre jurisdicción el 21 de septiembre del 2004 y las Demandantes su Dúplica sobre jurisdicción, el 8 de noviembre del 2004.

19. Mediante carta del 13 de diciembre del 2004, el Tribunal propuso a las partes alternativas de fechas para la celebración de la audiencia sobre jurisdicción la cual se fijó, con el acuerdo de las partes, para los días 17 y 18 de marzo del 2005. Como consecuencia de un desperfecto mecánico sufrido por el avión que transportaba a la delegación de la República Argentina a Washington, D.C., la audiencia se celebró, con el acuerdo de las partes, únicamente el día viernes 18 de marzo del 2005 en la sede del Centro. Asistieron, en representación de las Demandantes, los señores Roberto Mayorga y Joaquín Morales del Estudio Etcheberry-Rodríguez Abogados, de Santiago de Chile, el señor Jorge Postiglione del Estudio Jurídico Brons & Salas de Buenos Aires, y los señores Jaime Paredes, Sergio Meli y Gonzalo Varela de Metalpar S.A. En representación de la Demandada asistieron la señora Cintia Yaryura y el señor Ignacio Torterola, de la Procuración del Tesoro de la Nación Argentina, el señor Osvaldo Siseles, Subsecretario Legal del Ministerio de Economía y Producción de la República Argentina y el señor Marcelo Massoni, de la Embajada Argentina en Washington, D.C. Durante la audiencia, los señores Mayorga, Meli, Morales, Postiglione y Varela se dirigieron al Tribunal en nombre de las Demandantes; la señora Yaryura y el señor Torterola lo hicieron en nombre de la República Argentina. El Tribunal interrogó a las partes, según lo previsto en la Regla 32(3) de las Reglas de Arbitraje.

20. El Tribunal ha deliberado y considerado detenidamente el contenido de los escritos de las partes sobre el asunto de la jurisdicción y los argumentos orales formulados por ellas durante la audiencia celebrada el 18 de marzo del 2005. Como se señala en el párrafo 16 que antecede, la consideración del fondo de la diferencia se suspendió hasta que el Tribunal no se pronunciara sobre la cuestión de la jurisdicción del Centro y la competencia del Tribunal. Considerando los hechos básicos de la diferencia, el Convenio del CIADI, el TBI Argentina-Chile de 1991, así como los argumentos escritos y orales de los representantes de

las partes, el Tribunal dicta la presente decisión sobre la jurisdicción del Centro y su competencia.

II. ANTECEDENTES

21. En su Memorial de Demanda y en su Memorial de Contestación sobre Jurisdicción, Metalpar S.A. y Buen Aire S.A. narraron los siguientes antecedentes de este asunto:

- a. **Metalpar S.A.** (antes denominada Comercial Metalpar S.A.) es una sociedad chilena cuya actividad principal es la fabricación de carrocerías para vehículos.
- b. **Buen Aire S.A.** también es una sociedad chilena cuya actividad es la inversión y la asesoría técnica.
- c. En mayo de 1997, **Metalpar S.A.** y Mercobús S.A., una compañía chilena llamada anteriormente Inversiones Mercobús S.A., eran dueñas, respectivamente, de 11.880 y de 120 acciones del total de 12.000 que constituían el capital social de una compañía argentina denominada Inversiones Loma Hermosa S.A.
- d. El 9 de mayo de 1997 Inversiones Loma Hermosa S.A. adquirió la compañía Bus Carrocería S.A. (argentina) que se encontraba en estado de cesación de pagos y al borde de la quiebra.
- e. El 1 de octubre de 1997 los accionistas de Bus Carrocería S.A. acordaron cambiar el nombre a esa sociedad para denominarla Metalpar Argentina S.A. Este cambio quedó inscrito en el Registro de la Inspección General de Justicia de Argentina (Anexo 4 del Memorial de Demanda).
- f. El 10 de diciembre de 1998 los accionistas aumentaron el capital social de Inversiones Loma Hermosa que quedó distribuido así: **Metalpar S.A.**, 1.999.880 acciones y Mercobus S.A., 120 acciones.
- g. El 13 de julio del 2000 **Metalpar S.A.** transfirió sus 1.999.880 acciones a Inversiones Metalpar S.A., una sociedad chilena constituida en junio del 2000. Por lo tanto, a partir de esa fecha, la distribución accionaria de

Inversiones Loma Hermosa S.A. fue la siguiente: Inversiones Metalpar S.A., 1.999.880 acciones y Mercobús S.A., 120 acciones.

- h. El 16 de noviembre del 2001, Inversiones Metalpar S.A. transfirió a Mercobús S.A. 1.999.760 acciones y conservó 120; en consecuencia, el capital social de Inversiones Loma Hermosa S.A. quedó distribuido así: Inversiones Metalpar S.A., 120 acciones y Mercobús, S.A., 1.999.880 acciones.
- i. El 11 de octubre del 2002 Mercobús S.A. transfirió sus 1.999.880 acciones a Buen Aire, S.A. y las acciones de Inversiones Loma Hermosa S.A. quedaron distribuidas así: Inversiones Metalpar S.A., 120 acciones y Buen Aire S.A., 1.999.880 acciones.

22. El 3 de febrero del 2003, fecha en la que las Demandantes solicitaron al CIADI el registro de este arbitraje, las acciones de las sociedades que se mencionan en este proceso estaban distribuidas así:

a) METALPAR S.A (chilena):

Jaime Paredes Gaete:	416.286 acciones
Mario Paredes Gaete:	416.286 acciones
Carlos Paredes Gaete:	416.286 acciones
Inversiones Yelcho S.A.:	22.895.714 acciones
Inversiones Río Baker S.A.:	69.936.000 acciones
Constructora Marga Marga S.A.:	22.749.428 acciones
Total:	116.560.000 acciones

(Anexo A.13 del Memorial de Contestación sobre Jurisdicción de las Demandantes).

b) BUEN AIRE S.A. (chilena):

Jaime Paredes Gaete:	416.286 acciones
Mario Paredes Gaete:	416.286 acciones
Carlos Paredes Gaete:	416.286 acciones
Inversiones Yelcho S.A.:	22.895.714 acciones

Inversiones Río Baker S.A.:	69.936.000 acciones
Constructora Marga Marga S.A.:	22.749.428 acciones
Total:	116.560.000 acciones

(Anexo A.13 del Memorial de Contestación sobre Jurisdicción de las Demandantes).

c) INVERSIONES METALPAR S.A. (chilena):

Metalpar S.A.:	111.832.696 acciones
Jaime Paredes Gaete:	50.050 acciones
Mario Paredes Gaete:	42.350 acciones
Carlos Paredes Gaete:	30.800 acciones
Total:	111.955.896 acciones

(Anexo A.5 del Memorial de Contestación sobre Jurisdicción de las Demandantes).

d) INVERSIONES LOMA HERMOSA S.A. (argentina):

Inversiones Metalpar S.A.:	120 acciones
Buen Aire S.A.:	1.999.880 acciones
Total:	2.000.000 acciones

Además **Metalpar S.A.** había hecho “aportes irrevocables” por US\$32.111.000,00.

(Anexo A del Memorial de Contestación sobre Jurisdicción de las Demandantes; Anexo 1 del Memorial de Demanda).

e) METALPAR ARGENTINA S.A. (argentina):

Inversiones Loma Hermosa S.A.:	1.988.000 acciones
Jaime Paredes Gaete:	12.000 acciones

Además, Inversiones Loma Hermosa S.A. había hecho “aportes irrevocables” por US\$30.022.426,00.

(Anexo A.8 del Memorial de Contestación sobre Jurisdicción de las Demandantes; Anexo 1 del Memorial de Demanda).

23. Las Demandantes afirman que invirtieron en Argentina una suma superior a los US\$30.000.000 (treinta millones de dólares, moneda de los Estados Unidos de América), que fue remitida por **Metalpar S.A.** a Inversiones Loma Hermosa S.A. y transferida por esta a Metalpar Argentina S.A. como aportes irrevocables de capital.

(Anexo 1 del Memorial de Demanda y Anexo B del Memorial de Contestación sobre Jurisdicción).

24. La Demanda planteada involucra varias normas del ordenamiento legal argentino que, para mejor entendimiento, se enumeran a continuación:

- a. **Ley 24.522:** Ley de Concursos y Quiebras.
- b. **Ley 23.298:** Ley de Convertibilidad del 28 de marzo de 1991.
- c. **Decreto 1570/2001:** del 1º de diciembre del 2001 que contiene las reglas a las que se ajustarán las entidades sujetas a la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias del Banco Central de la República Argentina. En ellas se establecen restricciones transitorias para los retiros de dinero en efectivo y las transferencias al exterior y se prohíbe la exportación de billetes y monedas extranjeras.
- d. **Ley 25.561:** Ley de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario, llamada “**Ley de pesificación**”, del 6 de enero del 2002.
- e. **Decreto 71/2002:** Decreto del 20 de enero del 2002 que contiene normas reglamentarias sobre el régimen cambiario establecido por la Ley No. 25.561.
- f. **Decreto 214/2002:** Decreto del 3 de febrero del 2002 sobre el Reordenamiento del Sistema Financiero, que reglamenta la Ley 25.561.
- g. **Comunicación A 3471** del Banco Central de Argentina del 8 de febrero del 2002, que puso en práctica el decreto 260/2002 y eliminó lo establecido por el decreto 71/2002.
- h. **Decreto 260/2002:** Decreto del 8 de febrero del 2002 que eliminó el mercado oficial de cambios.

- i. **Decreto 320/2002:** Decreto del 15 de febrero del 2002 sobre el Reordenamiento del Sistema Financiero, (modificó el Decreto 214/2002).
- j. **Decreto 410/2002:** Decreto del 8 de febrero del 2002 sobre el Reordenamiento del Sector Financiero, (excluyó del sistema de pesificación varios tipos de operaciones).
- k. **Decreto 704/2002:** Decreto del 2 de mayo del 2002 que amplió las exclusiones establecidas en el Decreto 214/2002.
- l. **Decreto 905/2002:** Decreto del 1 de junio del 2002, que encargó al Ministerio de Economía reparar a las entidades financieras los perjuicios que sufrieron por la pesificación.
- m. **Decreto 53/2003:** Decreto del 10 de enero del 2003 que reformó el Decreto 410/2002.
- n. **Ley 25.820:** del 4 de diciembre del 2003 que reformó la ley 25.561.

25. Las Demandantes afirman que invirtieron, directa o indirectamente, en Inversiones Loma Hermosa S.A. y en Metalpar Argentina S.A. y que, a partir de diciembre del 2001, la República Argentina inició un proceso de modificación del sistema financiero y cambiario de su país que afectó sus inversiones.

26. Alegaron, en síntesis, que el Decreto 1570/2001 “viola abiertamente” el APPI que garantiza la libertad de transferencias y que la Ley 25.561, llamada de “Pesificación”, que dispuso que las obligaciones pactadas en dólares de los Estados Unidos debían obligatoriamente convertirse a pesos argentinos y facultó al Poder Ejecutivo a establecer el sistema que determinaría la paridad cambiaria entre el peso argentino y las divisas extranjeras, también viola el APPI.

27. Según las Demandantes, debido a los cambios establecidos “los deudores fueron autorizados a pagar sus obligaciones en pesos argentinos al nuevo valor de mercado, lo que implicó una desvalorización superior al 300% del peso con relación al dólar” (Memorial de Demanda, párrafo 49).

28. Afirman, además que Metalpar Argentina S.A. suscribió varios contratos con distintas personas por un monto total de US\$18.000.000, mediante los cuales ella, como fabricante de vehículos, les dio a esas personas financiación para la compra de esos vehículos. Esos contratos se garantizaron con prendas sobre los vehículos que ella vendía y, en algunos casos, con otras garantías; los créditos se pactaron en dólares, con fundamento en los artículos 617 y 619 del Código de Comercio, vigentes al momento en que se suscribieron. Las Demandantes alegan que “la pesificación [...] implica una expropiación o medida similar en sus efectos sobre los créditos en moneda extranjera que resulta ilegítima e infringe abiertamente las normas del APPI al respecto” (Memorial de Demanda, párrafo 52).

29. Para las Demandantes la situación descrita viola también las normas del APPI, que establecen que al inversionista debe dársele un trato justo y equitativo, y constituyen una expropiación indirecta.

III. POSICIONES DE LAS PARTES EN RELACIÓN CON LA JURISDICCIÓN DEL CENTRO Y LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

A. Posición de la República Argentina

30. En su Memorial sobre Jurisdicción Argentina expuso sus argumentos sobre la alegada falta de jurisdicción del Centro y de competencia del Tribunal:

- a. La adquisición de las acciones de Bus Carrocería S.A. por parte de Inversiones Loma Hermosa S.A. no contiene un elemento de “internacionalización”, ya que ambas sociedades fueron constituidas en la República Argentina y están sujetas al derecho argentino.
- b. El reclamo de las Demandantes se refiere a “cuestiones vinculadas a sujetos regidos por el derecho argentino, sobre materias contractuales también regidas por el derecho argentino” (párrafo 34) y “la actora no ha probado (ni siquiera invocado) que haya alguna participación accionaria de sociedades extranjeras” (párrafo 24).

- c. Las Demandantes no cumplieron con el artículo 123 de la Ley de Sociedades que dice:

“Para constituir sociedad en la República, deberán previamente acreditar ante el juez del Registro que se han constituido de acuerdo con las leyes de sus países respectivos e inscribir su contrato social, reformas y demás documentación habilitante, así como la relativa a sus representantes legales, en el registro Público de Comercio y en el registro Nacional de Sociedades por Acciones en su caso.”
- d. “El carácter de inversor no ha sido acreditado” en el presente caso (párrafo 26).
- e. La prueba aportada por las Demandantes no permite vincular la recepción de los aportes a la financiación de los contratos (párrafo 31).
- f. Las medidas tomadas por la República Argentina no están relacionadas *directamente* con una inversión realizada por las Demandantes:

“‘Directamente’ puede traducirse también como ‘específicamente’. Ambas (sic) términos marcan que la relación entre la medida y la inversión debe poder particularizarse. La medida debe estar dirigida contra la inversión” (párrafo 106).
- g. La Constitución de la República Argentina dispone que nadie puede invocar derechos absolutos y le atribuye al Congreso “[...] la potestad de dictar leyes para proveer lo conducente a la prosperidad del país así como lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social [...]”. “El Estado tiene un deber general de auto preservación” (párrafos 65 y 66).
- h. Las Demandantes no han probado la existencia de una diferencia de naturaleza jurídica relativa a una inversión.
- i. La República Argentina no ha otorgado su consentimiento para someter esta disputa a un tribunal arbitral internacional.
- j. El consentimiento de Argentina a un arbitraje ante el CIADI se dio únicamente para el caso de que se cumplieran los requisitos establecidos en el artículo 25 del Convenio del CIADI, “[...] la jurisdicción del Centro sólo se abre para casos que resulten comprendidos dentro del

ámbito de aplicación del TBI con Chile y que a su vez superen la valla jurisdiccional del Artículo 25.1 del Convenio CIADI [...]” (párrafo 94).

- k. El reclamo no surge directamente de una inversión en los términos del TBI.
- l. Las Demandantes no son las titulares de los derechos de prenda que surgen de los contratos que ellas anexaron a su Memorial de Demanda.
- m. El reclamo no está comprendido en el TBI celebrado entre Argentina y Chile y por eso no es posible sostener que la Demandada haya dado su consentimiento para ser sometida a este Tribunal Arbitral.

31. En su Réplica sobre Jurisdicción, Argentina reiteró el argumento de que en los contratos presentados por las Demandantes no hay un solo elemento internacional que permita apartarse del sistema legal y de la jurisdicción argentina. Reafirmó que las Demandantes no han acreditado que invirtieron en empresas argentinas por medio de actos de transferencia internacional. Retomó su argumento de que en el reclamo de las Demandantes no existe una controversia de naturaleza jurídica y afirmó que la actora presenta un reclamo que no se refiere a “[...] una disputa legal que surge directamente de una inversión” (párrafo 100). Argumentó que falta madurez en el reclamo de las Demandantes pues la ley 25.561 obliga a las partes a renegociar sus deudas para obtener un “reajuste equitativo del precio” (párrafo 115). Afirmó que “[...] el reclamo de Metalpar S.A. y Buen Aire S.A. no se encuentra maduro, a los fines de incoar un reclamo bajo los términos del TBI con Chile” (párrafo 116) pues “[...] a) el inversor tiene que realizar un esfuerzo razonable a los fines de intentar cambiar el acto del Estado que produce el hecho ilícito que genera responsabilidad internacional; b) de no haberse realizado este esfuerzo, no existiría una controversia legal, y por tanto, violación al TBI ni jurisdicción del CIADI. En definitiva, Metalpar S.A. debió renegociar con sus deudores o demandar el precio justo ante los tribunales nacionales antes de intentar una acción por violación de la protección que contempla el TBI” (párrafo 120).

32. En esa réplica, Argentina manifestó nuevamente que en este caso no hay una diferencia de naturaleza jurídica ni una diferencia que surja directamente de una inversión,

por lo que “el consentimiento a la jurisdicción arbitral del CIADI no ha sido otorgado” (párrafo 153). Afirmó que el reclamo es una “mera cuestión contractual” y que Argentina considera que “[...] el reclamo no es un reclamo TBI genuino sino un reclamo comercial camuflado a los efectos de habilitar la jurisdicción del CIADI” (párrafo 158).

B. Posición de Metalpar S.A. y de Buen Aire S.A.

33. En su Memorial de Contestación sobre Jurisdicción las Demandantes argumentaron que la falta de registro del inversionista extranjero, de acuerdo con el artículo 123 de la Ley de Sociedades, no implica nulidad de los actos realizados por este, y que “[...] la consecuencia práctica que puede tener para una sociedad local en la que participan como socios o accionistas sociedades extranjeras no inscriptas, es que la Inspección General de Justicia [...] deniegue a la sociedad local la inscripción de sus actos societarios ante el registro llevado por dicha Inspección [...]” (párrafo 11). Además, alegaron que para el Gobierno de Argentina el accionista extranjero, aunque no se haya inscrito, existe y es considerado como tal en materia de impuestos.

34. Las Demandantes agregaron que Metalpar S.A., Mercobús S.A. e Inversiones Metalpar S.A. fueron registradas ante el Registro Público de Comercio, respectivamente, el 22 de febrero del 2000 con el número 410; el 29 de febrero del 2000 con el número 484 y el 2 de junio del 2000 con el número 1347, todas en el libro 55, tomo B de Estatutos Extranjeros. Por otro lado, Buen Aire S.A. quedó inscrita el 23 de julio del 2004, con el número 691 en el libro 57, tomo B de Estatutos Extranjeros (Anexos A1. y A.4 del Memorial de Contestación sobre Jurisdicción de las Demandantes).

35. Las Demandantes afirman que las sociedades extranjeras pueden operar en Argentina por medio de una sucursal, por una representación permanente o participando como socias en sociedades locales, ya que la ley les permite a los inversionistas utilizar cualquiera de esas formas de organización.

36. Metalpar S.A. y Buen Aire S.A. expresan que adquirieron participaciones en Inversiones Loma Hermosa S.A. y en Metalpar Argentina S.A., que son empresas argentinas en las que ellas son inversionistas.

37. Las Demandantes alegan además que sus inversiones fueron hechas de acuerdo con la Ley de Inversiones Extranjeras y con el artículo 1° del TBI y están documentadas en los créditos que Metalpar Argentina S.A. tiene, según los contratos, contra los compradores de vehículos.

38. Las Demandantes no niegan la facultad del Estado argentino de dictar normas sobre política económica en pos del bien general pero afirman que “[...] tal circunstancia no lo libera de responder por los perjuicios patrimoniales que puedan resultar a los particulares [...]. Agregan que “[...] aún ante situaciones de crisis económica o financiera como la alegada por el Estado Argentino al dictar las normas de pesificación y emergencia, el perjuicio sufrido por los inversores extranjeros METALPAR S.A. y BUEN AIRE S.A. debe ser indemnizado” pues “[...] el Estado debe responder por los perjuicios que pudiera causar su actividad lícita” (Contestación al Memorial sobre Jurisdicción, párrafo 74).

39. Las Demandantes insistieron en que su reclamo no es un asunto entre particulares, pues debido a la pesificación, las obligaciones pactadas en dólares se afectaron, lo cual perjudicó las inversiones de Metalpar S.A. y de Buen Aire S.A. El hecho de que los inversionistas extranjeros no sean parte en los contratos no hace inaplicables las disposiciones del TBI.

40. En relación con la supuesta falta de prueba del monto de los aportes hechos por las Demandantes, ellas explicaron que hicieron sus inversiones por medio de transferencias de Metalpar S.A. a Inversiones Loma Hermosa S.A., por un monto en exceso de \$32.000.000 que ésta posteriormente aportó a Metalpar Argentina S.A.

41. Las Demandantes sostienen que el CIADI tiene jurisdicción para resolver esta controversia pues ellas son inversionistas extranjeras nacionales de Chile, país con el que

Argentina suscribió el TBI. El TBI es ley argentina e internacional y las inversiones se han realizado conforme a dicha legislación. “Las diferencias jurídicas corresponden a las medidas legislativas y reglamentarias que afectan los derechos de los inversionistas al impedir el cumplimiento de las racionales expectativas económicas como son los retornos de sus inversiones” (párrafo 124).

42. Las Demandantes afirmaron (párrafo 130) que su demanda y la estimación de perjuicios hecha por ellas, son prueba *prima facie* de que las medidas adoptadas por Argentina han afectado directamente sus inversiones y por eso el CIADI tiene jurisdicción para dirimir la diferencia que ellas tienen con la República Argentina. Para las Demandantes en este caso “[...] existe una clara conexión lineal entre las diferencias sometidas a arbitraje y las inversiones de las demandantes [...]” (párrafo 143).

43. En relación con el tema del consentimiento, las Demandantes alegaron que, cuando Argentina dio su adhesión al Convenio del CIADI, no hizo ninguna reserva: que no se requiere el acuerdo conjunto de ambas partes para acudir a CIADI; y que basta con que cada una manifieste su consentimiento el cual Argentina dio en los artículos 2 y 3 del APPI. “[E]l consentimiento dado por Argentina en el APPI celebrado con Chile, es de carácter vinculante y no está condicionado a ningún acuerdo posterior entre las partes de la controversia” (párrafo 169).

44. En su Dúplica sobre Jurisdicción las Demandantes afirmaron que en los anexos de su Memorial de Contestación sobre Jurisdicción demostraron que ellas giraron fondos a Inversiones Loma Hermosa S.A. y a Metalpar Argentina S.A.

45. Reiteradamente expresaron las Demandantes que la demanda no pretende que el Tribunal decida sobre los contratos firmados entre Metalpar Argentina S.A. y sus clientes, ya que de lo que se trata es de juzgar el “modo en que la Argentina desbarató los derechos de las Demandantes al entrometerse en tales contratos” (párrafo 39). Más adelante afirmaron que, si bien es cierto que “los contratos y sus garantías son de titularidad de la

vendedora, [...] la empresa vendedora es un conducto o herramienta para la canalización de una inversión de las Demandantes” (párrafo 75).

46. Según las demandantes ni el APPI entre Chile y Argentina ni el Convenio del CIADI exigen que la inversión se haga de manera directa por el inversionista extranjero. Tampoco exigen esos textos que la violación al TBI “haya sido enderezada en forma directa y específica contra la inversión [...]” (párrafo 126). Lo que se requiere es que la disputa surja directamente de la inversión. “Una medida general, en cuanto perjudique una inversión extranjera en violación al APPI, puede dar lugar a una disputa que nace directamente de la inversión y su perjuicio” (párrafo 127).

47. En relación con el artículo 123 de la Ley de Sociedades y el requisito de inscripción, las Demandantes insistieron que dicho requisito no regulariza o da validez a los actos de las sociedades extranjeras sino que es una formalidad registral cuya omisión no les impide a las sociedades operar en Argentina.

48. Sobre el tema de la madurez del reclamo, las Demandantes afirmaron que la Ley 25.561 no obliga a las partes a que busquen un “reajuste equitativo” sino que las autoriza a negociar la búsqueda de un reajuste justo o a buscar un pronunciamiento judicial para lograr un “esfuerzo compartido”. Según ellas, aunque hubieran logrado el esfuerzo compartido hubieran perdido casi un 50% de su inversión lo que “[...] configura la expropiación indirecta parcial” (párrafo 159).

49. Las Demandantes recalcaron que el TBI no contiene un requisito de agotamiento previo de los recursos judiciales locales para acudir al CIADI y que, tampoco el Convenio del CIADI exige ese agotamiento “como requisito de madurez del reclamo”. El TBI solo establece como requisito previo las consultas amistosas entre las partes.

IV. ANÁLISIS DE LAS EXCEPCIONES PLANTEADAS

50. En este caso, al igual que en casi todos los arbitrajes, las partes han reforzado la línea argumental que cada una de ellas ha seguido con citas de las conclusiones de otros tribunales del CIADI o de otras instituciones arbitrales. Aún cuando esas decisiones no son vinculantes, el Tribunal considera que los razonamientos de algunos de esos tribunales son persuasivos e ilustrativos de los criterios jurídicos aplicados en casos en los que se discutieron cuestiones similares a la presente y que, por ende, son útiles para el análisis de los temas planteados por las partes en este asunto. Consiguientemente, el Tribunal los comentará en esta decisión cuando lo estime relevante.

51. Con el objeto de analizar las posiciones antagónicas de las partes con respecto al tema de la jurisdicción del CIADI y la competencia de este Tribunal de Arbitraje para resolver la controversia existente entre las Demandantes y la República Argentina, el Tribunal sintetizará las posiciones de la Demandada y de las Demandantes en ocho preguntas. La respuesta a cada una de ellas constituirá la posición del Tribunal Arbitral sobre el tema en cuestión y conducirá a dilucidar la interrogante sobre el tema de jurisdicción que se ha planteado en esta etapa procesal. Las preguntas y sus respuestas son las siguientes:

A. ¿Tienen las Demandantes la condición de “inversionistas extranjeras” en Argentina, necesaria para que puedan invocar la protección del CIADI?

52. La posición de la República Argentina con respecto a este tema es categórica: según se expresó en los párrafos anteriores (números 30, d y 31), la Demandada afirma que la condición de inversionistas de las Demandantes no ha sido acreditada ni ellas han demostrado que invirtieran suma alguna en empresas argentinas, por medio de actos de transferencia internacional.

53. Por lo contrario, las Demandantes afirman, (como se explica en el párrafo 40 anterior), que Metalpar S.A. remitió a Inversiones Loma Hermosa, S.A. sumas en exceso de

treinta y dos millones de dólares de los Estados Unidos de América, (US\$32.000.000,00) con el objeto de que esta compañía las aportara a Metalpar Argentina, S.A.

54. El Artículo 25 del Convenio del CIADI dispone en su párrafo primero lo siguiente:

“La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado”.

55. Ese párrafo contiene los elementos esenciales que se analizarán en esta parte de esta decisión, a saber: si las Demandantes efectivamente hicieron una inversión en la República Argentina y si esa inversión tiene el carácter de internacional.

56. El Convenio del CIADI no define el concepto de inversión, ni en el Artículo 25 citado ni en ninguna otra norma. Por lo contrario, el artículo 1 del TBI explica con mucha amplitud los alcances del término “inversión” al disponer:

“Para los fines del presente Tratado:

(1) El concepto "inversiones" designa, de conformidad con el ordenamiento jurídico del país receptor, todo tipo de bienes que el inversor de una Parte Contratante invierte en el territorio de la otra Parte Contratante de acuerdo con la legislación de ésta, en particular, pero no exclusivamente:

a) la propiedad de bienes muebles e inmuebles y demás derechos reales, como hipotecas y derechos de prenda;

b) acciones, derechos de participación en sociedades y otros tipos de participaciones en sociedades, como también la capitalización de utilidades con derecho a ser transferidas al exterior;

c) obligaciones o créditos directamente vinculados a una inversión, regularmente contraídos y documentados según las disposiciones vigentes en el país donde esa inversión sea realizada [...].”

57. La Ley de Inversiones Extranjeras de Argentina, dice:

“ARTICULO 1 - Los inversores extranjeros que inviertan capitales en el país en cualquiera de las formas establecidas en el Artículo 3 destinados a la promoción de actividades de índole económica, o a la ampliación o perfeccionamiento de las existentes, tendrán los mismos derechos y obligaciones que la Constitución y las leyes acuerdan a los inversores nacionales, sujetos a las disposiciones de la presente ley y de las que se contemplen en regímenes especiales o de promoción.

ARTICULO 2 - A los fines de la presente ley se entiende por:

1. Inversión de capital extranjero:

(a) Todo aporte de capital perteneciente a inversores extranjeros aplicado a actividades de índole económica realizadas en el país.

(b) La adquisición de participaciones en el capital de una empresa local existente, por parte de inversores extranjeros.

2. Inversor extranjero: Toda persona física o jurídica domiciliada fuera del territorio nacional, titular de una inversión de capital extranjero, y las empresas locales de capital extranjero definidas en el próximo inciso de este artículo, cuando sean inversoras en otras empresas locales.

3. Empresa local de capital extranjero: Toda empresa domiciliada en el territorio de la República, en el cual personas físicas o jurídicas domiciliadas fuera de él, sean propietarias directa o indirectamente de más del 49 % del capital o cuenten directa o indirectamente con la cantidad de votos necesarios para prevalecer en las asambleas de accionistas o reuniones de socios.

4. [...]

ARTICULO 3 - La inversión extranjera podrá efectuarse en:

1. Moneda extranjera de libre convertibilidad.

2. Bienes de capital, sus repuestos y accesorios.

3. Utilidades o capital en moneda nacional pertenecientes a inversores extranjeros, siempre que se encuentren legalmente en condiciones de ser transferidos al exterior.

4. Capitalización de créditos externos en moneda extranjera de libre convertibilidad.

5. Bienes inmateriales, de acuerdo con la legislación específica.

6. Otras formas de aporte que se contemplen en regímenes especiales o de promoción”.¹

58. Como se puede observar, el Tratado y la Ley citados consignan un concepto amplio de “inversión” y, además, señalan algunas de las formas mediante las cuales ella puede realizarse. En relación con las inversiones en sociedades el Tratado incluye las acciones, los derechos de participación y otros tipos de participaciones y la capitalización de utilidades con derecho a ser transferidas al exterior. La Ley emplea la expresión amplia de “participaciones en el capital de una empresa”.

59. Según se indica en el párrafo 23 anterior, mediante el Anexo 1 del Memorial de Demanda y el Anexo B del Memorial de Contestación sobre Jurisdicción, las Demandantes demostraron que Metalpar S.A. remitió a Inversiones Loma Hermosa S. A. más de treinta y dos millones de dólares, moneda de los Estados Unidos de América (US\$32.000.000,00), con el propósito de que esa sociedad aportara esa suma a Metalpar Argentina S.A. A juicio del Tribunal, el envío de ese dinero por parte de una sociedad chilena a otra argentina, constituye un caso típico de una inversión extranjera según el citado artículo 1 del TBI y el 25 del Convenio del CIADI.

60. Como se ha explicado, respecto al tema que aquí se analiza la objeción de Argentina a la jurisdicción del CIADI se funda en que:

- a) Las Demandantes no demostraron haber hecho una inversión en Argentina;
- b) La sociedad que figura como acreedora en los contratos con garantía prendaria es argentina;
- c) Las Demandantes no han probado que hubieren “**tomado control de las sociedades argentinas**” y;
- d) La falta de registro de las Demandantes, que son sociedades chilenas, en Argentina.

61. El primer tema ya fue examinado en los párrafos precedentes; el último será analizado en la sección siguiente de esta decisión. Para determinar si las Demandantes tienen la condición de “inversionistas extranjeras” en Argentina, corresponde examinar lo referente a si ellas podían invocar la protección del CIADI, por su condición de accionistas de las sociedades argentinas o si estas debieron haber accionado directamente. También

será necesario analizar si ellas tenían el “control” de las sociedades argentinas al que se refieren los párrafos 24 y 50 del Memorial sobre Jurisdicción de Argentina y los números 18, 50, 74 y 75 de la Réplica formulada por esa Nación.

62. Además de negar que las Demandantes hubieran realizado inversión alguna en Argentina, la Demandada sugiere que, si hubiera alguna base para hacerlo –lo que ella niega- las sociedades argentinas serían las autorizadas a formular el reclamo. Con respecto al tema de si la inversión debió hacerse directamente o si, como ocurre en el presente caso, una sociedad chilena (Metalpar S.A.) remitió el dinero a una argentina (Inversiones Loma Hermosa, S.A.) para que esta, a su vez, lo aportara a otra sociedad argentina (Metalpar Argentina, S.A.), como se verá el asunto ya ha sido planteado, discutido y resuelto en muchos otros procesos arbitrales, en el sentido de que un accionista, puede, legítimamente, reclamar los perjuicios sufridos. Este Tribunal comparte plenamente esa conclusión.

63. De acuerdo con sus declaraciones introductorias, el TBI tiene por propósito “servir para estimular la iniciativa económica privada”. En este marco considera comprendidas dentro de su ámbito a las inversiones que un nacional de Chile haga en Argentina, o viceversa, de acuerdo con “el ordenamiento jurídico del país receptor”. Este texto señala igualmente que “Ninguna modificación de la forma jurídica según la cual los activos y capitales hayan sido invertidos [...] afectará su calificación de inversiones de acuerdo con el presente Tratado”. Por su parte, el artículo 2, inciso 1(a) de la Ley de Inversiones Argentina califica como inversión extranjera “Todo aporte de capital perteneciente a inversores extranjeros aplicado a actividades de índole económica realizadas en el país”.

64. La interpretación de los alcances de las disposiciones del TBI antes citadas debe hacerse de buena fe y atendiendo al significado comúnmente reconocido a los términos del TBI, de acuerdo con su contexto y sus objetivos. Así lo establece el artículo 31(1) de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969².

65. Corresponde, por ende, preguntarse si cuando la inversión extranjera se hace utilizando un vehículo jurídico en el país receptor, como es el caso de Inversiones Loma

Hermosa S.A., la inversión se desnaturaliza. A la luz de las normas antes citadas, el Tribunal considera que la protección del TBI debe entenderse referida a las inversiones aplicadas a actividades económicas, independientemente del medio utilizado al efecto. No existe en el TBI ni en la Ley de Inversiones ningún requisito que permita concluir que las inversiones indirectas no están amparadas por el TBI y, que, en consecuencia, quienes las hicieron no pueden acudir al CIADI.

66. En el presente caso, el propósito de las Demandantes fue el de utilizar a Inversiones Loma Hermosa S.A., para inyectar a Metalpar Argentina capital de trabajo que le permitiera desarrollar su actividad de fabricación, venta y financiamiento de buses. El hecho de que la inversión se canalizara de esa manera no puede tener la consecuencia de negarle a esa inversión la protección del CIADI

67. Uno de los tribunales a los que se refiere el párrafo 62 anterior, en un arbitraje contra Argentina, analizó este tema y dispuso:

“El Tribunal está convencido de que también en este caso las Demandantes tienen *ius standi* para presentar demandas independientemente, puesto que son inversionistas protegidos con arreglo a lo estipulado en el Tratado. El derecho de las Demandantes a entablar acciones independientemente está firmemente establecido en el Tratado y no hay razones para sostener lo contrario en relación con la presente controversia. Esta situación tampoco es contraria al derecho internacional ni a la práctica y decisiones del CIADI.

La letra y el espíritu del Tratado son claros en que se refiere a brindar también esa protección a los accionistas minoritarios o indirectos. El Tribunal destaca asimismo que la definición de inversión con arreglo a lo dispuesto en el Artículo I (1)(a) del Tratado se refiere expresamente a la propiedad o el control directos o indirectos por parte de extranjeros [...]

Ante esta disposición tan explícita, el Tribunal sólo puede concluir que las inversiones indirectas están protegidas específicamente por el Tratado”.³

68. En consecuencia, el Tribunal estima que, en este caso, quedó demostrado que las Demandantes –sociedades chilenas—hicieron una inversión en Argentina lo que las facultaba a invocar la protección del CIADI, por ser accionistas de unas sociedades argentinas. A juicio del Tribunal, el tema de si las sociedades chilenas ejercían el **control** de las argentinas es irrelevante, en primer lugar porque sí lo tenían y, en segundo porque

aún si hubieran sido minoritarias, podrían haber acudido al CIADI, según ha sido reiteradamente resuelto por otras decisiones de tribunales arbitrales cuyo contenido este tribunal comparte.

69. A manera de ejemplo de lo dicho, se consigna a continuación un párrafo de una decisión arbitral que confirma lo expresado:

“Tal y como lo establece el Artículo (1)(2)(b) del Tratado, son considerados como inversiones ‘todo aporte directo o indirecto’, incluyendo ‘las acciones, cuotas societarias y toda otra forma de participación, aún las minoritarias o indirectas ...’. En consecuencia se trata de un reclamo directo ya que Camuzzi reclama por la violación de los derechos que le corresponden en virtud del Tratado y no por la violación de los derechos contractuales de las Concesionarias, sin perjuicio de haber efectuado la inversión en y por medio de sociedades locales, es decir, sin perjuicio de que Camuzzi no opere directamente su inversión en la República Argentina”.⁴

70. En relación con el derecho de las Demandantes a iniciar acciones internacionales basadas en el TBI, el artículo 8 de éste señala que él comprende “[...] a las inversiones que se realicen a partir de su entrada en vigor por nacionales o sociedades de una Parte Contratante en el territorio de la otra”. La inversión de las Demandantes se realizó cuando el TBI ya estaba vigente por lo que están amparadas por él y, consecuentemente, gozan de la protección del CIADI. El artículo 10 del propio TBI ratifica este concepto al establecer que las controversias “entre una Parte Contratante y un nacional o sociedad de la otra Parte Contratante” pueden, luego de agotar la etapa de consultas amistosas, ser sometidas a arbitraje internacional ante CIADI u otros órganos de arbitraje señalados en dicho artículo.

71. Por lo dicho, el Tribunal Arbitral estima que las Demandantes tienen la condición de inversionistas extranjeras en Argentina y que estarían facultadas para acudir a la protección del CIADI, según el Tratado Bilateral de Inversión celebrado entre la República Argentina y Chile y el Convenio del CIADI, siempre que cumplan los demás requisitos para gozar de esa protección, lo que se analizará en los párrafos siguientes.

B. ¿Debieron las Demandantes hacer algún registro para perfeccionar su inversión?

72. Según se explicó anteriormente, Argentina sostiene que, antes de que las Demandantes pudieran tomar el control de Inversiones Loma Hermosa S.A. y de Metalpar Argentina S.A., ambas sociedades argentinas, debieron haberse inscrito en el Registro Público de Comercio de ese país a fin de dar cumplimiento al artículo 123 de la Ley de Sociedades Comerciales. A continuación el Tribunal analizará los alcances de ese registro y las consecuencias de su omisión.

73. A fines del año 1980 entró en vigencia en la República Argentina la Ley 22.315, llamada Ley Orgánica de la Inspección General de Justicia, que cambió la denominación de la “inspección general de personas jurídicas” por la de “inspección general de justicia”. Esa Ley dispone que será de aplicación en la Capital Federal y en todo el territorio de Argentina y, en lo que interesa a este caso, su artículo 3 establece:

“La inspección general de justicia tiene a su cargo las funciones atribuidas por la legislación pertinente al Registro público de Comercio y la fiscalización de las sociedades por acciones [...] de las constituidas en el extranjero que hagan ejercicio habitual en el país de actos comprendidos en su objeto social, establezcan sucursales, asiento o cualquier otra especie de representación permanente [...]”.

74. El artículo 4 de la mencionada Ley Orgánica de la Inspección General de Justicia le encarga a esa entidad organizar y llevar el “Registro público de comercio” y el “Registro Nacional de sociedades extranjeras”. El artículo 8 señala las funciones de la Inspección General de Justicia “[...] con respecto a las sociedades constituidas en el extranjero que hagan en el país ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social, establezcan sucursal, asiento o cualquier otra especie de representación permanente”. Entre esas funciones se encuentra, específicamente, la de “Controlar y conformar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 118 de la ley de sociedades comerciales y determinar las formalidades a cumplir en el caso del artículo 119 de la misma ley [...]”.

75. Los mencionados artículos 118 y 119 disponen, literalmente:

“ARTICULO 118.- La sociedad constituida en el extranjero se rige en

cuanto a su existencia y formas por las leyes del lugar de constitución.

Actos aislados.

Se halla habilitada para realizar en el país actos aislados y estar en juicio.

Ejercicio habitual.

Para el ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social, establecer sucursal, asiento o cualquier otra especie de representación permanente, debe:

- 1) Acreditar la existencia de la sociedad con arreglo a las leyes de su país.
- 2) Fijar un domicilio en la República, cumpliendo con la publicación e inscripción exigidas por esta ley para las sociedades que se constituyan en la República;
- 3) Justificar la decisión de crear dicha representación y designar la persona a cuyo cargo ella estará.

Si se tratare de una sucursal se determinará además el capital que se le asigne cuando corresponda por leyes especiales”.

“ARTICULO 119.- El artículo 118 se aplicará a la sociedad constituida en otro Estado bajo un tipo desconocido por las leyes de la República. Corresponde al Juez de la inscripción determinar las formalidades a cumplirse en cada caso, con sujeción al criterio del máximo rigor previsto en la presente ley”.

76. El artículo 13 de la comentada ley 22.315 establece:

“Las sanciones para sociedades por acciones y para las contempladas en el artículo 8 son las establecidas por el artículo 302 de la ley de sociedades comerciales”.

77. El citado artículo 302 de la Ley de Sociedades Comerciales (número 19550) establece las sanciones que podrán imponerse “[...] en caso de violación de la ley, del estatuto o del reglamento [...]” que son, en resumen, las de apercibimiento, apercibimiento con publicación y multas a la sociedad, sus directores y síndicos.

78. El artículo 123 de la citada ley 19.550 dispone:

“Para constituir sociedad en la República, deberán previamente acreditarse ante el juez del Registro que se han constituido de acuerdo con las leyes de sus países respectivos e inscribir su contrato social, reformas y demás documentación habilitante, así como la relativa a sus representantes legales, en el registro Público de Comercio y en el registro Nacional de Sociedades por Acciones en su caso”.

79. Argentina afirma en el párrafo 50 de su Memorial sobre Jurisdicción que “[...] la interpretación jurisprudencial dominante [...] asimila la toma de participación de control a la constitución de una filial argentina por una sociedad extranjera [...]”. Sin embargo, Argentina no ha demostrado los alcances de esa “interpretación jurisprudencial dominante”,

80. La Inspección General de Justicia de la República Argentina (IGJ) que, como ya se indicó, es la entidad encargada de desempeñar las funciones del Registro Público de Comercio y de fiscalizar, entre otras, a la sociedades constituidas en el extranjero, dispuso en su Resolución General 7/2003, de fecha 19 de setiembre del 2003 lo siguiente: “[...] no inscribirá en el Registro Público de Comercio los instrumentos correspondientes a asambleas o reuniones de socios en las que hubieren participado, ejerciendo el derecho de voto, sociedades constituidas en el extranjero no inscriptas a los fines del artículo 123 de la Ley No. 19.550, cualquier haya sido la cuantía de dicha participación, siempre que los votos emitidos, por sí o en concurrencia con los de otros participantes, hayan sido determinantes para la formación de la voluntad social”.

81. En el párrafo 14 de su Memorial de Contestación sobre Jurisdicción, las Demandantes señalaron y demostraron las fechas en las que ellas y sus filiales argentinas quedaron inscritas en el Registro Público de Comercio el cual depende, como se indicó, de la Inspección General de Justicia. En lo que interesa, esas fechas son las siguientes:

Metalpar S.A.: 22 de febrero del año 2000;
Buen Aire S.A.: 23 de julio del año 2004.

82. Es evidente, entonces, que la inscripción de Metalpar S.A. en el indicado registro ocurrió antes del registro de la solicitud de arbitraje e, incluso, antes de que se suscitara los conflictos que originaron este proceso. En lo que respecta a Buen Aire S.A. la inscripción fue posterior a ambas fechas. Resta entonces determinar cuáles son las consecuencias de la falta de registro oportuno por parte de Buen Aire S.A. A juicio de la República Argentina, esa omisión es de tal trascendencia que obliga a negarles a las Demandantes el acceso a la protección del CIADI. Para éstas, en cambio, según la mencionada Resolución General 7/2003 la consecuencia de la falta de inscripción es que, mientras no se efectúe, no podrán inscribirse en el Registro Público de Comercio los instrumentos que señala esa resolución.

83. Como ya se indicó anteriormente, la Ley Orgánica de la Inspección General de Justicia en relación con la Ley de Sociedades Comerciales, señala las sanciones que pueden

imponerse por las violaciones de la ley, el estatuto o el reglamento, entre las cuales estaría comprendida la falta de inscripción de una sociedad extranjera en el Registro Público de Comercio. Esas sanciones son, resumidamente, apercibimiento y multas, a la sociedad y a sus directores.

84. A juicio del Tribunal, la falta de registro oportuno podría sancionarse denegando la inscripción de determinados documentos de la sociedad, mediante el apercibimiento, o la imposición de una multa a la sociedad o a sus funcionarios, pero sería desproporcionado castigar esa omisión negándole al inversionista una protección esencial como es el acceso a los tribunales arbitrales del CIADI. Además, sería ilógico admitir que determinada conducta (la falta de registro oportuno) para la que el ordenamiento legal argentino prevé unas sanciones específicas pudiera sancionarse, además, de otra forma no prevista en ese ordenamiento.

85. Finalmente, sobre este tema, advierte el Tribunal que, como se expresó anteriormente, la inscripción de Metalpar S.A. en el Registro Público de Comercio, efectuada el 22 de febrero del 2000 es –según se indicó– anterior a los hechos que motivaron la disputa entre las partes. Por ello, esa sociedad pudo iniciar este proceso, con independencia de Buen Aire S.A., aún cuando esta hubiera estado impedida de hacerlo tesis que, como ya se dijo, el Tribunal no comparte. Por las razones expuestas, el Tribunal Arbitral concluye que Metalpar S.A. se registró en el momento adecuado en el Registro Público de Comercio y que, aunque el registro de Buen Aire, S.A. ocurrió posteriormente, esa omisión no les impide a las Demandantes acudir al CIADI.

C. ¿Se trata de una disputa de naturaleza jurídica que surge *directamente* de una inversión?

86. En este arbitraje, al igual que en otros en los que se han discutido temas semejantes, la palabra *directamente*, tiene gran trascendencia en dos contextos distintos: el analizado en el párrafo 62 anterior que alude, esencialmente, a la discusión de si un accionista puede o

no formular un reclamo, y en el que concierne a si la diferencia surge *directamente* de una inversión. A este segundo tema nos referiremos seguidamente.

87. De nuevo, Argentina tiene, también sobre este tema, una posición contundente pues, en su criterio, las medidas tomadas por ella no están relacionadas directamente con una inversión realizada por las Demandantes. En su criterio, *directamente* es sinónimo de *específicamente* y ello significa que las medidas que se cuestionen deben estar dirigidas directamente contra la inversión. En este caso -según Argentina- las Demandantes no han probado la existencia de una diferencia de naturaleza jurídica relativa a una inversión ni su reclamo surge directamente de una inversión en los términos del TBI (párrafo 30, f, y h).

88. En criterio de Metalpar S.A. y de Buen Aire S.A., el hecho mismo de que ellas se hubieran visto precisadas a presentar esta demanda arbitral es prueba *prima facie* de que las medidas adoptadas por Argentina afectaron directamente sus inversiones y, además, existe una clara conexión entre esas inversiones y el reclamo formulado por ellas.

89. Para iniciar el análisis de este asunto debe reconocerse que no existe en el Convenio una explicación de los alcances de los términos “diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión” que aparecen en su artículo 25(1) como requisito de acceso a la jurisdicción CIADI. El texto de dicha norma, sin embargo, no deja dudas de que la calificación de “directa” se exige respecto de la disputa jurídica y no de la inversión.

90. El requisito de “directa” para tener acceso al CIADI alude a la disputa misma. Esta debe ser de naturaleza jurídica y estar relacionada con la inversión de modo directo. En el caso de autos, las Demandantes pretenden una indemnización de la República Argentina por el detrimento que, argumentan, sufrió su inversión a consecuencia de las medidas de emergencia dictadas por el Estado argentino. La existencia del derecho a percibir una indemnización requiere de un sustento jurídico a reclamarla, que las Demandantes encuentran en el TBI suscrito entre Chile y Argentina. Se trata, por ende, de determinar si conforme a dicho tratado, las Demandantes tienen derecho a ser indemnizadas por el Estado argentino, cuestión que constituye, sin lugar a dudas, una discusión de naturaleza jurídica.

91. La siguiente cuestión es determinar si la disputa jurídica antes esbozada surge directamente de una inversión. El concepto “directamente” tampoco tiene una definición en el Convenio CIADI, por lo que corresponde interpretarlo de buena fe y de conformidad con el significado ordinario de los términos, de acuerdo con el contexto en que fue formulado y a la luz del objeto de ese convenio, según dispone el artículo 31(3) de la Convención de Viena.

92. El mencionado requisito puede ser analizado de diversas maneras. De un lado, podría interpretarse restrictivamente señalándose que, cuando exista ambigüedad sobre el sentido de las cláusulas que otorguen competencia para resolver conflictos entre estados e inversionistas, esa ambigüedad debe aclararse de forma tal que prevalezca la soberanía del estado involucrado. Sin embargo, no existe regla alguna que sustente una interpretación restrictiva del arbitraje. Por el contrario, si se atiende a la regla de buena fe en la interpretación, no debe admitirse que la interpretación del convenio coloque en desventaja al inversionista que busca satisfacción por medio del arbitraje.

93. El profesor Christoph Schreuer se refiere a este tema de la siguiente manera:

“The requirement of directness relates to the dispute in relation to the investment. It does not relate to the investments as such. In *Fedax v. Venezuela*, the Respondent argued that the disputed transaction, debt instruments issued by the Republic of Venezuela, was not a “direct foreign investment” and therefore could not qualify as an investment under the Convention. The Tribunal rejected this argument. It pointed out that “jurisdiction can exist even in respect of investments that are not direct, so long as the dispute arises directly from such transaction.”⁵

“El requisito de ser directa se refiere a la disputa en relación con la inversión. No se refiere a las inversiones como tales. En *Fedax c. Venezuela*, la Demandada argumentó que la transacción que originó la disputa – instrumentos de deuda emitidos por la República de Venezuela --no era una “inversión extranjera directa” y, por lo tanto, no calificaba como una inversión según el Convenio. El Tribunal rechazó este argumento y señaló que la “jurisdicción puede existir incluso con respecto a inversiones que no sean directas, con tal de que la disputa surja directamente de esa transacción” (Traducción libre del Tribunal).

94. Ese mismo autor agrega:

“The requirement of directness is one of the objective criteria for jurisdiction and is, therefore, independent of the parties’ consent. This means that, no matter what the parties have agreed, the dispute must not only be connected to an investment but must also be reasonably closely connected.”⁶

“El requisito de ser directo es uno de los criterios objetivos de la jurisdicción y es, por lo tanto, independiente del consentimiento de las partes. Esto significa que, no importa lo que las partes hayan convenido, la disputa no solo debe estar conectada con una inversión sino que debe tener una conexión razonablemente próxima” (Traducción libre del Tribunal).

95. A juicio del Tribunal, para que la disputa de naturaleza jurídica surja “directamente” de la inversión, debe existir una relación de “causa-efecto” inmediata entre los actos del Estado anfitrión y los efectos de tales actos en las inversiones protegidas; debe poder establecerse un nexo causal de primera mano entre la inversión y los hechos del Estado receptor que producen su afectación. Ello no significa, sin embargo, que las medidas adoptadas por el Estado deban estar dirigidas concretamente contra la inversión. Basta con que pueda establecerse un vínculo inmediato (por oposición a remoto) entre la afectación de la inversión y los actos que la originan.

96. Este tema, de la relación directa que debe existir entre la inversión y la diferencia de naturaleza jurídica que surge de ella, también ha sido examinado y dilucidado, de manera convincente a juicio de este Tribunal Arbitral, por otros tribunales de CIADI y por la doctrina.

97. En el caso de Camuzzi International S.A. contra Argentina el Tribunal expresó lo siguiente:

“(vi) El Tratado no exige que la o las medidas del gobierno argentino impugnadas estén dirigidas única, individual y concretamente a la inversión específica realizada por la Demandante. Según el Artículo 12(1) del Tratado, se requiere sólo que exista una 'controversia relativa a las inversiones... respecto de las materias regidas por el (Tratado)'. Y el Convenio, en su Artículo 25(1) exige únicamente 'diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión'. En consecuencia la cuestión a considerar es la de determinar si Argentina, en relación con éste caso, violó las garantías referidas en el Tratado y si esa violación produjo o no daños o pérdidas directas en relación con inversiones hechas bajo el régimen del Tratado”.⁷

98. Según lo expuesto, en criterio del Tribunal, en este caso existe una relación directa entre las medidas tomadas por la República Argentina y las inversiones de las Demandantes, la cual originó la diferencia de naturaleza jurídica que se pretende resolver mediante este proceso, el cual tiene como propósito –en última instancia- decidir si a Argentina le cabe alguna responsabilidad pecuniaria por haber tomado esas medidas.

D. ¿Dio Argentina su consentimiento para que esta disputa fuera resuelta por un Tribunal de Arbitraje del CIADI?

99. La República Argentina de manera enfática afirma que ella no otorgó su consentimiento para someter esta disputa a un Tribunal Arbitral del CIADI. Según ella, el consentimiento que dio fue únicamente “[...] para casos que resulten comprendidos dentro del ámbito de aplicación del TBI con Chile y que a su vez superen la valla jurisdiccional del Artículo número 25.1 del Convenio CIADI [...]” (párrafo 30 anterior, inciso j).

100. Por su parte, las Demandantes afirman que, cuando Argentina suscribió y ratificó el convenio que creó el CIADI no hizo ninguna reserva; que no se requiere el acuerdo conjunto de ambas partes para acudir al CIADI sino que basta con que cada una manifieste su consentimiento y que, en lo que interesa a este caso, Argentina dio su consentimiento en los artículos 2 y 3 del Tratado Bilateral de Inversiones que ella celebró con Chile el cual “[...] es de carácter vinculante y no está condicionado a ningún acuerdo posterior entre las partes de la controversia” (párrafo 43 anterior).

101. Ciertamente, el consentimiento es uno de los elementos fundamentales para establecer la jurisdicción del Centro y la competencia del Tribunal. En el informe de los Directores Ejecutivos del Banco Mundial que acompañó la publicación del Convenio se señaló lo siguiente:

“23. El consentimiento de las partes es la piedra angular en que descansa la jurisdicción del Centro. El consentimiento a la jurisdicción debe darse por escrito y una vez dado no puede ser revocado unilateralmente. (Artículo 25 (1)).

24. El consentimiento de las partes debe existir en el momento en que se presenta la solicitud al Centro (Artículo 28 (3) y 36 (3)), pero el convenio no especifica en forma alguna el momento en que debe darse el consentimiento. El consentimiento puede darse, por ejemplo, en las cláusulas de un contrato de inversión, que disponga la sumisión al Centro de las diferencias futuras que puedan surgir de ese contrato, o en compromiso entre las partes respecto a una diferencia que ya hayan surgido. El convenio tampoco exige que el consentimiento de ambas partes se haga constar en un mismo instrumento. Así, un Estado receptor pudiera ofrecer en su legislación sobre promoción de inversiones, que se someterán a la jurisdicción del Centro las diferencias producidas con motivo de ciertas clases de inversiones, y el inversionista puede prestar su consentimiento mediante aceptación por escrito de la oferta”.⁸

102. La práctica de que los Estados, en su afán de atraer inversiones, otorguen su consentimiento al CIADI, se ha vuelto muy común. Como lo señala el Profesor Schreuer:

“Consent through BITs has become accepted practice. Some capital exporting States have developed their own national practice in this regard, usually through the use of model BITs”⁹

“Expresar el consentimiento por medio de TBIs se ha convertido en una práctica aceptada. Algunos estados exportadores de capital han desarrollado su propia práctica en esta materia, usualmente por medio del uso de TBIs modelos” (Traducción libre del Tribunal).

103. El 21 de mayo de 1991 Argentina firmó el Convenio del CIADI el cual entró en vigencia en ese país el 18 de noviembre de 1994. El 2 de agosto de 1991 suscribió el TBI, que fue aprobado mediante la ley 24342, promulgada el 4 de julio de 1994.

104. Cuando lo suscribió, Argentina no hizo ninguna manifestación en el sentido de que condicionaba su aceptación del Convenio del CIADI a un consentimiento específico en cada caso o a algún otro hecho.

105. Sobre el tema de arbitraje el TBI dispone:

“Artículo 10. Solución de controversias relativas a inversiones:

1. Toda controversia relativa a las inversiones, en el sentido del presente Tratado, entre una Parte Contratante y un nacional o sociedad de la otra Parte Contratante será, en la medida de lo posible, solucionada por consultas amistosas entre las dos partes en la controversia.

2. Si la controversia no hubiera podido ser solucionada en el término de seis meses a partir del momento en que hubiera sido planteada por una u otra de las partes, será sometida, a pedido del nacional o sociedad.

-o bien a las jurisdicciones nacionales de la Parte Contratante implicada en la controversia;

- o bien al arbitraje internacional en las condiciones descritas en el párrafo 3.

Una vez que un nacional o sociedad haya sometido la controversia a las jurisdicciones de la Parte Contratante implicada o al arbitraje internacional, la elección de uno u otro de esos procedimientos será definitiva.

3. En caso de recurso al arbitraje internacional la controversia podrá ser llevada ante uno de los órganos de arbitraje designados a continuación a elección del nacional o sociedad:

- al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (C.I.A.D.I.), creado por el "Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a las Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados", abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965, cuando cada Estado parte en el presente Convenio haya adherido a aquél. Mientras esta condición no se cumpla, cada Parte Contratante da su consentimiento para que la controversia sea sometida al arbitraje conforme con el Reglamento del Mecanismo Complementario del C.I.A.D.I.;

- a un tribunal de arbitraje ad-hoc establecido de acuerdo con las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (C.N.U.D.M.I.).

4.[...]"

106. El Tribunal Arbitral es del criterio de que Argentina dio su consentimiento, de manera clara e inequívoca, en los artículos 2 y 3 del TBI que suscribió con Chile, para que las disputas originadas en inversiones hechas por nacionales de ese país en Argentina fueran resueltas por Tribunales del CIADI.

E. ¿Se trata de un reclamo de orden contractual?

107. A juicio de la República Argentina, el reclamo de las Demandantes se refiere a “[...] cuestiones vinculadas a sujetos regidos por el derecho argentino, sobre materias contractuales también regidas por el derecho argentino [...]”. Concluye que una reclamación contractual no puede gozar del amparo del CIADI (párrafo 30, b).

108. Las Demandantes tienen, sobre este tema, una posición diametralmente opuesta a la de Argentina. De forma reiterada expresaron que la demanda no pretende que el Tribunal decida sobre los contratos firmados entre Metalpar Argentina, S.A. y sus clientes y que de lo que se trata es de juzgar el “[...] modo en que la Argentina desbarató los derechos de las Demandantes al entrometerse en tales contratos” (párrafo 45 anterior).

109. Efectivamente, existen situaciones en las que el origen del reclamo no es claro y es preciso acudir a delicados razonamientos para determinar si debe permitirse que sea resuelto por un Tribunal Arbitral del CIADI. Por ejemplo, en el caso de Sempra, el Tribunal dijo lo siguiente:

“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*; 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”.¹⁰

“[...] 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.”¹¹

110. En este caso, el Tribunal estima que no se da tal posibilidad de confusión pues no existe una relación contractual cuyo cumplimiento o incumplimiento se cuestione, o que haya originado unos daños o perjuicios que se pretende recuperar por medio de este proceso arbitral. Esta demanda arbitral no se refiere, en absoluto, a las relaciones contractuales existentes entre las Demandantes (o específicamente entre la subsidiaria de las Demandantes denominada Metalpar Argentina S.A.) y sus clientes. Lo que las Demandantes en este proceso pretenden –con o sin razón- es que el Tribunal Arbitral

decida que Argentina debe indemnizarlas por los perjuicios económicos que ellas sufrieron por las medidas tomadas por las autoridades de esa Nación, a partir de diciembre del año 2001. En la oportunidad procesal debida el Tribunal resolverá sobre la procedencia de ese reclamo; por el momento rechaza esta argumentación de la Demandada como base de una supuesta falta de jurisdicción y declara que, en su criterio, el reclamo de los Demandantes no es de origen contractual sino que está basado claramente en el TBI y en el Convenio del CIADI, por la referencia que el TBI hace a este.

F. ¿Estaba Argentina facultada para dictar las medidas de emergencia que promulgó?

111. La Demandada considera que el reclamo planteado por las Demandantes implica un cuestionamiento de sus facultades como Estado soberano. Afirma que la Constitución de la República Argentina dispone que nadie puede invocar derechos absolutos y le atribuye al Congreso “[...] la potestad de dictar leyes para proveer lo conducente a la prosperidad del país así como lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social [...]”. Agrega que el “[...] Estado tiene un deber general de auto preservación” (párrafo 30, g).

112. Las Demandantes afirman que ellas no niegan la facultad del Estado argentino de dictar normas sobre política económica, en pos del bien general pero sostienen que “[...] tal circunstancia no lo libera de responder por los perjuicios patrimoniales que puedan resultar a los particulares [...]”. Agregan que “[...] aún ante situaciones de crisis económica o financiera como la alegada por el Estado argentino al dictar las normas de pesificación y emergencia, el perjuicio sufrido por los inversores extranjeros METALPAR S.A. y BUEN AIRE, S.A. debe ser indemnizado” pues “[...] el Estado debe responder por los perjuicios que pudiera causar su actividad lícita” (párrafo 38 anterior).

113. Sobre este tema otro tribunal arbitral dijo lo siguiente:

“[...] la función del Tribunal no es estudiar medidas de política económica general ni decidir si éstas son correctas o incorrectas. Su único deber consiste en examinar oportunamente 'si medidas específicas que afectan la inversión del Demandante, o

medidas generales de política económica que tienen una relación directa con esa inversión, han sido adoptadas en contravención a los compromisos jurídicamente obligatorios adquiridos con el inversionista mediante los tratados, la legislación o los contratos”¹².

114. Aún cuando esta discusión atañe más al fondo de la controversia a la que se refiere este arbitraje que al tema de la jurisdicción que se discute en esta etapa del proceso, el Tribunal Arbitral optó por referirse a él por ser un asunto medular. La respuesta del Tribunal a la interrogante planteada es la de que no existe la menor duda de que el Estado argentino puede “Proveer lo conducente a la prosperidad del país”, como lo dispone el inciso 18 del artículo 75 de su Constitución Nacional. Sin embargo, para este Tribunal la existencia de ese poder soberano no debe impedir que se analice el tema de si, cuando los actos del Estado perjudican a inversionistas cuyas inversiones se ha obligado a proteger, según un acuerdo bilateral de protección de las inversiones, ese Estado debe responder por las consecuencias económicas adversas que sufran las personas o entidades que hayan invertido en ese país.

115. La cuestión fundamental sobre la que versa este proceso no es la legalidad de las medidas de emergencia tomadas por las autoridades argentinas sino la de determinar si esas medidas afectaron las inversiones de las Demandantes y, si la respuesta fuere afirmativa, señalar las consecuencias de esa afectación. Este es precisamente el tema de fondo que el Tribunal deberá analizar y resolver en el momento procesal debido.

G. ¿Debieron las Demandantes buscar un “reajuste equitativo” con las personas con las que habían negociado, antes de presentar este reclamo?

116. El reclamo de Argentina de que, una vez que se dictaron las medidas de emergencia, las Demandantes o, más precisamente, su subsidiaria Metalpar Argentina S.A., debió negociar con sus deudores las obligaciones que estos tenían pendientes con ella, tiene que ver con el tema de la madurez del reclamo. En efecto, la Demandada afirma que “[...] el reclamo de Metalpar S.A. y Buen Aire, S.A. no se encuentra maduro, a los fines de incoar un reclamo bajo los términos del TBI con Chile” pues “[...] a) El inversor tiene que realizar un esfuerzo razonable a los fines de intentar cambiar el acto del Estado que produce

el hecho ilícito que genera responsabilidad internacional; b) De no haberse realizado este esfuerzo, no existiría una controversia legal y, por tanto, violación al TBI ni jurisdicción del CIADI. En definitiva, Metalpar, S.A. debió renegociar con sus deudores o demandar el precio justo ante los tribunales nacionales antes de intentar una acción por violación de la protección que contempla el TBI” (párrafo 31 anterior).

117. Distinta es la posición de las Demandantes sobre este asunto. Ellas afirman que la ley 25.561 no obliga a las partes a que busquen un “reajuste equitativo” sino que las autoriza a negociar un reajuste justo o a buscar un pronunciamiento judicial para lograr un “esfuerzo compartido”. Según ellas, aunque hubieran logrado el esfuerzo compartido, habrían perdido casi un 50% de su inversión lo que configura una expropiación indirecta parcial. Agregan las Demandantes que el TBI no contiene un requisito de agotamiento previo de los recursos judiciales locales para acudir al CIADI y que tampoco el convenio del CIADI exige ese agotamiento como requisito de madurez del reclamo. El TBI solo establece como requisito previo las consultas amistosas entre las partes (párrafos 48 y 49 anteriores).

118. Argentina manifestó en la audiencia que ella nunca dijo que el TBI exigiera un agotamiento de los recursos nacionales como requisito para acudir a CIADI. Sin embargo, expresó que la Ley de Emergencia dispuso que las partes debían negociar un acuerdo equitativo y, si no lo lograban, acudir a los Tribunales.¹³ A juicio del Tribunal, en la práctica, esa posición significa una exigencia de agotamiento de los recursos nacionales.

119. En relación con este tema, el artículo 26 del Convenio del CIADI expresa lo siguiente:

“Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio”.

120. En ese texto queda claro que un Estado, a la hora de aprobar el Convenio del CIADI, puede exigir que se cumplan determinados requisitos antes de que el interesado pueda acudir al arbitraje. Según lo expresa el Profesor Schreuer:

“Under Art. 26 of the ICSID Convention, a State may require the exhaustion of local administrative or judicial remedies as a condition of its consent to arbitration under the Convention. In the absence of such a provision there is no requirement to exhaust local remedies. Only a few States have conditioned their consent to ICSID jurisdiction on the prior exhaustion of local remedies. A relatively small number of bilateral investment treaties and a few investment agreements with investors contain such a condition.

The condition that the local remedies must be exhausted before ICSID arbitration can be instituted, may be expressed by a State party to the Convention only up to the time consent to arbitration is perfected but no later. This is a consequence of the principle that once consent to jurisdiction has been given, it may not be unilaterally withdrawn or restricted”.¹⁴

“Según el artículo 26 del Convenio del CIADI, un Estado puede requerir el agotamiento de los remedios administrativos o judiciales locales como una condición de su consentimiento al arbitraje de acuerdo con el Convenio. En ausencia de tal provisión, no existe ningún requerimiento de agotar los remedios locales. Únicamente unos pocos Estados han condicionado su consentimiento a la jurisdicción del CIADI al agotamiento previo de remedios locales. Un número pequeño de tratados bilaterales de inversión y unos pocos convenios de inversión con inversionistas también contienen tal condición.

La condición de que los remedios locales deban ser agotados antes de que se pueda plantear un arbitraje ante CIADI puede ser expresada por un Estado que sea parte del Convenio hasta el momento en que el consentimiento a arbitrar haya sido perfeccionado, pero no más tarde. Esta es una consecuencia del principio de que, una vez que el consentimiento a la jurisdicción haya sido otorgado, no puede ser retirado o restringido unilateralmente” (Traducción libre del Tribunal).

121. Dependiendo de la forma en que, se resuelva el fondo de este asunto, el tema de si las Demandantes debieron realizar alguna gestión para reducir sus pérdidas, como una manera de mitigar el monto de los daños que, eventualmente, le reclamarían a Argentina, podría tener trascendencia pero obviamente ese tema no puede ser analizado en este momento procesal. En criterio del Tribunal, en esta etapa del proceso ese tema es intrascendente ya que, efectivamente, basado en un cuidadoso análisis del Convenio del CIADI y del TBI entre Argentina y Chile, el Tribunal considera que la realización de esas

negociaciones con sus clientes no era necesaria para que las Demandantes plantearan un procedimiento de arbitraje internacional. En consecuencia, opina el Tribunal que, como las Demandantes intentaron, infructuosamente, realizar las consultas amistosas previstas en el TBI como único requisito previo para la presentación de la solicitud de arbitraje, y así lo hicieron después de que esas gestiones resultaron infructuosas, y ellas podían, consecuentemente, solicitar que se iniciara este proceso arbitral.

H. Cómo consecuencia de lo anterior, ¿estaban legitimadas las Demandantes para formular este reclamo?

122. El proceso lógico que ha seguido el Tribunal en el análisis que consta en las secciones A a G anteriores debe culminar necesariamente con la definición de la interrogante que se plantea en esta. Por ello, existe una relación inescindible entre el tema que se analiza en los párrafos siguientes y los que se desarrollaron en los anteriores.

123. Por las razones que se han comentado en los párrafos que anteceden, Argentina niega que las Demandantes estén legitimadas para presentar este reclamo. En síntesis, ella afirmó que las Demandantes no probaron que hubieran hecho una inversión en Argentina, ni que existiera entre las partes una diferencia de naturaleza jurídica; que el caso no está comprendido en el TBI; que no hay consentimiento de su parte y que, al carecer de este, no hay un acuerdo arbitral (Réplica, párrafo 10). Sus representantes, resumieron este punto de vista en la audiencia celebrada en la sede del CIADI el 18 de marzo del 2005, al decir que “[...] la Demandante carece de *ius standi* para presentar un reclamo ante este Tribunal”¹⁵.

124. Metalpar S.A. y Buen Aire S.A. por el contrario, sostienen en su escrito de Demanda, y lo ratifican en sus presentaciones escritas y orales posteriores, que ellas hicieron unas inversiones en la República Argentina; que esas inversiones se vieron perjudicadas por las medidas tomadas por el gobierno de ese país y que, en consecuencia, deben pagárseles los daños y perjuicios sufridos. Precisamente para reclamar esa indemnización iniciaron este arbitraje.

125. En otro caso contra Argentina, el Tribunal dijo en relación con este tema lo siguiente:

“Así pues, en CMS el Tribunal concluyó que “la jurisdicción puede ser admitida en función de los términos específicos del TPPI. En caso de que el inversionista protegido sea, además, parte de un acuerdo de concesión o de un acuerdo de licencia con el Estado receptor no incide sobre la jurisdicción que emana de las disposiciones del Tratado, puesto que *existe un derecho de acción directo de los accionistas*”.¹⁶

“Concluimos la discusión relativa a la cuestión del *ius standi* afirmando que Azurix tiene *ius standi* en este procedimiento puesto que es el inversor que realizó la inversión a través de subsidiarias de las que tiene la propiedad y el control indirectos”.¹⁷

126. Independientemente de la discusión sobre el fondo de este asunto, que habrá de resolverse en el laudo definitivo, el Tribunal encuentra que en el presente proceso se dan todas las circunstancias necesarias para que las Demandantes estén legitimadas para presentar su reclamo contra la República Argentina, según se resume en el párrafo siguiente.

127. El desarrollo hecho en los párrafos que anteceden lleva al Tribunal a considerar que:

- a. Las Demandantes tienen la condición de “inversionistas extranjeras” en Argentina, necesaria para que ellas puedan acceder a la protección del CIADI.
- b. La falta de registro oportuno de Buen Aire S.A. no es de una gravedad tal como para quitarles a las Demandantes la condición de inversionistas y negarles el acceso al CIADI;
- c. La disputa que se pretende dilucidar mediante este arbitraje es de naturaleza jurídica y surge directamente de una inversión;
- d. En el TBI que Argentina suscribió con Chile dio su consentimiento para que esta disputa fuera resuelta por un Tribunal de Arbitraje del CIADI;
- e. El reclamo de las Demandantes no es de orden contractual sino que está fundado, en una disputa de naturaleza jurídica que surge *directamente* de la inversión que ellas hicieron en Argentina y en las supuestas violaciones por parte de Argentina de los derechos de las Demandantes según el TBI;

- f. Las Demandantes no cuestionan la facultad de Argentina de tomar las acciones de índole legislativo o administrativo que considerara necesarias para enfrentar la crisis económica que sufría a fines del año 2001. Lo que ellas pretenden, (con o sin razón, según se resolverá cuando se decida este asunto en cuanto al fondo), es que se las indemnice por los perjuicios económicos que dicen haber sufrido con motivo de la promulgación de las medidas de emergencia tomadas por Argentina;
- g. Las Demandantes intentaron, infructuosamente, realizar negociaciones amistosas con Argentina para resolver las diferencia que tenían; no existe ninguna otra exigencia de agotamiento de remedios locales que ellas debieron satisfacer antes de acudir al CIADI;
- h. Independientemente de que su reclamo esté justificado o no en cuanto al fondo, las Demandantes estaban legitimadas para iniciar un procedimiento de arbitraje, al amparo del Convenio del CIADI, con el objeto de resolver sus diferencias con Argentina.

128. La conclusión inexorable del análisis hecho en los párrafos que anteceden y resumido en el inmediato anterior es que el CIADI tiene jurisdicción para conocer de este reclamo y este Tribunal tiene competencia para resolverlo.

V. DECISIÓN

129. Por las razones expuestas y según lo dispuesto en la Regla 41 de las Reglas de Arbitraje del Centro, el Tribunal de Arbitraje, por unanimidad, resuelve rechazar la excepción a la jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones opuesta por la República Argentina y declara que tiene competencia para tramitar y resolver este arbitraje. El Tribunal, por consiguiente, emitirá la Resolución Procesal necesaria para la continuación de este procedimiento, de acuerdo con la Regla de Arbitraje 41(4).

EL TRIBUNAL ARBITRAL

[firma]

Duncan H. Cameron

Árbitro

[firma]

Jean Paul Chabaneix

Árbitro

[firma]

Rodrigo Oreamuno B.

Presidente

-
- ¹ Texto tomado de: <http://infoleg.mecon.gov.ar>
- ² United Nations, *Treaty Series*, vol. 1155, p. 331
- ³ Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P c República Argentina, (demanda adicional), Caso CIADI No. ARB/01/3, Decisión sobre jurisdicción dictada el 2 de agosto del 2004, párrafos 27, 29 y 31 respectivamente, disponible en castellano en <http://www.worldbank.org/icsid/cases/enron-decision-sp.pdf>
- ⁴ Camuzzi International S.A. c República Argentina, Caso CIADI No. ARB/03/7, Decisión sobre Jurisdicción dictada el 11 de mayo del 2005, párrafo 34 (iv), disponible en castellano en <http://www.worldbank.org/icsid/cases/camuzzi-sp.pdf>
- ⁵ Schreuer, Christoph H. **The ICSID Convention: A Commentary**. United Kingdom: Cambridge University Press, 2001, párrafo 63, página 113.
- ⁶ *Ibid.*, párrafo 66, página 114.
- ⁷ Camuzzi International S.A. c República Argentina, Caso CIADI No. ARB/03/7, Decisión sobre Jurisdicción párrafo 34 (vi),
- ⁸ **Informe adjunto de los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados**, (Doc. ICSID/2, del 18 de marzo de 1965), párrafos 23 y 24; disponible en Internet en <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/partB.htm>
- ⁹ Schreuer, Christoph. **The Course on Dispute Settlement in International Trade, Investment and Intellectual Property: module 2.3 consent to arbitration**. United Nations, 2003, p. 17.
- ¹⁰ Sempra Energy International c República Argentina, caso No. CIADI ARB/02/16, Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción, párrafo 95; disponible en Internet en <http://www.worldbank.org/icsid/cases/sempra-sp.pdf>.
- ¹¹ *Ibid.* párrafo 100
- ¹² Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P c República Argentina, (demanda adicional), Caso CIADI No. ARB/01/3, Decisión sobre jurisdicción dictada el 2 de agosto del 2004, párrafo 12. En igual sentido LG&E Energy Corp. y otras c República Argentina, Caso CIADI No. ARB/02/1, Decisión sobre jurisdicción dictada el 30 de abril del 2004, párrafo 67, disponible en Internet en <http://www.worldbank.org/icsid/cases/lge-decision-sp.pdf>. También CMS Gas Transmission Company c República Argentina, Caso CIADI No. ARB/01/8, Decisión sobre Jurisdicción dictada el 17 de julio del 2003, párrafos 29 y 33; disponible en Internet en http://www.worldbank.org/icsid/cases/CMS_Decision_Spanish.pdf
- ¹³ Transcripción de la audiencia celebrada el 18 de marzo del 2005, p. 67.
- ¹⁴ Schreuer, Christoph. **The Course on Dispute Settlement in International Trade, Investment and Intellectual Property: module 2.3 consent to arbitration**. United Nations, 2003, p. 31.
- ¹⁵ Transcripción de la audiencia, página 8.
- ¹⁶ Azurix Corporation c República Argentina, Caso CIADI ARB/01/12, Decisión sobre jurisdicción dictada el 8 de diciembre del 2003, párrafo 73; disponible en Internet en <http://www.worldbank.org/icsid/cases/azurix-decision-sp.pdf>
- ¹⁷ *Ibid.*, párrafo 74.