

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

En el procedimiento entre

GIOVANNI ALEMANNI Y OTROS
(DEMANDANTES)

- y -

LA REPÚBLICA ARGENTINA
(DEMANDADA)

(Caso CIADI N.º ARB/07/8)

DECISIÓN SOBRE JURISDICCIÓN Y ADMISIBILIDAD

Miembros del Tribunal

Sir Franklin Berman KCMG, QC, Presidente

Profesor Karl-Heinz Böckstiegel, Árbitro

Sr. J. Christopher Thomas QC, Árbitro

Secretaria del Tribunal
Sra. Anneliese Fleckenstein

Fecha de envío a las Partes: 17 de noviembre de 2014

En representación de los Demandantes

Avv. Piero G. Parodi,
Prof. Abogado Rodolfo Carlos Barra
Via S. Maurilio 14
20123 Milán
Italia

y

Prof. Avv. Luca G. Radicati di Brozolo
ARBLIT Radicati di Brozolo Sabatini
15 via Alberto da Giussano
20145 Milán
Italia

En representación de la Demandada

Dra. Angelina María Esther Abbona
Procuradora del Tesoro de la Nación
Argentina
Posadas 1641 – Piso 1
CP 1112 Buenos Aires
Argentina

ÍNDICE

| | | |
|-------|---|----|
| I. | INTRODUCCIÓN | 6 |
| A. | LAS PARTES | 6 |
| B. | ANTECEDENTES PROCESALES | 6 |
| II. | LOS ARGUMENTOS DE LAS PARTES | 14 |
| A. | LOS ALEGATOS ESCRITOS | 14 |
| 1. | La Solicitud de Arbitraje..... | 14 |
| 2. | El Memorial de Excepciones a la Jurisdicción y Admisibilidad | 19 |
| 2.I | Los antecedentes del default de Argentina | 19 |
| 2.II | Jurisdicción y admisibilidad | 24 |
| a. | Los reclamos caen fuera del marco del Convenio CIADI y el TBI y violarían el debido proceso. | 24 |
| b. | Los Demandantes no han otorgado válidamente su consentimiento al arbitraje del CIADI..... | 27 |
| c. | No hay ‘inversión’ | 28 |
| d. | La falta de establecimiento de una violación <i>prima facie</i> del tratado..... | 33 |
| e. | La ausencia de jurisdicción <i>ratione personae</i> y de legitimación activa por parte de los Demandantes | 35 |
| f. | La ausencia de una inversión en la República Argentina | 36 |
| g. | La falta de legitimación procesal de los Demandantes | 36 |
| h. | El incumplimiento de las condiciones previas en virtud del Artículo 8 del TBI | 37 |
| 3. | El Memorial de Contestación sobre Jurisdicción y Admisibilidad de los Demandantes..... | 39 |
| 3.I | Los antecedentes del default de Argentina | 39 |
| 3.II | Jurisdicción y admisibilidad | 42 |
| a. | El mandato NASAM..... | 42 |
| b. | El arreglo de financiación | 45 |
| c. | Los Poderes | 45 |
| d. | El “consentimiento por escrito” de los Demandantes..... | 46 |
| e. | Reclamos incoados por múltiples demandantes | 47 |
| f. | Jurisdicción <i>ratione materiae</i> | 51 |
| g. | Una violación <i>prima facie</i> del Tratado | 57 |
| h. | Jurisdicción <i>ratione personae</i> | 58 |
| i. | La conexión entre los Demandantes y la inversión | 59 |
| 3.III | Artículo 8 del TBI..... | 60 |
| a. | La cláusula de la nación más favorecida..... | 62 |

| | | |
|-------|---|-----|
| b. | La inutilidad de recurrir a los tribunales locales | 63 |
| 4. | Memorial de Réplica sobre Excepciones a la Jurisdicción y Admisibilidad de la Demandada | 65 |
| 4.I | Los antecedentes del default de Argentina | 65 |
| a. | La Oferta de Canje y la Ley N.º 26.017 | 66 |
| b. | El Derecho Italiano | 66 |
| 4.II | Jurisdicción y admisibilidad | 67 |
| a. | La naturaleza colectiva de la reclamación | 67 |
| b. | El Mandato de NASAM y el Poder | 73 |
| c. | La ausencia de una inversión | 76 |
| d. | La falta de legitimación activa de los Demandantes..... | 84 |
| e. | Los prerequisites en virtud del Artículo 8 del TBI..... | 85 |
| f. | Las consultas no habrían sido inútiles | 87 |
| g. | La cláusula NMF no es aplicable..... | 87 |
| 4.III | La reparación solicitada | 89 |
| 5. | La Dúplica de los Demandantes | 89 |
| 5.I | El Paquete del Mandato NASAM..... | 90 |
| 5.II | La cuestión de múltiples demandantes | 92 |
| 5.III | Jurisdicción y admisibilidad | 94 |
| a. | Jurisdicción <i>ratione materiae</i> en virtud del Convenio CIADI y el TBI | 94 |
| b. | Una violación <i>prima facie</i> del Tratado | 97 |
| c. | La OPC de 2010..... | 97 |
| d. | El requisito de nacionalidad..... | 97 |
| e. | La legitimación activa de los Demandantes..... | 98 |
| f. | El proceso en los tribunales locales de Italia | 98 |
| g. | Consultas amistosas y recurso a los tribunales locales | 98 |
| B. | LA AUDIENCIA ORAL | 101 |
| 1. | Las pruebas del Sr. Molina | 101 |
| 2. | Las pruebas del Sr. Marx | 105 |
| 3. | Alegatos de cierre de las Partes | 107 |
| a. | La Demandada | 107 |
| b. | Los Demandantes..... | 109 |
| C. | CUESTIONES POSTERIORES A LA AUDIENCIA | 113 |
| 1. | Los Escritos Posteriores a la Audiencia..... | 113 |
| a. | La Demandada | 113 |
| b. | Los Demandantes..... | 114 |
| 2. | La Decisión <i>Abaclat</i> | 117 |

| | | |
|------|--|-----|
| a. | La Demandada | 117 |
| b. | Los Demandantes | 119 |
| 3. | Los arbitrajes de <i>BGS, ICS, Daimler, y RosInvest</i> | 121 |
| a. | La Demandada | 121 |
| b. | Los Demandantes..... | 122 |
| III. | EL ANÁLISIS DEL TRIBUNAL | 123 |
| A. | LAS CIRCUNSTANCIAS DEL ARBITRAJE | 123 |
| B. | JURISDICCIÓN Y ADMISIBILIDAD..... | 126 |
| 1. | “Reclamos masivos”: el Convenio CIADI | 128 |
| 2. | Las excepciones “a la jurisdicción” | 136 |
| a. | Falta de autorización o consentimiento válido por parte de los Demandantes | 137 |
| b. | La Demandada no prestó su consentimiento al arbitraje | 142 |
| c. | Falta de jurisdicción <i>ratione materiae</i> | 155 |
| d. | Ausencia de violación <i>prima facie</i> del TBI | 157 |
| e. | Las condiciones previas al arbitraje establecidas en el TBI no se han cumplido debidamente | 159 |
| 3. | Las excepciones a la “admisibilidad” | 171 |
| a. | Default de la deuda soberana | 171 |
| b. | Procedimiento: Debido Proceso..... | 174 |
| C. | PARTES, TÍTULO Y COSTAS | 177 |
| IV. | CONCLUSIONES | 182 |
| | Opinión Concurrente del Sr. J Christopher Thomas QC | 184 |

I. INTRODUCCIÓN

A. LAS PARTES

1. Los Demandantes son un conjunto de, inicialmente, 183 personas físicas y jurídicas italianas, cada una de las cuales reclama en su carácter de tenedor de “títulos de deuda emitidos por la República Argentina” [Traducción del Tribunal] respecto de cuyo pago se dice que Argentina ha incumplido en el 2001 y posteriormente¹. Como se explica en más detalle en los párrafos 327 y ss. *infra*, los Demandantes afirman que, como resultado de eventos fuera de su control, en particular, la Oferta de Canje de Argentina de 2010, la cantidad restante de Demandantes es de 74².
2. Mediante una carta de fecha 5 de octubre de 2010, la Demandada no se opuso al desistimiento del procedimiento por parte de los Demandantes que habían participado en la Oferta de Canje de 2010 y solicitó que el Tribunal ordenara a los Demandantes que le informaran cuáles de ellos habían canjeado sus títulos de deuda en la Oferta de Canje de 2010.
3. Las incertidumbres restantes en cuanto a la cantidad y a la identidad de los Demandantes retirados, como así también en cuanto al título apropiado del caso a la luz del retiro del Sr. Alemanni, fueron abordadas por el Tribunal en una carta enviada a las Partes del día 22 de marzo de 2011, sobre la cual se brindan más detalles en los párrafos 333-334 *infra*.
4. La Demandada es la República Argentina.

B. ANTECEDENTES PROCESALES

5. El día 9 de enero de 2007, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (“CIADI” o el “Centro”) recibió una Solicitud de Arbitraje (la “Solicitud”) de fecha 22 de diciembre de 2006, presentada por el Sr. Giovanni Alemanni y otros (los “Demandantes”) en contra de la República Argentina (la “Demandada”). El día 12 de enero de 2007, el Centro acusó recibo de la Solicitud. El día 16 de enero de 2007, el Centro envió una copia de la Solicitud y su

¹ Solicitud de Arbitraje del día 22 de diciembre de 2006, párr. 4.

² Comentarios de los Demandantes acerca de la Decisión sobre Jurisdicción y la Opinión Disidente del Caso *Abaclat y otros c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/5 (anteriormente conocido bajo el nombre de *Giovanna a Beccara*, de aquí en adelante “*Abaclat*”), 19 de diciembre de 2011, párr. 50.

documentación adjunta a la Demandada y a su Embajada en Washington, D.C. La Solicitud fue complementada por las cartas de la representación de los Demandantes de fechas 28 de febrero y 9 de marzo de 2007.

6. El día 27 de marzo de 2007, el Secretario General del CIADI registró la Solicitud de conformidad con el Artículo 36(3) del Convenio CIADI y las Reglas 6(1)(a) y 7 de las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje (las “Reglas de Iniciación”). Ese mismo día, el Secretario General envió la Notificación del Acto de Registro a las partes, invitándolas a proceder lo antes posible a la constitución del tribunal de arbitraje, de conformidad con los Artículos 37 a 40 del Convenio CIADI.
7. Mediante una carta de fecha 31 de mayo de 2007, los Demandantes invocaron el Artículo 37(2)(b) del Convenio CIADI, ya que las partes no habían logrado llegar a un acuerdo con respecto al método de constitución del Tribunal de Arbitraje. En la misma carta, los Demandantes nombraron al Profesor Karl-Heinz Böckstiegel, nacional de Alemania, como miembro del Tribunal de Arbitraje. El Profesor Böckstiegel aceptó su nombramiento el día 4 de julio de 2007.
8. Mediante una carta de fecha 25 de junio de 2007, la Demandada nombró a J. Christopher Thomas, QC, nacional de Canadá, como miembro del Tribunal de Arbitraje. El Sr. Thomas aceptó su nombramiento el día 4 de julio de 2007.
9. Ante la falta de acuerdo entre las partes sobre el nombramiento del Presidente del Tribunal, mediante una carta de fecha 25 de junio de 2008, de conformidad con el artículo 38 del Convenio CIADI, el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI nombró a Sir Franklin Berman, KCMG, QC, nacional del Reino Unido, como árbitro presidente³. Sir Franklin aceptó su nombramiento el día 3 de julio de 2008.

³ Mediante una carta de fecha 15 de febrero de 2008, la Demandada se había opuesto a la intención del Centro de designar a Sir Franklin Berman Presidente del Tribunal con fundamento en la posición adoptada públicamente por él sobre la cláusula de la nación más favorecida, citando en tal sentido el Laudo sobre Jurisdicción del Tribunal en el marco del caso *RosInvestCo c. La Federación Rusa*, SCC Caso No. V079/2005, Laudo sobre Jurisdicción, 1 de octubre de 2007, (de aquí en adelante “*RosInvest*”). Mediante una carta del día 29 de febrero de 2008, que se desarrolla en una carta más detallada del día 3 de marzo de 2008, los Demandantes rechazaron, con expresión de motivos, la objeción de la Demandada. Mediante una carta del día 14 de marzo de 2008, la Demandada respondió a los motivos de los Demandantes. Mediante una carta del día 5 de junio de 2008, el Centro indicó a las Partes que las objeciones de la Demandada no habían sido convincentes, y que, por lo tanto, la recomendación de designar a Sir Franklin Berman era procedente excepto que las Partes presentaran conjuntamente una solución alternativa. El Centro no recibió solución alternativa alguna.

10. Ese mismo día, el Centro notificó a las partes que se entendía que se había constituido el Tribunal de Arbitraje y que el procedimiento se había iniciado ese mismo día. Por consiguiente, el Tribunal está compuesto por Sir Franklin Berman, KCMG, QC (nombrado por el Presidente del Consejo Administrativo); por el Prof. Karl-Heinz Böckstiegel (nombrado por los Demandantes); y por el Sr. J. Christopher Thomas QC (nombrado por la Demandada). Asimismo, el Centro informó a las partes y al Tribunal que el Sr. Gonzalo Flores, Consejero Jurídico Superior se desempeñaría como Secretario del Tribunal. El Sr. Flores fue reemplazado en su carácter de Secretario del Tribunal por la Sra. Anneliese Fleckenstein, Consejera Jurídica, el día 4 de octubre de 2011.
11. El día 5 de diciembre de 2008, el Tribunal llevó a cabo la Primera Sesión con las partes en la sede del Centro ubicada en Washington D.C., en la cual las partes acordaron un calendario procesal para el posterior desarrollo del procedimiento. Durante la Primera Sesión, se acordó que el arbitraje se separaría en una etapa preliminar de jurisdicción y admisibilidad y en una etapa de fondo. La etapa preliminar abordaría únicamente sobre las excepciones de carácter general, pero no sobre las cuestiones jurisdiccionales que pudieran surgir en relación con los demandantes individuales, que, según lo acordado, serían tratadas en una etapa posterior, según fuera necesario y apropiado.
12. Mediante cartas de fechas 6 y 9 de enero de 2009, la Demandada y los Demandantes acordaron un calendario para las presentaciones sobre Jurisdicción y Admisibilidad.
13. El día 21 de mayo de 2009, de conformidad con el calendario acordado, la Demandada presentó un Memorial de Excepciones a la Jurisdicción y Admisibilidad. El día 5 de noviembre de 2009, los Demandantes presentaron su Memorial de Contestación sobre Jurisdicción y Admisibilidad. El día 5 de febrero de 2010, la Demandada presentó un Memorial de Réplica sobre Excepciones a la Jurisdicción y Admisibilidad.
14. El día 28 de abril de 2010, los Demandantes solicitaron la suspensión del procedimiento a la luz de la Nueva Oferta de Canje del Gobierno Argentino. El día 30 de abril de 2010, la Demandada aceptó la suspensión solicitada.

15. El día 4 de mayo de 2010, el procedimiento se suspendió conforme al acuerdo de las partes. La audiencia sobre jurisdicción, que, según el cronograma se celebraría del 21 al 25 de junio de 2010, fue cancelada, y el plazo para la presentación de la Dúplica de los Demandantes sobre Jurisdicción y Admisibilidad fue prorrogado.
16. Mediante una carta de fecha 31 de mayo de 2010, la Demandada se opuso a una comunicación enviada a los Demandantes por parte de la North Atlantic Société d'Administration ("NASAM") con respecto a la Nueva Oferta de Canje. Mediante una carta de fecha 10 de junio de 2010, los Demandantes presentaron una respuesta a la carta de la Demandada. Se produjeron intercambios entre las partes en relación con esta cuestión, así como respecto de la solicitud por parte de los Demandantes de una prórroga para presentar su Dúplica sobre Jurisdicción y Admisibilidad.
17. El día 21 de julio de 2010, luego de la invitación pertinente del Tribunal, los Demandantes presentaron una declaración de su posición en cuanto a la continuación del procedimiento y a las eventuales implicaciones procesales de la potencial adhesión de algunos de los Demandantes a la Nueva Oferta de Canje de Argentina.
18. Mediante una carta de fecha 29 de julio de 2010, luego de un intercambio de correspondencia entre las partes, el Tribunal: i) dispuso que los Demandantes indicaran, a más tardar, hasta el día 12 de agosto de 2010, conforme a las instrucciones de las personas afectadas, si alguno de los Demandantes deseaba desistir de su reclamo en el marco del procedimiento, y especificara a dichas personas por su nombre; ii) solicitó a la Demandada que confirmara, dentro de un plazo de dos semanas a partir de la recepción de la carta, si la Demandada, a los efectos de las Reglas de Arbitraje CIADI, estaba de acuerdo con el desistimiento de los reclamos en cuestión, en cuyo caso el Tribunal ordenaría formalmente que tales reclamos fueran eliminados del expediente para las etapas posteriores del procedimiento; iii) fijó el día 1 de septiembre de 2010 como fecha límite para la presentación de la Dúplica sobre Jurisdicción y Admisibilidad por parte todos los Demandantes respecto de los cuales continuara el procedimiento.
19. El día 1 de septiembre de 2010, los Demandantes presentaron su Dúplica sobre Jurisdicción y Admisibilidad acompañada de una lista de los demandantes que deseaban desistir de su reclamo. La Representación de los Demandantes solicitó

autorización del Tribunal para actualizar la lista de los Demandantes que habían desistido del procedimiento al 1 septiembre de 2010.

20. El día 7 de septiembre de 2010, el Tribunal admitió la solicitud de la Representación de los Demandantes. Mediante una carta de fecha 21 de septiembre de 2010, la Representación de los Demandantes presentó una lista actualizada de los Demandantes que habían decidido desistir del procedimiento. Mediante una carta de fecha 5 de octubre de 2010, la Demandada aceptó el desistimiento del procedimiento en relación con los Demandantes “que, entre los incluidos en la Lista Actualizada, entraron al Canje de 2010”. Asimismo, la Demandada le solicitó al Tribunal que ordenara, en su debido momento, que la Demandada y los Demandantes respecto de los cuales se había desistido del procedimiento compartieran equitativamente los gastos del arbitraje y que cada una de las partes asumiera sus propios costos.
21. Los días 7 y 8 de junio de 2011, el Tribunal celebró una audiencia sobre jurisdicción en París, en la que las siguientes personas estuvieron presentes: en representación del Tribunal, Sir Franklin Berman KCMG, QC, Presidente; el Profesor Karl-Heinz Böckstiegel; el Sr. J. Christopher Thomas, Q.C.; y la Sra. Anneliese Fleckenstein, Secretaria del Tribunal; en representación de los Demandantes, el Profesor Luca G. Radicati di Brozolo, la Sra. Maria Cristiana de Giovanni di Santa Severina, la Sra. Victoria Viñes y el Sr. Giovanni Minuto; y, en representación de la Demandada, el Dr. Horacio Diez, Subprocurador del Tesoro de la Nación; el Dr. Gabriel Bottini, Director Nacional de Asuntos y Controversias Internacionales de la Procuración del Tesoro de la Nación; la Sra. Silvina González Napolitano, la Sra. Cintia Yaryura, la Sra. Mariana Lozza, la Sra. Verónica Lavista, el Sr. Diego Gosis y la Sra. Carolina Coronado de la Procuración del Tesoro de la Nación; y la Sra. Marianela López y la Sra. Florencia Rosental del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.
22. El día 8 de agosto de 2011, las partes presentaron simultáneamente sus Escritos Posteriores a la Audiencia.
23. Ese mismo día, los Demandantes solicitaron autorización para presentar comentarios breves acerca de la Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad emitida en el contexto del caso *Abaclat y Otros c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB / 07/5, que entendían se había dictado unos días antes. Sin embargo, los Demandantes

retiraron dicha solicitud el día 29 de agosto de 2011, sobre la base de que “todas las cuestiones abordadas en la decisión [del caso *Abaclat*] han sido debatidas ampliamente en las presentaciones de ambas partes en este caso” [Traducción del Tribunal].

24. El día 29 de agosto de 2011, no obstante, la Demandada alegó que, de hecho, el Tribunal debe ser informado de las opiniones de ambas Partes sobre la Decisión del caso *Abaclat*, pero propuso que ello se pospusiera hasta luego de la recepción de la Opinión Disidente del Prof. Abi-Saab en tal caso. Dicha solicitud fue admitida por el Tribunal mediante cartas de fechas 8 de septiembre y 9 de noviembre de 2011, una vez que la Opinión Disidente estuvo disponible. Los comentarios de la Demandada sobre la Decisión del caso *Abaclat* fueron debidamente recibidos el día 29 de noviembre de 2011, seguidos de los de los Demandantes el día 19 de diciembre de 2011.
25. Mediante una carta de fecha 29 de diciembre de 2011, la Demandada le solicitó al Tribunal que excluyera ciertas autoridades nuevas citadas en los comentarios de los Demandantes sobre la Decisión del caso *Abaclat* o, subsidiariamente, que le diera a la Demandada la oportunidad de presentar comentarios propios acerca de tales autoridades. Mediante una carta de fecha 17 de febrero de 2012, la Demandada presentó una solicitud de autorización, con expresión de motivos, para incorporar el expediente dos laudos arbitrales recientes (*República Argentina c. BG Group plc e ICS c. República Argentina*), que fue objetada por los Demandantes mediante una carta fundada de fecha 5 de marzo de 2012. A través de una decisión emitida el día 11 de abril de 2012, el Tribunal resolvió lo siguiente: a) tomar nota de la solicitud de la Demandada de fecha 29 de diciembre de 2011 sobre la cual se pronunciaría, en su caso, en el momento oportuno; b) incorporar al expediente los materiales mencionados por la Demandada en su carta de fecha 17 de febrero, junto con los comentarios pertinentes realizados por los Demandantes en su carta de fecha 5 de marzo; al mismo tiempo que c) indicó que no deseaba recibir ningún material adicional de cualquiera de las Partes sin que se hubiera obtenido el permiso del Tribunal con antelación.
26. En la misma carta, el Tribunal renovó sus solicitudes de fechas 8 de septiembre y 9 de noviembre de 2011 a fin de saber si las Partes habían llegado a un acuerdo sobre la

necesidad de cambiar el título del caso en pos de reflejar el desistimiento de algunos de los Demandantes originales, en cuya ausencia el Tribunal decidiría por sí mismo. Mediante una carta de fecha 18 de junio de 2012, el Tribunal lamentó que, a pesar de las reiteradas solicitudes, las Partes no le hubieran respondido, sea con una posición consensuada sobre el nombre con el que el caso debía ser conocido con posterioridad al fallecimiento del Sr. Alemanni, sea con la afirmación de que habían llegado a un acuerdo respecto de la identificación de los reclamos de los Demandantes originales que debía considerarse que habían desistido de sus reclamos de conformidad con la Regla 44 de las Reglas de Arbitraje CIADI y las comunicaciones del Tribunal de fechas 8 de septiembre y 9 de noviembre de 2011, y 11 de abril de 2012, y resolvió lo siguiente:-

“- en cuanto al título con el que se conocerá el caso en el futuro, el Tribunal tomará las medidas que sean necesarias en este aspecto como parte de su próxima decisión sobre Excepciones Preliminares de la Demandada. Mientras tanto, el sitio web del Centro incluirá una indicación de que el título del caso se encuentra en proceso de revisión.

“- en cuanto a la identificación de las Partes Demandantes restantes, si, en dicho caso, la decisión del Tribunal sobre las Excepciones Preliminares de la Demandada estableciera la continuación del caso a la etapa de fondo, posteriormente y en forma temprana, el Tribunal establecerá un procedimiento, luego de consultar a los representantes, que lo pondrá en condiciones de determinar de manera formal y concluyente la identidad de las Partes en la fase sustantiva del procedimiento arbitral” [Traducción del Tribunal].

27. Mediante una carta de fecha 14 de septiembre de 2012, la Demandada solicitó autorización para incorporar al expediente un nuevo Laudo del CIADI y una decisión emitida por un tribunal sueco. Mediante una carta de fecha 18 de septiembre de 2012, los Demandantes objetaron dicha solicitud. A través de una orden emitida el día 28 de septiembre de 2012, el Tribunal resolvió lo siguiente:-

“El Tribunal recuerda la orden transmitida en la carta del Centro de fecha 11 de abril de 2012 según la cual, mientras no se pronunciara su decisión sobre las Excepciones Preliminares de la Demandada, el Tribunal no deseaba recibir de ninguna de las partes materiales no solicitados, sin haber obtenido su autorización previa. Dicho esto, el Tribunal está en duda en cuanto a su autoridad inherente, de conformidad con el principio *iura novit curia*, para consultar cualquier decisión o laudo arbitral que sea de dominio público y que el Tribunal considere que podría ser sustancialmente relevante para su propia

decisión, sea que tal decisión o laudo haya sido introducido específicamente en la controversia por alguna de las partes.

A la luz de las afirmaciones que anteceden, el Tribunal opina que no sería realista excluir de la consideración las decisiones correspondientes a los arbitrajes Daimler y RosInvest a los que la carta de la Demandada se refiere y, en tales circunstancias, el Tribunal acepta excepcionalmente la incorporación al expediente de los comentarios de la Demandada acerca de dichas decisiones, siempre que la otra Parte tenga una oportunidad equivalente de realizar sus comentarios. Sin embargo, los comentarios de los Demandantes deben ser breves (sin exceder el alcance ni la extensión de las observaciones presentadas en la carta de la Demandada a la que se hace referencia) y deben recibirse, a más tardar, el viernes, 12 de octubre de 2012” [Traducción del Tribunal].

El Tribunal hizo hincapié en que esta decisión debe considerarse una excepción y en que, a partir de ese momento, no deseaba recibir materiales adicionales de ninguna de las Partes mientras completaba su decisión sobre las Excepciones Preliminares de la Demandada.

28. Mediante una carta de fecha 16 de octubre de 2012, los Demandantes presentaron comentarios breves acerca de los Laudos de los casos *Daimler* y *RosInvest* de conformidad con la decisión del Tribunal mencionada *supra*.
29. Mediante una carta de fecha 14 de marzo de 2013, la Demandada se refirió a la reciente Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad del Tribunal CIADI en el caso *Ambiente Ufficio SPA c. República Argentina*⁴ y solicitó autorización para que ambas Partes tuvieran la oportunidad de presentar comentarios breves acerca de esta decisión; se refirió en este contexto al hecho de que uno de los miembros de ese tribunal es también miembro del presente Tribunal. Mediante un correo electrónico de fecha 16 de marzo de 2013, los Demandantes manifestaron su firme objeción a dicha solicitud. Mediante una carta de fecha 22 de marzo de 2013, el Tribunal indicó que no encontraba ninguna razón para modificar los términos de su orden del día 28 de septiembre de 2012 en una etapa avanzada de las deliberaciones y, en consecuencia, rechazó la solicitud de la Demandada.

⁴ *Ambiente Ufficio S.p.A. y otros c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/09/08, (anteriormente conocido bajo el nombre de *Giordano Alpi*, de aquí en adelante “*Ambiente Ufficio*”), Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 8 de febrero de 2013.

II. LOS ARGUMENTOS DE LAS PARTES

30. Como se explicará *infra*, la controversia objeto del presente Arbitraje no cubre nuevos aspectos, sino que se corresponde con otras dos controversias que, a la fecha de la presente Decisión, ya procedieron a su resolución respecto de las cuestiones de jurisdicción y admisibilidad en virtud del mismo tratado bilateral de inversión que constituye la base del procedimiento que nos ocupa. El siguiente relato de los argumentos de las Partes, así como la interpretación de la decisión del Tribunal en sí misma, se han ajustado en consecuencia, en los casos en que el Tribunal lo considera apropiado, en aras de la economía de expresión.

A. LOS ALEGATOS ESCRITOS

1. La Solicitud de Arbitraje

31. No resulta necesario resumir la Solicitud de Arbitraje en extenso. Está firmada por el Dr. Piero Parodi y por el Profesor Radicati di Brozolo tanto en su propio nombre como *p.p.* (*per procurationem*) por el Dr. Rodolfo Carlos Barra, en nombre de 183 Demandantes nombrados, cada uno de los cuales afirma ser un ciudadano italiano o una sociedad italiana y tenedor de “títulos de deuda emitidos por la República Argentina” [Traducción del Tribunal]. En el resto de la Solicitud se hace referencia a estos instrumentos como los “Bonos”, y se los describe como denominados en diversas monedas (euros, dólares estadounidenses, liras italianas y marcos alemanes), con una indicación de cuáles Demandantes habían suscrito qué instrumentos, en qué cantidad y con qué fecha de vencimiento. La Solicitud menciona incumplimientos de la Demandada respecto de las garantías de trato equitativo y justo y plena protección y seguridad, así como de la garantía contra la expropiación sin el pago de una indemnización adecuada, efectiva y sin demora contenida en el Acuerdo entre la República Argentina y la República Italiana sobre Promoción y Protección de las Inversiones firmado en Buenos Aires el día 22 de mayo de 1990 (“el TBI”). A modo de reparación, la Solicitud pide: una declaración de incumplimiento; la restitución a cada Demandante del valor nominal total de sus Bonos, más los intereses devengados hasta el vencimiento, más el interés compuesto desde el vencimiento hasta la fecha de la Solicitud; más “los otros daños que se demostrará que son consecuencia directa de las violaciones al derecho internacional por la Demandada; y el interés compuesto

sobre lo anterior entre la fecha de la Solicitud y la fecha de pago” [Traducción del Tribunal].

32. A fin de fundamentar la jurisdicción del Tribunal, la Solicitud cita el Artículo 8 del TBI, que contempla (como se establece en mayor detalle en los párrafos 1-5 de ese artículo) el arbitraje ante el CIADI como uno de los dos procesos disponibles para el arreglo de diferencias entre un inversor de una de las Partes Contratantes y la otra Parte, y en particular contiene el “consentimiento anticipado e irrevocable para que toda controversia pueda ser sometida al arbitraje” otorgado por las Partes Contratantes en el Artículo 8 (3). Así, el idéntico consentimiento de los Demandantes al arbitraje se atribuye, como suele ocurrir, a la misma Solicitud de Arbitraje, que se acompaña de un “Poder Especial” otorgado para este propósito y en los mismos términos por cada uno de los Demandantes nombrados a favor del Sr. Piero Giuseppe Parodi. Según la Solicitud, tanto el Profesor Luca Radicati di Brozolo como el Profesor Rodolfo Carlos Barra han sido designados como co-representantes de los Demandantes por el mismo Sr. Parodi en el ejercicio de las facultades que se le confirieron a tal fin en los Poderes Especiales.
33. En cuanto al fondo, la Solicitud menciona “acciones por las que el Estado argentino privó a los Demandantes de todos sus derechos respecto de sus Bonos” [Traducción del Tribunal]. Describe en breve:
- la crisis económica sufrida por Argentina a fines de la década de 1980 y principios de la década de 1990,
 - las medidas adoptadas para reactivar la economía argentina, incluida la fijación de la paridad de la moneda local al dólar estadounidense,
 - las medidas adoptadas para estimular la inversión extranjera en Argentina, incluida la ratificación del Convenio CIADI y la celebración de varios tratados bilaterales de inversión (incluido el presente TBI),
 - la renovada crisis económica a partir de 1998,
 - el intento de contrarrestar la crisis mediante la emisión de bonos soberanos a los inversores extranjeros, que se dice que se realizó en cantidades sin

precedentes tanto en términos del capital recaudado, como del número de compradores extranjeros, y que ascendió en su pico a más de un cuarto de la totalidad de los títulos de deuda emitidos por los mercados emergentes,

- el agravamiento de la crisis a pesar de estas medidas, que llevó a una corrida bancaria, restricciones sobre los retiros de efectivo y, a finales de 2001, a una moratoria en todos los pagos de la deuda externa, que resultó en lo que la Solicitud denomina “el default soberano más grande de la historia” [Traducción del Tribunal]; esto constituyó, se afirma, un repudio de la promesa de la Demandada de cumplir con sus obligaciones financieras y pagar el monto total de capital e intereses en las fechas de vencimiento acordadas.

34. Luego, la Solicitud describe el nuevo plan económico instituido por Argentina en el año 2002, que implicó una moratoria en el pago de la deuda y la “pesificación” de las obligaciones de deuda, a través de un esquema para la conversión de la deuda denominada en dólares estadounidenses a pesos argentinos a una tasa fija de uno a uno, y luego, aunque unos tres años después de ello, el lanzamiento de una Oferta Pública de Canje (“la OPC”) el día 14 de enero de 2005, que según se alega efectivamente impuso el canje de todos los instrumentos de deuda pública (incluidos aquellos de los que los Demandantes eran titulares) por nuevos instrumentos financieros en condiciones muy desfavorables. Aunque los nuevos instrumentos se dividieron en cuatro series, con diferentes tasas de interés, vencimientos etc., la característica común era una “enorme reducción” [Traducción del Tribunal] en el valor presente neto, que la Solicitud estima en un 70%, y por ende considera que tuvo el efecto de una confiscación de la propiedad de los Demandantes. Además, la OPC permaneció abierta durante un período corto (6 semanas) y fue respaldada por la amenaza de que los bonos no canjeados “permanecerían en default indefinidamente”⁵ [Traducción del Tribunal]. Esta situación se vio reforzada por la Ley Argentina N.º 26.017, promulgada durante ese período, que por un lado impidió que el Gobierno argentino hiciera cualquier otra oferta respecto de bonos no canjeados conforme a la OPC o cualquier arreglo judicial, extrajudicial o privado respecto de esos bonos, y por otro lado cerró el acceso de los tenedores de bonos a los tribunales locales argentinos,

⁵ Se citan los prospectos y avisos publicados por el Ministerio de Economía y Producción de Argentina: Exhibits C-3(A) y (B).

al establecer que el recurso a estos tribunales resultaría “de pleno derecho” en la conversión de los bonos que fueran objeto de acciones legales en los nuevos bonos ofrecidos en virtud de la OPC. Del mismo modo, los tenedores de bonos que aceptaron la OPC fueron obligados a renunciar a su derecho de incoar cualquier acción legal o reclamación adicional y a desistir de cualquier acción ya iniciada. Esta posición se mantuvo hasta la fecha, a pesar de la mejora sustancial en la situación económica de Argentina.

35. Sobre esa base, la Solicitud aduce un incumplimiento por parte de la Demandada de sus obligaciones en virtud del TBI de acordar a la inversión de los Demandantes un trato equitativo y justo y plena protección y seguridad, así como de la obligación de no expropiar sin una indemnización adecuada, efectiva y sin demora. En cuanto a la falta de un trato equitativo y justo, la Solicitud invoca, además de los términos del Artículo 2(2) del TBI, decisiones arbitrales en el sentido de que la norma tiene un carácter objetivo, que no depende de la malicia o mala fe, así como la continua “negativa de la Demandada a hacer un esfuerzo de buena fe para reestructurar su deuda en condiciones razonables, incluso después de su robusta recuperación económica que le ha permitido pagar una gran parte de su deuda en circulación”⁶ [Traducción del Tribunal] y cita a este respecto varios laudos arbitrales recientes en el marco de controversias que surgieron de las mismas medidas económicas argentinas que originaron la actual controversia. En cuanto a la falta de proporción de plena protección y seguridad, la Solicitud invoca la cláusula de la nación más favorecida del Artículo 3 del TBI y busca por esa vía recurrir al Artículo 2(2)(a) del TBI Argentina - EE. UU. firmado el día 14 de noviembre de 1991⁷. En cuanto a la expropiación sin indemnización, la Solicitud invoca los términos del Artículo 5 del TBI y se refiere a los casos y los comentarios que apoyan la proposición de que la cancelación de préstamos y bonos o la interferencia en sus arreglos contractuales por un decreto legislativo constituyen actos de expropiación para los que se debe pagar una indemnización.
36. En lo que concierne a la jurisdicción del Tribunal, la Solicitud enumera cuatro condiciones que deben satisfacerse de conformidad con el Artículo 25.1 del Convenio CIADI: la diferencia debe ser de naturaleza jurídica; debe surgir directamente de una

⁶ Solicitud, párr. 43.

⁷ Entró en vigor el día 20 de octubre de 1994.

inversión; debe ser entre un Estado Contratante y un nacional de otro Estado Contratante; y las partes deben haber consentido por escrito en someter la diferencia al Centro. Los Demandantes aducen que se cumplen las cuatro condiciones: la primera porque la controversia se rige por el derecho internacional y en particular por el TBI; la segunda porque el concepto de “inversión” con arreglo al Convenio es amplia y se extiende a los préstamos, incluidos los bonos, en particular si (como en el presente caso) contribuyen al desarrollo económico de un Estado, y porque el propio TBI contempla expresamente los bonos emitidos por el Estado y otros instrumentos de deuda pública en el Artículo 1(1)(c), y el Artículo 1(1)(f) abarca “cualquier derecho de tipo económico conferido por ley o por contrato”; el tercero porque todos los Demandantes son ciudadanos italianos o entidades constituidas en Italia, y tanto Italia como Argentina eran Estados Contratantes en el momento pertinente; la cuarta porque Argentina prestó, con arreglo al Artículo 8 del TBI, su consentimiento anticipado irrevocable al arbitraje a opción de los inversores italianos, incluido el recurso al CIADI, y los Demandantes ejercieron esa opción, de conformidad con precedentes bien establecidos, mediante la presentación de la Solicitud de Arbitraje; por el contrario, las condiciones previas para el recurso al arbitraje con arreglo al Artículo 8 eran claramente inaplicables al presente caso, dada la combinación de la exclusión de las consultas amistosas por la legislación argentina y la prohibición efectiva de recurrir a los tribunales argentinos, tal como se describe *supra* (que en cualquier caso habría sido inútil dentro del período de 18 meses establecido en el Artículo 8).

37. Sobre esa base, la Solicitud persigue la siguiente reparación:

- una declaración de incumplimiento,
- la restitución del valor nominal total de los bonos, más el pago del interés devengado hasta el vencimiento, más el interés compuesto desde el vencimiento hasta la fecha de la Solicitud, más “los otros daños que se demostrará que son consecuencia directa de las violaciones al derecho internacional por la Demandada” [Traducción del Tribunal],
- el interés compuesto sobre lo anterior desde la fecha de la Solicitud hasta la fecha de pago.

2. El Memorial de Excepciones a la Jurisdicción y Admisibilidad

38. En su Memorial de Excepciones a la Jurisdicción y Admisibilidad, presentado el día 21 de mayo de 2009, Argentina solicitó al Tribunal que rechazara la jurisdicción por una serie de razones, la mayoría de las cuales se refirieron a la competencia formal del Tribunal conforme al Convenio CIADI, pero algunas de las cuales se derivaron de la afirmación de que la naturaleza del procedimiento tal como fue iniciado por los Demandantes era tal que privaba a Argentina de sus derechos procesales en calidad de Demandada.

2.1 Los antecedentes del default de Argentina

39. El Memorial prologa el detalle de estas excepciones preliminares ofreciendo la reseña de la propia Argentina sobre los acontecimientos subyacentes a las reclamaciones de los Demandantes. Comienza describiendo la magnitud del colapso de la economía argentina en el período de 1998 en adelante como la peor crisis política, social y económica de su historia moderna, causada por una serie de shocks externos, cuyos efectos siguen presentes. La contracción del PIB en el período 1998-2001 fue comparable a la de los Estados Unidos durante la Gran Depresión de la década de 1930 (quizás incluso mayor), y la reducción de los ingresos públicos obligó a Argentina a cesar los pagos de su deuda externa. La voluntad de tratar con los acreedores en forma equitativa y justa en lo sucesivo quedó demostrada por la colaboración de Argentina con los acuerdos internacionales para reestructurar su deuda externa, que culminó en la realización de ofertas voluntarias a los acreedores, que la mayoría aceptó.
40. El Memorial describe los antecedentes de las emisiones de bonos de la década de 1990, en particular su vinculación con el Plan Brady en lo referente a los EE. UU. y otros programas de reestructuración equivalentes de otras regiones, incluida Europa. Los intereses proclamados por los Demandantes en el presente procedimiento se relacionan con 51 de estas series de emisiones de bonos, pero cada una de las emisiones de bonos se rige por el derecho de un Estado distinto de Argentina, y cada uno incorpora el sometimiento de Argentina a la jurisdicción de tribunales distintos de los argentinos. Ninguna de estas dos características fue fortuita; sino que por el contrario, eran requisitos impuestos por los colocadores en común, precisamente para proteger los intereses de los compradores de títulos de deuda y para asegurarles un

fueron para hacer valer sus derechos en forma independiente de la ley del Estado emisor.

41. El Memorial también da cuenta del proceso por el cual se emitieron los bonos en Europa. Este comenzó con acercamientos a Argentina de los principales bancos de inversión, siguió a través de propuestas competitivas hasta la designación por Argentina de un *lead manager* o consorcio colocador principal para cada emisión de bonos y luego para el establecimiento por el consorcio colocador principal de un sindicato de colocación (sindicato de *underwriters*) y la realización de “road shows” (de las que Argentina participó) para los inversores institucionales (no inversores privados) diseñadas para evaluar el mercado para la emisión de bonos en cuestión. Todo esto culminó en la celebración de un acuerdo de colocación de títulos en virtud del cual los bancos se comprometieron completa e incondicionalmente al pago del precio de compra con sus propios fondos en la fecha de cierre. A partir de ese momento, una vez que había entregado los bonos al consorcio colocador principal a cambio del precio de compra acordado, Argentina quedó fuera del proceso, y la cuestión de la venta y, en ese caso, cuándo y cómo vender los títulos de deuda en el mercado secundario, se convirtió en un asunto exclusivo de los bancos colocadores.
42. Según el Memorial, esta situación tuvo sus propias consecuencias para el proceso de reestructuración después del default de Argentina. Al igual que otros emisores de deuda soberanos, Argentina no tenía conocimiento de la identidad de los tenedores de intereses en sus bonos, ya que normalmente estos tomaron la forma de intereses negociables (conocidos como “títulos de deuda”) con cotización en los mercados bursátiles, sujetos a la libre compra y venta, y estarían en manos de un número muy grande de tenedores beneficiarios durante períodos variables de tiempo, algunos de los cuales podrían ser de hecho muy cortos (horas o incluso minutos). Esto hizo imposible negociar con cada tenedor de un interés en una emisión de bonos, o incluso con grupos de tenedores, sino que en cambio hizo necesaria la realización de estudios de mercado para determinar los términos de una oferta de reemplazo, que es lo que hizo Argentina, con el estímulo, entre otros, de los países del G7, el FMI y el Banco Mundial. Después de que Argentina anunció las directrices generales para la reestructuración de su deuda externa en el mes de septiembre de 2003, se llevaron a cabo una serie de reuniones con los representantes de los tenedores de bonos

minoristas en Zúrich, Roma, Tokio, San Francisco y Nueva York, y además se formaron grupos consultivos de tenedores de bonos en Estados Unidos, Alemania, Italia y Japón. El objetivo era explicar los efectos inevitables de las limitaciones económicas que estaba sufriendo Argentina sobre la deuda en bonos, pero las consultas también permitieron la presentación de contraofertas de los acreedores para la consideración de Argentina durante un largo periodo de más de dos años. Este culminó con la OPC de enero de 2005, que cubrió 152 series de bonos diferentes y unos USD 81.800 millones de deuda en circulación y ofreció a los acreedores un menú de opciones con diferentes combinaciones de descuentos de valores de capital y tasas de interés. La oferta fue aceptada por los tenedores de aproximadamente 76,15% de la deuda en circulación, hecho que la convirtió en lo que fue la mayor reestructuración de deuda soberana de la historia.

43. El Memorial afirma que los instrumentos de canje emitidos en virtud de la OPC han funcionado según sus términos desde entonces. Describe la situación que se produjo de la siguiente manera:

Contrariamente a lo que afirman los Demandantes, este proceso de reestructuración fue totalmente voluntario. No existe legislación de quiebras para Estados, y por lo tanto, no hay manera de exigir a los acreedores que acepten una propuesta de reestructuración de deuda de un Estado, independientemente del porcentaje que podría estar dispuesto a hacerlo. Contrariamente a las disposiciones *cram down* típicas de las leyes de insolvencia locales, cada acreedor conserva en todo momento el derecho de rechazar la propuesta de reestructuración de deuda y de exigir el cumplimiento de sus derechos legales en virtud de los términos de su instrumento de deuda. Es precisamente para preservar estos derechos no afectados que los colocadores de títulos de deuda extranjera emitidos en el exterior siempre insisten en que la deuda se rija por la legislación de una jurisdicción distinta a la del Estado emisor, y que otorgue recursos legales en tribunales distintos de los del emisor. La existencia de esos derechos contractuales, que por lo tanto no pueden verse afectados por ninguna acción del Estado, representa el marco legal en el que se llevan a cabo todas las reestructuraciones de deuda, y proporciona un último recurso para quienes no desean intercambiar voluntariamente sus posiciones.

Siguiendo la misma regla, los tenedores de intereses sobre los bonos que optan por no participar en una reestructuración no pueden esperar razonablemente que el deudor soberano pueda pagarles una suma superior a la que aceptaron los acreedores que sí participaron de la reestructuración. Dado que todo el proceso es por naturaleza voluntario, ningún tenedor de intereses elegiría participar en él si

supiera, o incluso tuviera la expectativa razonable, de que otra persona, en una posición similar, recibiría luego una mejor oferta. Es por ello que la premisa fundamental del proceso de reestructuración de deuda es que el Estado ofrecerá el mismo tratamiento a todos los acreedores que se encuentren en una posición similar.

En el caso de la Oferta de Canje de 2005 de la Argentina, este principio se vio reflejado en una cláusula, que estableció que si la Argentina ofreciera mejores condiciones a los *holdouts*, debería otorgar los mismos términos mejorados a los acreedores que previamente aceptaron la Oferta. Dado que la Oferta de Canje se basó en términos que le permitirían a la Argentina pagar su nueva deuda en el largo plazo, ofrecer pagarle una suma efectivamente superior a cualquier otro en una fecha posterior habría desconocido el objetivo de la reestructuración inicial, y habrían conducido a la Argentina nuevamente a la posición de endeudamiento insostenible que existía antes de la Oferta de Canje⁸.

44. El Memorial concluye esta descripción con una valoración de la contribución de la reestructuración de la deuda en virtud de la OPC a la recuperación económica de Argentina, a la luz de las circunstancias económicas a las que se enfrentaba, antes de ofrecer su propia reseña de la venta posterior de las emisiones de bonos originales en el mercado secundario italiano, en la que hace las siguientes afirmaciones, entre otras:

- que la difusión generalizada de la deuda argentina en el nivel minorista fue particular en Italia; e involucró hasta 450.000 personas o entidades cuyas tenencias promedio apenas ascendieron a €30.000,
- que los tenedores de bonos minoristas adquirieron sus intereses principalmente de bancos italianos que a la vez los habían adquirido de manera típica “en el contexto de una colocación privada dirigida a compradores institucionales”⁹,
- que estas ventas minoristas “masivas” infringieron una serie de regulaciones y leyes italianas relativas a la oferta de títulos al público y a los deberes de los intermediarios financieros en relación con la venta de títulos a clientes minoristas,

⁸ Memorial, párrs. 46-48.

⁹ Memorial, párr. 57.

- que las ventas también infringieron restricciones a la venta contenidas en los términos aplicables a los mismos bonos.

45. Antes de proceder a enunciar sus excepciones preliminares formales, el Memorial detalla las circunstancias en las que los bonistas italianos iniciaron el arbitraje, y en particular se refiere a lo que denomina el “Paquete del mandato de NASAM”, contra la alegación de que la iniciativa de iniciar el arbitraje se originó en una empresa con sede en el Principado de Mónaco llamada North Atlantic SAM (de allí, “NASAM”), que había solicitado a los Demandantes que completaran y firmaran un paquete que consta de “al menos” cinco documentos. Estos incluyeron en particular, en virtud de una carta que alentaba a los demandantes a firmar una “acción colectiva para ser presentada ante el tribunal de arbitraje del CIADI (Banco Mundial) con el fin de recuperar el capital e intereses impagos sobre los bonos del Gobierno argentino¹⁰” y para ello firmar los documentos restantes, un mandato para establecer una relación mandante-mandatario entre el individuo y NASAM (“el Mandato de NASAM”) y un Poder Especial, en inglés e italiano, a favor de Avv. Guisepe Parodi. El Memorial aduce que el Paquete del Mandato de NASAM establece una estructura mediante la cual NASAM controla enteramente las reclamaciones de los Demandantes en cualquier “acción colectiva” incoada en su nombre, incluido el presente arbitraje, mientras que al mismo tiempo no impide que los Demandantes demanden a los bancos italianos por cualquier ilícito que pueda haber ocurrido durante la venta y compra de sus inversiones (y detalla los recursos potencialmente disponibles en ese sentido). Alega también:

- que los Demandantes no tienen ni voz ni voto sobre cómo funcionan las actuaciones arbitrales,
- que no tienen control sobre los abogados que los representan y que no se supone que siquiera entren en contacto con ellos, sino que recibirán toda la información a través de un tercero,

¹⁰ Lettera Ai Portatori Di Bond Argentini, disponible en <http://guardiansa.com/docs/LTR%20ai%20bond%20holders.jpg> (A RA 107).

- que el abogado elegido, Avv. Parodi, fue seleccionado por NASAM, no los inversores, de modo que la relación abogado-cliente es en efecto con NASAM, no con los Demandantes parte del arbitraje,
- que el control de NASAM sobre las actuaciones se refleja en su interés financiero en ellas, representado por su compromiso de financiar el costo (sujeto a un porcentaje de contribución *ad valorem* por cada Demandante) y por su derecho a un honorario en caso de éxito en una escala variable que, en caso de éxito total, equivaldría al 30,5% del valor nominal de los bonos, pero, en el caso de menos del 30% de recuperación, caería a cero,
- que los Demandantes en efecto ceden irrevocablemente a NASAM el derecho a cobrar sobre sus reclamaciones, sujeto a un derecho de reembolso contra NASAM.

El Memorial afirma que, tomados en conjunto, estos factores convierten a NASAM en una auténtica parte interesada en el procedimiento arbitral.

2.II Jurisdicción y admisibilidad

46. En ese contexto, el Memorial presenta las siguientes excepciones a la jurisdicción del Tribunal o a la admisibilidad de los reclamos de los Demandantes.
 - a. *Los reclamos caen fuera del marco del Convenio CIADI y el TBI y violarían el debido proceso.*
47. El Memorial caracteriza al Arbitraje como una “acción colectiva” a través de la cual 180 Demandantes no relacionados intentan someter a arbitraje en forma conjunta sus reclamos contra un Estado en un único procedimiento del CIADI. El intento se describe como extraordinario, carente de precedentes con justa causa, a saber, que los Estados parte del Convenio CIADI no prestaron consentimiento a la jurisdicción sobre acciones colectivas y ni las Reglas de Arbitrajes y Procedimientos del CIADI ni el TBI Argentina-Italia prevén estándares o procedimientos para regir procedimientos de ese tipo. El Memorial afirma que el hecho de no prever procedimientos colectivos en forma explícita no puede ser interpretado en el sentido de permitirlos en forma tácita, en tanto es “prueba adicional y contundente de la ausencia de intención de las

partes de tales instrumentos de permitir dichos reclamos¹¹” e invoca además en su apoyo que las jurisdicciones locales que permiten los reclamos masivos o colectivos generalmente prevén una disposición legal específica, en cumplimiento de una política adoptada. Respalda esto con un análisis de los procedimientos para acciones de clase en los Estados Unidos de América en virtud de la Regla Federal de Procedimiento Civil N° 23, de la disposición prevista en el Reino Unido para los reclamos colectivos en virtud de la Regla de Procedimiento Civil N.º 19, de la legislación sobre reclamos colectivos sancionada recientemente en Italia, y de las Reglas Complementarias para Arbitrajes Colectivos elaboradas por la Asociación Americana de Arbitraje, así como determinados acuerdos en el ámbito internacional, como los Fondo Internacionales de Indemnización de Daños Debidos a la Contaminación por Hidrocarburos y la Comisión de Compensación de las Naciones Unidas, en aras de demostrar que cada uno de ellos contiene rasgos conscientemente limitantes que los presentes reclamos no cumplirían. Llega a la conclusión de que aceptar la existencia de jurisdicción sobre estos reclamos “implicaría ignorar de modo manifiesto” las limitaciones jurisdiccionales impuestas por el Convenio CIADI y el consentimiento otorgado por Argentina en el TBI, y sería fundamentalmente diferente de los reclamos de múltiples partes en los que entendieron otros Tribunales del CIADI hasta el momento, que “comprendieron reclamos acumulados por titulares comunes de derechos respecto de una única inversión o del vehículo de una misma inversión o vinculaciones similares entre los demandantes particulares; no comprendieron reclamos—como aquellos que los Demandantes pretenden aplicar aquí—por parte de personas no relacionadas contractualmente que realizaron sus supuestas inversiones en diferentes momentos, mediante diferentes instrumentos, y en diferentes circunstancias¹²”. De acuerdo con el Memorial, el presente reclamo involucra a “180 tenedores distintos de títulos valores relativos a 50 clases diferentes de bonos, que tienen diferentes legislación aplicable, fechas de emisión, tipo de moneda y montos, que fueron adquiridos en diferentes lugares, a precios y en fechas muy diferentes¹³”, en tanto ningún caso CIADI anterior ha involucrado más de 14 demandantes, y además siempre ha habido una fuerte conexión entre los demandantes sumada a la falta de oposición a su acumulación por parte del Estado demandado (incluso por la

¹¹ Memorial, párr. 91.

¹² *Ibíd.*, párr. 104.

¹³ *Ibíd.*

propia Argentina cuando había una fuerte conexión preexistente¹⁴). El Memorial hace referencia al respecto a las opiniones de Schreuer¹⁵ y Szasz¹⁶, y a un artículo de Parra que describe una propuesta anterior para la creación de una facilidad especial de consolidación a la que podían prestar su consentimiento las partes interesadas¹⁷.

48. En lo que se refiere al segundo aspecto de la excepción (debido proceso), el Memorial plantea una serie de cuestiones que, en la opinión de la Demandada, en el presente caso violaría principios fundamentales del debido proceso, incluidos: la falta de un mecanismo para verificar la identidad de los Demandantes individuales; los múltiples asuntos fácticos y jurídicos que surgirían al desentrañar la naturaleza y las circunstancias de sus respectivas tenencias que sería inmanejable e injusto para Argentina en su calidad de Demandada; y el hecho de que los Demandantes no ofrezcan ninguna solución en cuanto a cómo podría la Demandada, dentro de un período de tiempo razonable, abordar todos estos temas respecto de las presentaciones por escrito de cada Demandante, menos aún en el contra-interrogatorio y en las presentaciones orales durante el curso de una audiencia. El Memorial detalla las principales cuestiones de la siguiente manera:

“si cada Demandante individual tiene nacionalidad italiana, no tiene nacionalidad argentina, y no estuvo domiciliado en la Argentina durante más de dos años antes de adquirir sus derechos a los títulos valores, el lugar de incorporación, sede, y estado legal conforme al derecho italiano de cada una de las entidades enumeradas en el listado de Demandantes, si las personas y entidades adicionales identificadas en el pedido de información (*discovery*) son sucesores de los derechos jurídicos representados por los derechos a los títulos valores de las personas enumeradas previamente como Demandantes (y sus consecuencias para la jurisdicción del Tribunal), el supuesto monto invertido por cada Demandante (precio de compra), las circunstancias de la adquisición de sus derechos al título valor por parte de cada Demandante, incluyendo la fecha en que se adquirió el título valor, la identidad y las características de cada persona que vendió el derecho al título valor a cada Demandante, qué revelaciones y afirmaciones, si las

¹⁴ Tales como *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International Inc. c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/02/1 (de aquí en adelante “*LG&E*”), *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/97/3 (de aquí en adelante “*Compañía de Aguas del Aconquija*”), y *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/03/17, (de aquí en adelante “*Suez*”).

¹⁵ Christoph H. Schreuer, *ICSID Convention: A Commentary* (2001), pág.162 (AL RA 4).

¹⁶ Paul Szasz, *The Investment Dispute Convention—Opportunities and Pitfalls* (How to Submit Disputes to ICSID), 5 *Journal of Law and Economic Development* (1970), págs. 23, 28 (AL RA 6).

¹⁷ A.R. Parra, *Desirability and Feasibility of Consolidation: Introductory Remarks*, 21 *ICSID-Review Foreign Investment L.J.* (2006), págs. 132, 134 (AL RA 8).

hubiera, cada vendedor hizo a cada Demandante, si dicha venta violó requisitos contractuales y legales, las circunstancias y los términos y condiciones de cada una de las 50 emisiones de bonos, incluyendo la existencia de las distintas cláusulas de derecho aplicable y del foro, el flujo y uso de los fondos resultantes de la emisión de los bonos originales, como evolucionó el valor de cada bono antes y después de las medidas refutadas, y el valor del derecho a cada título valor en la fecha de adquisición¹⁸”.

Asevera que el trato individual de las circunstancias de cada uno de los Demandantes fue crucial en este caso ya que – a diferencia de los mecanismos internacionales que disponen los reclamos colectivos cuando se ha establecido la responsabilidad de antemano y donde sólo queda el tema de la cuantía de los daños – en el presente caso todavía había que establecer la responsabilidad conforme al TBI Argentina-Italia y esta cuestión estaba muy discutida aquí en cuanto a cada Demandante individual.

49. El Memorial alega además que no existe ninguna relación entre los Demandantes individuales, que estaban iniciando acciones sobre 50 clases distintas de bonos, que estaban regidos por normas, fechas de emisión, tipos de moneda, y montos distintos, y que fueron adquiridos en lugares distintos, a precios distintos, y en fechas distintas.
50. Por último, el Memorial destaca la ausencia de un representante legal que pueda representar de manera adecuada y justa, y perseguir con vigor los intereses de los Demandantes individuales.

b. Los Demandantes no han otorgado válidamente su consentimiento al arbitraje del CIADI

51. El Memorial recuerda que el consentimiento para el arbitraje por parte de un Estado receptor contenida en una disposición de una ley o tratado no es más que una oferta que debe ser aceptada válidamente por el inversionista a fin de que se perfeccione el consentimiento a los fines del Artículo 25(1) del Convenio CIADI. En tanto la afirmación de los Demandantes es que su consentimiento fue establecido en el curso normal mediante la presentación de la propia Solicitud de Arbitraje, el Memorial afirma que, en tanto la Solicitud no fue suscripta por los Demandantes en persona, sino por un abogado que declaraba actuar en su nombre, la efectividad de su consentimiento depende de si el abogado estaba o no debidamente autorizado por los Demandantes a hacerlo. En este aspecto, el Memorial destaca el hecho de que en

¹⁸ Memorial, párr. 110.

ninguna parte del Poder (véanse párrafos 32 y 45 *supra*) se hace mención alguna al CIADI, tampoco al TBI Italia-Argentina, la única referencia se presenta en dos de los considerandos del Mandato NASAM, y afirma que en ambos casos la referencia constituye información que NASAM le brinda al destinatario, pero no constituye ninguna forma de autorización otorgada por el destinatario. Por último el Memorial señala la circunstancia de que, de hecho, los Demandantes no firmaron la Solicitud de Arbitraje, aunque en los documentos que constituían el ‘paquete’ estaba específicamente previsto que deberían hacerlo; de esto se desprende que la mera presentación de la Solicitud por parte del abogado de los Demandantes sin la firma de los Demandantes no es susceptible de satisfacer el requisito de consentimiento escrito dispuesto por el Artículo 25(1) del Convenio CIADI.

52. El Memorial sostiene además que, incluso asumiendo *arguendo* que el Mandato NASAM y el Poder, los únicos instrumentos efectivamente firmados por los Demandantes, sí incluían el consentimiento escrito de los Demandantes, dicho consentimiento sería inválido porque ambos instrumentos no observan requisitos de fondo y forma del Derecho italiano, como derecho aplicable que los regula; los defectos conciernen tanto a cuestiones de forma, que determinan cómo debe celebrarse un Poder, como de fondo, que determinan cuáles deben ser las relaciones entre el cliente y el abogado, y estos defectos vician todos los instrumentos en el paquete, en virtud de la doctrina italiana de los *negozi collegati*. En particular, la estructura conforme a la cual los Demandantes, en efecto, entregan todo el control sobre el manejo de sus reclamos en favor de NASAM es incompatible con los requisitos del Artículo 77 del Código de Procedimiento Civil Italiano.

c. No hay ‘inversión’...

53. El Memorial sostiene que el Tribunal carece de jurisdicción *ratione materiae* en tanto los activos respecto de los cuales los Demandantes reclaman no califican como “inversiones” a los fines del Convenio CIADI o el TBI. Las simples aseveraciones de los Demandantes al respecto están distorsionadas por el hecho (a) de que el TBI no incluye referencia alguna a “bonos” ni a “derechos derivados de bonos”, y que en cualquier caso (b) se deben cumplir un conjunto de criterios estrictos a fin de convertir tenencias de estas clases en inversiones protegidas conforme al sistema del CIADI.

i. ... en virtud del Convenio CIADI

54. En lo que se refiere al punto (b), el Memorial se funda en una serie de casos CIADI para argumentar que el propio Convenio CIADI se basa en un concepto autónomo de “inversión” que debe cumplirse y que no se encuentra determinado por los términos de un TBI particular. Cita con aprobación la decisión del tribunal en *Joy Mining* de que:

“Las partes de una disputa no pueden definir como inversión, mediante un contrato o un tratado y a los fines de la jurisdicción del CIADI, una cosa que no satisface los requisitos objetivos del artículo 25 del Convenio. De lo contrario, el artículo 25 y su dependencia del concepto de inversión, aun cuando no se encuentre específicamente definido, se convertiría en una disposición sin sentido¹⁹”.

55. Para establecer los criterios que van a determinar si un activo constituye una “inversión” a los fines del Convenio CIADI, el Memorial se basa en los Laudos de los casos *Salini*, *Joy Mining*, y *Phoenix Action*²⁰ para respaldar su afirmación de que pueden entrar en juego hasta siete criterios: duración; regularidad de rendimiento; riesgo; compromiso significativo; contribución sustancial a la economía del Estado receptor; conformidad con las leyes locales y buena fe. El Memorial afirma que las dudas respecto de si los activos de los Demandantes cumplen con cualquiera de los primeros cinco criterios son tan considerables que exigen la conclusión de que no caen dentro del concepto de ‘inversión’ en virtud del Convenio. Específicamente –

- Los Demandantes no se han comprometido, menos aún de manera significativa; la única información brindada por los Demandantes es el valor nominal de sus derechos sobre títulos, pero nada siquiera con respecto al precio que han pagado por ellos.
- Comparado con el criterio establecido en Laudos anteriores del CIADI que una inversión debería como mínimo tener una duración de entre dos y cinco años, los Demandantes no han proporcionado información alguna en relación con la duración pretendida de sus activos, una cuestión de exclusivo control de cada tenedor individual; la naturaleza de los derechos

¹⁹ *Joy Mining Machinery Limited c. República Arabe de Egipto*, Caso CIADI N.º ARB/03/11, Laudo sobre Jurisdicción, 6 de agosto de 2004, (de aquí en adelante “*Joy Mining c. Egipto*”), (AL RA 46), párr. 50.

²⁰ *Phoenix Action Ltd c. República Checa*, Caso CIADI N.º ARB/06/5, Laudo, 15 de abril de 2009, (de aquí en adelante “*Phoenix Action*”) (AL RA 44).

sobre títulos adquiridos en el mercado secundario es tal que no precisan ser mantenidos por ningún plazo en particular ya que son libremente transables, y pueden ser vendidos de manera virtualmente instantánea a partir de su compra. Incluso si se tomaran como guía las fechas de vencimiento, un gran número de Demandantes compraron derechos sobre títulos con una duración de menos de cinco años, y algunos parecen haberlos comprado inmediatamente antes de su vencimiento.

- No existe evidencia alguna de que el riesgo asumido fuera otro que el riesgo comercial ordinario, por cuanto los Tribunales han sostenido que los contratos comerciales ordinarios no pueden ser considerados como “inversiones”²¹.
- El hecho de que los derechos sobre títulos sean transferidos de manera fácil y recurrente implica a su vez que no existe regularidad de ganancias y rendimientos para los Demandantes, quienes habrían podido adquirir los derechos sobre títulos en cuestión en cualquier momento, incluso el día inmediatamente anterior a la fecha de vencimiento, en cuyo caso no habría habido regularidad alguna en el rendimiento.
- Del mismo modo, los derechos sobre títulos de los Demandantes no han contribuido en absoluto a Argentina; sirvieron meramente para reembolsar a los bancos colocadores e intermediarios que asumieron toda la responsabilidad por la venta de los derechos sobre títulos en el mercado abierto de conformidad con las leyes y regulaciones aplicables en los lugares de venta. Corresponde a la naturaleza de las operaciones del mercado secundario que su producido “corresponda a los inversores y comerciantes vendedores, no a las compañías que emitieron originalmente los títulos valores²²”, mientras que el beneficio económico para Argentina derivó de los contratos celebrados por esta última con los propios agentes colocadores.

²¹ Cf. *Joy Mining c. Egipto* (AL RA 46), párr. 57.

²² Memorial, párr.176, citando a *Barron's Financial Guides* (6th ed.).

ii. ... en virtud del TBI

56. En lo que se refiere al punto (a), el Memorial comienza con una indicación de lo que considera como errores en la traducción al inglés realizada por los Demandantes del Artículo 1(1)(c) del TBI, y señala que las versiones en idioma español e italiano constituyen los textos auténticos, y por lo tanto, válidos para la interpretación, conforme a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Afirma que el hecho de no haber utilizado en ninguno de los dos idiomas un término equivalente al inglés “*bonds*” debe entenderse como prueba de que las Partes Contratantes tuvieron la intención de excluir a los bonos del ámbito de aplicación del TBI.
57. Posteriormente el Memorial afirma que en cualquier caso las cláusulas del derecho aplicable en los propios derechos sobre títulos excluyen a estos instrumentos del ámbito de inversiones protegidas en virtud del TBI. Invocando la decisión del Tribunal de *Bayview* de que la “característica destacada” de una inversión protegida es que “esa inversión se rige principalmente por el derecho aplicable de un Estado distinto del Estado de la nacionalidad del inversionista, y que ese derecho es creado y aplicado por un Estado que no es el Estado de la nacionalidad del inversionista²³”, el Memorial afirma que las leyes argentinas no son aplicables a ninguno de los derechos sobre títulos en cuestión en este arbitraje, tampoco reguló la emisión o venta de los derechos sobre títulos ninguna ley o regulación creada o aplicada por las autoridades argentinas.

iii. ... en virtud de violaciones del derecho aplicable

58. El Memorial asevera asimismo que la compra y venta de derechos sobre títulos a los Demandantes se realizó en violación del derecho aplicable, el derecho italiano, y que por consiguiente los derechos sobre títulos no pueden ser inversiones que recaigan bajo la protección del TBI. Esta conclusión se funda en el argumento de que la referencia expresa “de conformidad con el ordenamiento jurídico” en el Artículo 1 del TBI constituye un reflejo del orden público general y del principio de buena fe, con el resultado de que no puede interpretarse que el Tratado proteja a los activos adquiridos de manera ilegal. En virtud de las normas sobre conflictos de leyes de Argentina, la validez de los contratos celebrados fuera del territorio de Argentina, y las

²³ *Bayview Irrigation District y otros c. Estados Unidos de México*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/05/1, (de aquí en adelante “*Bayview*”) (AL RA 54), párr. 98.

obligaciones que surgen de esos contratos, se rige por las leyes del lugar en que fue celebrado el contrato, es decir, en el presente caso, Italia. Sin embargo, de acuerdo al derecho italiano, los términos y condiciones de los bonos prohibían expresamente la venta de derechos sobre títulos a compradores poco sofisticados que no reunieran los requisitos correspondientes, y se incluyó una restricción específica a ese fin en casi todos los prospectos o acuerdos de suscripción. El Memorial establece que, en consecuencia, la adquisición de derechos sobre títulos por parte de los Demandantes del presente caso fue ilegal tanto en virtud del derecho italiano como del derecho argentino.

iv. ... en el territorio de Argentina

59. Por último el Memorial afirma que los derechos sobre títulos no cumplen con el requisito de territorialidad en el TBI, en tanto no hubo, de hecho, inversión alguna “en el territorio de” Argentina, como se exige con arreglo la definición de “inversión” en el Artículo 1(1) del TBI. El Memorial se basa en el texto equivalente del Preámbulo del TBI, y en el razonamiento de los Tribunales en *SGS c. Filipinas*²⁴, y *Canadian Cattlemen*²⁵, para respaldar su argumento de que el sentido corriente de los Artículos 1(1) y (2) excluye del ámbito del TBI a las inversiones realizadas fuera del territorio del Estado demandado, con independencia de que fueran beneficiosas para ese Estado.
60. El Memorial afirma además que se combinan una serie de factores para mostrar que los activos por los que se reclama no están, en efecto, invertidos “en el territorio de” Argentina, a saber:-
- los derechos sobre títulos de los Demandantes no se encuentran físicamente localizados dentro del territorio de Argentina;
 - las compras por parte de los Demandantes de los derechos sobre títulos fueron realizadas fuera del territorio argentino;

²⁴ *SGS Société Générale de Surveillance SA c. República de Filipinas*, Caso CIADI N.º ARB/02/6, Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción, 29 de enero de 2004, (de aquí en adelante “*SGS c. Filipinas*”) (AL RA 57).

²⁵ *Canadian Cattlemen for Fair Trade c. Estados Unidos*, TLCAN/CNUDMI, Laudo sobre Jurisdicción, 28 de enero de 2008, (de aquí en adelante “*Canadian Cattlemen*”) (AL RA 59).

- los derechos sobre títulos de los Demandantes se encuentran registrados fuera del territorio argentino;
- todos los derechos sobre títulos de los Demandantes están regidos por leyes extranjeras;
- y todos los derechos sobre títulos de los Demandantes son exigibles en jurisdicciones extranjeras.

El Memorial reitera una vez más que las ganancias de la compra de derechos sobre títulos efectuada por parte de los Demandantes no fue devengado por Argentina, los Demandantes no pusieron a disposición de Argentina suma alguna y los derechos sobre títulos de los Demandantes no generaron “capital a disposición de la Argentina”. El Memorial asevera que no hubo una relación contractual entre la compra inicial de los bonos y la venta secundaria de los derechos sobre títulos en estos bonos.

d. La falta de establecimiento de una violación prima facie del tratado

61. El Memorial afirma como principio general bien establecido que una corte o tribunal internacional se debe satisfacer en la etapa preliminar de que el reclamo presentado ante sí puede estar dentro de los límites del tratado invocado, y cita como apoyo a los casos *Ambatielos* y *Oil Platforms* ante la Corte Internacional de Justicia, aplicando una prueba prima facie que a su vez ha sido aplicada por un gran número de Tribunales del CIADI, incluso en *SGS c. Filipinas* y *Salini*.
62. Sobre esa base, el Memorial afirma que los Demandantes

“no establecen un caso argumentable bajo el TBI que la Argentina interfirió con sus derechos sobre los intereses en los bonos en ejercicio de su autoridad soberana bajo ninguna de sus teorías legales. De hecho, era imposible para la Argentina hacerlo. Los derechos sobre los intereses en los bonos de los Demandantes y los bonos subyacentes se rigen por derecho extranjero y son exigibles en tribunales extranjeros. Los bonos y derechos sobre los intereses de los bonos están, por lo tanto, más allá del ámbito de jurisdicción legislativa de Argentina y están sujetos a la jurisdicción de tribunales extranjeros sobre los cuales la Argentina no tiene influencia. La Argentina no podía ni alteró o canceló los derechos representados por los derechos sobre los intereses de los bonos de los Demandantes a través del ejercicio de su autoridad soberana porque esos derechos no fueron creados por y no están

sujetos al derecho argentino, y son exigibles en tribunales locales fuera de la Argentina²⁶”.

63. En cambio, el Memorial dice, los Demandantes no tienen más que un reclamo contractual, que no podría ser cognoscible por el Tribunal a menos que la Demandada hubiese interferido con sus derechos contractuales, actuando no como una parte contractual sino en ejercicio de su *puissance publique*. El Memorial afirma asimismo que no queda abierto a los Demandantes evadir este hecho esencial mediante el intento de disfrazar sus reclamos refiriéndose a que las acciones de Argentina “no respetan su obligación de pagar capital e intereses de conformidad con las condiciones de los Bonos”, o “imponen sobre los Demandantes las condiciones escandalosas de la OPC de ‘tómalo o déjalo’”, o “continúan negándose a hacer un esfuerzo de buena fe para reestructurar su deuda en términos razonables incluso después de su sólida recuperación económica que le ha permitido pagar una fracción importante de su deuda pendiente²⁷” [Traducción del Tribunal]. Sin embargo, estas alegaciones no son capaces de constituir violaciones al TBI porque está bien establecido que un mero incumplimiento en el pago de una deuda contractual no puede en sí mismo importar una violación del derecho internacional, el derecho internacional tampoco prohíbe a un deudor ofrecer a sus acreedores condiciones de acuerdo u ofrecer un trato especial a los acreedores que sí aceptan las condiciones de acuerdo, constituyendo todas estas acciones que estarían abiertas a cualquier parte contractual. Asimismo, la afirmación en la Solicitud de que “las acciones de Argentina han privado definitivamente a los Demandantes de la propiedad de los Bonos sin una adecuada compensación efectiva o inmediata” [Traducción del Tribunal] se contradice abiertamente con las afirmaciones que realizan sus propios bancos, incluidas en los anexos a la Solicitud, en el sentido de que los bonos se encuentran “actualmente en plena propiedad y disponibilidad²⁸” [Traducción del Tribunal] de los Demandantes mencionados. En síntesis, los Demandantes simplemente están aseverando que Argentina incumplió en el pago a los Demandantes de sus derechos contractuales, lo que sin embargo no equivale a una expropiación con arreglo al derecho internacional. Este análisis de la naturaleza fundamental de los reclamos de los Demandantes se ve además reforzado por los términos de los Poderes que ellos otorgaron, que nunca hace referencia a derechos en

²⁶ Memorial, párr. 224.

²⁷ Estas citas son del párr. 43 de la Solicitud.

²⁸ Cf. Anexo C-2.

virtud del TBI sino sólo a la propiedad en los bonos y los créditos adeudados en virtud de ellos.

64. Por lo tanto los Demandantes no establecen un reclamo *prima facie* en virtud del TBI, y este defecto fundamental no puede ser subsanado mediante la invocación de la cláusula de nación-más-favorecida en el TBI en un intento de lograr obtener la protección del principio de “plena protección y seguridad” ya que en la Solicitud no se ofrece ningún argumento que lo justifique o indique de qué manera se aplicaría a los reclamos de los Demandantes.

e. La ausencia de jurisdicción ratione personae y de legitimación activa por parte de los Demandantes

65. El Memorial afirma que recae sobre los Demandantes la carga de establecer que son “nacionales de un Estado Contratante” (distinto de la Demandada) a los fines del Artículo 25(2) del Convenio CIADI, y también (de manera positiva) que cumplen con la definición de “inversor” en virtud del Artículo 1(2) del TBI y (de manera negativa) que no están impedidos de conformidad con la disposición correspondiente en el Protocolo Adicional al TBI; sin embargo la Solicitud meramente afirma la nacionalidad italiana y ni la solicitud ni los documentos presentados en respaldo ofrecen material suficiente para substanciar el elemento de tiempo o para permitir la aplicación de los criterios en el Protocolo Adicional, por ejemplo con relación a la doble nacionalidad, que se permite tanto en la legislación italiana como en la legislación argentina, o con relación al domicilio en Argentina con anterioridad a la realización de la inversión reclamada. Dado que la legislación de nacionalidad italiana se basa en el *ius sanguinis*, en tanto la legislación de nacionalidad argentina se basa en el *ius solis*, y que en virtud de que en ambos conjuntos de leyes la nacionalidad puede adquirirse por otros motivos, tales como matrimonio, residencia o naturalización, las meras declaraciones de nacimiento y residencia no son suficientes para el establecimiento *prima facie* de nacionalidad. Estas irregularidades están exacerbadas, según el Memorial, por las inconsistencias en la documentación de los Demandantes con respecto a la identificación de quiénes son los Demandantes. El Memorial alega que determinadas personas cubiertas en la producción de documentos de los Demandantes no aparecían en el listado de Demandantes en la Solicitud, en tanto, por

el contrario, algunos Demandantes enumerados en la Solicitud no estaban cubiertos en la producción de documentos.

f. La ausencia de una inversión en la República Argentina

66. El Memorial señala que en virtud del TBI las definiciones de “inversor” e “inversión” están vinculadas de manera inherente, de lo que sigue que ninguna persona puede ser considerada como “inversor” con arreglo a la definición del Artículo 1(2) sin haber realizado una inversión²⁹ “en el territorio de” la otra Parte Contratante (en este caso Argentina). Sin embargo, por las razones que ya se han esgrimido, ninguno de los derechos sobre títulos de los Demandantes cumple con este criterio.

g. La falta de legitimación procesal de los Demandantes

67. El Memorial asevera que los derechos sobre títulos de los Demandantes no representan intereses legales en los bonos subyacentes. La consecuencia sería que, incluso si se pudiera considerar que los propios bonos fueran “inversiones” dentro del significado del TBI, no sería lo mismo para los derechos sobre títulos dado que estos estarían remotamente relacionados con los bonos. En sustento de ello, el Memorial establece que los Demandantes adquirieron sus derechos sobre títulos en el mercado secundario de los bancos italianos, y que los bancos, a su vez, habían adquiridos sus derechos sobre títulos a través de un estrato de intermediarios, que variaron de un caso a otro. Establece además que ni los Demandantes ni los bancos a quienes estos les compraron los bonos tienen relación contractual con Argentina o los suscriptores. Sostiene además que los derechos sobre títulos de los Demandantes se encuentran registrados en las cuentas de los bancos italianos, no en las cuentas de los propietarios registrados de los bonos, las organizaciones de *clearing*, con el resultado de que los Demandantes están al menos un escalón más alejado que un banco italiano o intermediario que tiene una cuenta en la organización de *clearing*. Propone que este sistema de tenencia indirecta implica un punto de corte más allá del cual los reclamos no serían admisibles dada la distancia de su relación con la inversión. Por último el Memorial establece que los activos de los Demandantes se encuentran más allá del punto de corte, como lo prueba el hecho de que caen fuera del consentimiento de Argentina al arbitraje, y por lo tanto en cualquier caso deberían ser declarados inadmisibles.

²⁹ O se encuentre en el proceso de hacerla o ha asumido una obligación de hacerla.

68. El Memorial plantea otros dos argumentos en favor de esta afirmación de inadmisibilidad. El primero es que los Demandantes son libres de continuar los recursos contra los bancos a quienes les compraron (y uno de los Demandantes al menos ya lo había hecho ante los tribunales italianos, al perseguir la nulidad o rescisión del contrato de compraventa), y que las cuestiones de ese tipo deberían ser determinadas antes de que procediera el arbitraje. El segundo es que los Demandantes están llevando adelante sus demandas en beneficio de un tercero (NASAM), que carece de legitimación procesal para incoar procedimientos arbitrales por derecho propio, y esto constituye un abuso del proceso. Fue NASAM quien tomó la decisión de incoar los procedimientos, no los Demandantes, de manera individual o colectiva, y NASAM retiene la facultad exclusiva de impartir instrucciones a los abogados, y de llegar a un acuerdo de conciliación, incluida la decisión respecto de si las condiciones del acuerdo de conciliación son viables o no.

h. El incumplimiento de las condiciones previas en virtud del Artículo 8 del TBI

69. El Memorial destaca las disposiciones del Artículo 8 del TBI que, asevera, establece un sistema de resolución de controversias organizado en varios niveles, según un orden secuencial, comenzando con consultas amistosas, y procediendo a través del recurso a las autoridades administrativas o judiciales del Estado receptor, y finalmente a la posibilidad de arbitraje internacional, pero sólo si han transcurrido 18 meses desde la notificación del recurso local. En el caso que nos ocupa los Demandantes han pasado, de manera inadmisiblemente, a la tercera fase sin proceder a través de las fases anteriores. El Memorial rechaza ambas razones aducidas por los Demandantes para su incumplimiento: que en las circunstancias las condiciones establecidas en el Artículo 8 no resultan de aplicación, o, alternativamente, que las consultas directas habrían sido infructuosas, a la luz de la actitud “hostil y no cooperativa” de la Demandada, y ante la Ley Argentina N° 26.017.

70. En lo que se refiere a la aplicabilidad de los pasos anteriores en virtud del Artículo 8(1) y (2) del TBI, el Memorial invoca el enfoque corriente en virtud de las disposiciones de arreglo de controversias de los tratados de protección de inversiones y la decisión del Tribunal en el arbitraje de *Wintershall c. Argentina*³⁰ que sostuvo las

³⁰ *Wintershall Aktiengesellschaft c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/04/14, Laudo, 8 de diciembre de 2008, (de aquí en adelante “*Wintershall*”) (AI RA 78).

disposiciones “interdependientes e interrelacionadas” sobre solución de controversias del TBI Argentina-Alemania que, afirma, están íntimamente relacionadas a aquellas del presente TBI. Destaca, en particular, el hecho de que el párrafo (2) del Artículo 8 (que contempla el recurso a las autoridades o tribunales nacionales) y el párrafo (3) (que se refiere al arbitraje internacional), comienzan con la palabra “Si”, por lo tanto indican claramente la existencia en cada caso de una condición anterior que debía cumplirse. El Memorial niega asimismo, a nivel fáctico, la alegación de la actitud “hostil y no cooperativa” de Argentina, citando las “medidas significativas” adoptadas por Argentina durante varios años para comunicarse con los compradores y sus representantes y que la OPC fue producto de estas conversaciones, y reflejó los aportes de numerosos grupos de acreedores. En el plano jurídico, niega además que la Ley N° 26.017 hiciera algo más que establecer un “proceso interno” que impediría que el Poder Ejecutivo reabriera la Oferta de Canje sin la autorización del Poder Legislativo. En otras palabras, la Ley N° 26.017 no hizo que los acuerdos con Argentina resultaran imposibles o inútiles: sólo exigió el consentimiento del Poder Legislativo para cualquier acuerdo.

71. En lo que se refiere a la espera de 18 meses establecida por el Artículo 8(3) del TBI, el Memorial refuta aquello a lo que se refiere como “excusas” planteadas por los Demandantes para no hacer el intento de cumplir con este requisito. Señala la ausencia de toda *jurisprudence constante* en favor de las afirmaciones de los Demandantes de que la disposición carecía de carácter jurisdiccional, citando en particular las decisiones de los Tribunales en *Wintershall c. Argentina* y *Enron c. Argentina*³¹. Asevera asimismo que una denegación categórica de esta disposición, y de la evidente intención subyacente, se opone por completo al principio básico de *effet utile* en la interpretación de los tratados. Se muestra asimismo en desacuerdo con la invocación de los Demandantes a una excepción a la aplicación de esta disposición (y otras de un tipo similar) en circunstancias en las que sería inútil el recurso a los tribunales o autoridades locales, aduciendo que una inutilidad aseverada debe ser “evidente” o “manifiesta”; que el Artículo 8(3) establece sólo que una controversia debe ser sometida a los tribunales o autoridades locales, no que debe ser necesariamente resuelta dentro de los 18 meses de la presentación, siendo la intención

³¹ *Enron Creditors Recovery Corporation and Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina* (conocido anteriormente bajo el nombre de *Enron Corporation*, de aquí en adelante “*Enron c. Argentina*”), Caso CIADI No. ARB/01/3, Decisión sobre Jurisdicción, 14 de enero de 2004 (AL RA 75).

de las Partes Contratantes que los tribunales o autoridades locales deberían tener la oportunidad de decidir la controversia antes de que se abriera la vía al arbitraje; y que, en base a la experiencia real, no existía razón fáctica o jurídica alguna por la cual los tribunales argentinos no podrían decidir una controversia de este tipo, y hacerlo dentro del plazo prescripto por el TBI.

72. Por todas las razones enumeradas *supra*, el Memorial busca obtener una decisión concluyendo que el Tribunal (y el CIADI) carece de competencia sobre la controversia, y que se le concedan a la Demandada sus costos y gastos.

3. El Memorial de Contestación sobre Jurisdicción y Admisibilidad de los Demandantes

73. En su Memorial de Contestación sobre Jurisdicción y Admisibilidad, presentado el 5 de noviembre de 2009, los Demandantes refutaron la descripción de las circunstancias en torno a la cesación de pagos de la deuda respaldada con bonos de Argentina y expusieron en mayor detalle sus razones para aseverar que tanto el CIADI como este Tribunal tienen jurisdicción para entender esta controversia, que debería ser declarada admisible.

3.1 Los antecedentes del default de Argentina

74. El Memorial de Contestación comienza con una refutación de la descripción fáctica de la Demandada comprendida en el Memorial, alegando que la Demandada ofrece una explicación distorsionada e interesada que está diseñada para presentarse como una víctima inocente de la crisis que la condujera a su cesación de pagos en lugar de como la autora de esa cesación de pagos, siendo responsable de sus consecuencias. Alega que (aunque esta es propiamente una cuestión para los méritos del caso) fueron las políticas indisciplinadas y de despilfarro de la propia Argentina las que condujeron al colapso financiero en los años 2001-2002. Cita en este contexto un informe del año 2004 de la Oficina de Valuación Independiente del FMI, y los serios efectos a largo plazo del régimen de convertibilidad que establecía la paridad entre el peso argentino y el dólar estadounidense, a un tipo de cambio fijo de uno-a-uno, en el contexto de su incapacidad de mantener una disciplina fiscal y control del gasto público (provincial y nacional) y en particular controlar el nivel de la deuda externa pública. Alega que las autoridades gobernantes de Argentina sabían lo que era necesario, ya que esto estuvo

en el centro de las conversaciones con el FMI en la década de los años 1990, pero que sin embargo no introdujeron las reformas estructurales necesarias. Plantea las razones económicas por las cuales la deuda argentina debería haberse mantenido en un nivel bajo, y compara esto con el crecimiento de la relación deuda-PIB de 35,1% en 1994 a 64,1% en 2001. Alega que Argentina no evaluó un nivel sustentable de deuda nacional y se endeudó masivamente, por encima de su capacidad de pago, principalmente en los mercados internacionales y especialmente en moneda extranjera. Afirma que, si Argentina hubiera sido una diseñadora y ejecutora de políticas responsable y hubiera gastado y contraído deuda en forma prudente, habría evitado la crisis de 2001 y podido cumplir con los servicios de su deuda.

75. El Memorial de Contestación continúa con su propio relato de lo que ocurrió como consecuencia de la cesación de pagos de Argentina, la que describió como de proporciones históricas, que llevó a un aumento de la relación deuda-PIB a 150% en 2002 con posterioridad a la devaluación de la moneda que siguió al abandono de la paridad con el dólar estadounidense. El Memorial de Contestación afirma que el saldo total de la deuda en el año 2004 ascendía a USD 195.500 millones, 53% de los cuales estaban conformados por bonos, que tenían un capital acumulado impago de USD 81.200 millones y devengaba intereses de USD 22.900 millones; de este endeudamiento garantizado con bonos, 47% era de titularidad de ciudadanos argentinos y el 35% estaba en poder de inversores privados concentrados en Italia, Suiza y Alemania (el 18% restante se encontraba dividido entre los Estados Unidos de América, Asia y América Latina). Afirma además que, aunque Argentina adoptó algunas de las medidas necesarias para hacer frente a esta situación, no ocurrió lo mismo con respecto a la restructuración de su deuda aunque para el año 2004 había tenido éxito en controlar la inflación, estabilizar la moneda y efectivamente generar un superávit fiscal de entre 3 y 4%. Sin perjuicio de ello, la restructuración de deuda no tuvo lugar hasta los primeros meses del año 2005 y adoptó la forma, que el Memorial de Contestación alega, de “imp[oner] a los tenedores de sus bonos, sin negociación de buena fe alguna, una oferta escandalosa del tipo ‘tómalo o déjalo’, sin precedentes en la historia de la restructuración de deuda soberana y totalmente apartada de los lineamientos de restructuración de deuda soberana comúnmente

aceptados³²». El Memorial de Contestación sostiene que, en oposición a las afirmaciones de la Demandada, esta última nunca negoció de buena fe con sus tenedores de bonos ni puso en consideración sus contraofertas, sino que ordenó una oferta a los tenedores de bonos que declaró que no sería mejorada.

76. El Memorial de Contestación refuta el argumento de Argentina de que los Estados soberanos desconocían la identidad de los tenedores de sus bonos externos o los intereses sobre ellos, de modo que sería imposible negociar en forma separada con cada persona que reclame intereses sobre los bonos, o incluso con grupos de personas, replicando que la obligación de un Estado emisor es negociar no con los tenedores individuales de sus bonos sino con grupos o categorías de tenedores de los mismos; en tanto admite que en efecto se celebraron reuniones con los representantes de los acreedores e incluso que Argentina estableció grupos consultivos con tenedores de títulos en Estados Unidos, Alemania, Italia y Japón, niega que Argentina hiciera un esfuerzo genuino para negociar las contraofertas de estos grupos, aferrándose en cambio a su propia propuesta, que imponía a los tenedores de bonos un alto porcentaje de pérdida sin precedentes. El Memorial de Contestación presenta su propio relato de la historia de la oferta de Argentina a los tenedores de bonos desde la propuesta de Dubái en el mes de septiembre de 2003, pasando por el rechazo de los grupos de acreedores y las críticas del FMI, hasta las reuniones con los grupos de tenedores de bonos en el mes de abril de 2004 (que caracteriza como la mera presentación de las condiciones argentinas) y la oferta de Buenos Aires del mes de junio de 2004 y las críticas de aquella por parte de los representantes de los tenedores de bonos, y finalmente hasta la OPC del mes de enero de 2005 (que describe como una versión apenas modificada de la oferta de Buenos Aires). Se refiere además a la sanción, durante el breve período en el cual la OPC se encontraba abierta para su aceptación, de la Ley N° 26.017, comúnmente conocida como *Ley Cerrojo*³³, y al hecho de que el 50% de las aceptaciones de la OPC tuvieron lugar en la quincena que siguió a la promulgación de esta Ley.
77. El Memorial de Contestación sintetiza de la siguiente manera las características principales de la OPC, que en conjunto establecen su “total ilegalidad conforme al derecho internacional”:-

³² Memorial de Contestación, párr. 58.

³³ ‘Cerrojo’ es el vocablo español para ‘lock’.

- la magnitud de la pérdida impuesta a los tenedores de bonos, tanto de capital como de intereses devengados, que superó por mucho el promedio de reestructuraciones anteriores;
- el hecho de que fue impuesta en forma unilateral sin consideración alguna de las contrapropuestas de los acreedores;
- la minimización deliberada de la capacidad de pago del deudor;
- la baja tasa de aceptación: un 75% nominal (comparada con el umbral del FMI de 90%) que sin embargo maquilló el nivel real de aceptación voluntaria de sólo alrededor de 50%, una vez que se descuentan los fondos de pensión argentinos que sucumbieron a las presiones del Gobierno;
- la amenaza de que los bonos que no fueron ofrecidos en canje “podrían permanecer impagos indefinidamente” (y de hecho ya no se computan en las cuentas públicas de Argentina).

En términos generales, el Memorial de Contestación valúa el monto total de las pérdidas de los tenedores de bonos en USD 97.000 millones, USD 67.000 millones de los cuales se atribuyen a bonos que fueron entregados y el remanente a tenedores de bonos que rechazaron la oferta (*holdouts*).

3.II Jurisdicción y admisibilidad

78. Posteriormente el Memorial de Contestación procede a analizar el “Mandato NASAM”, los poderes de representación otorgados por los Demandantes particulares, y los arreglos de financiación para el caso de los Demandantes, a fin de disputar el argumento de la Demandada de que estos elementos están teñidos de ilegalidad que socava irremisiblemente el consentimiento por escrito de los Demandantes al arbitraje, según lo exige el Artículo 25 del Convenio CIADI.

a. El mandato NASAM

79. El Memorial de Contestación plantea el origen y desarrollo de NASAM desde 1978 como parte (desde 1998) del Grupo NASAM-GUARDIAN, cuyo negocio principal se describe como el de “proveer asesoramiento impositivo calificado, a nivel local e

internacional, y una amplia variedad de servicios administrativos a sociedades comerciales e individuos³⁴». Afirma que fue en el marco de estas actividades habituales que NASAM decidió en el año 2006 coordinar, organizar y financiar una acción legal contra Argentina incoada por los propietarios de los bonos argentinos en *default*, para obtener el pago de los montos correspondientes a dichos bonos; los tenedores de bonos que pretendían iniciar acciones contra Argentina otorgaron a NASAM una autorización conocida como el “Mandato NASAM”. El Memorial de Contestación insiste en que NASAM no tiene ningún conflicto de intereses con respecto al procedimiento de arbitraje, que no es un banco italiano y que tampoco tiene vínculo alguno con los bancos italianos, y que no cumplió ninguna función de ningún tipo en la colocación de los bonos con los Demandantes (en efecto tampoco con ningún inversor); en síntesis, que el presente arbitraje debe distinguirse muy claramente de la situación en el marco del arbitraje *Abaclat c. Argentina*, en el cual el tercero que financia el procedimiento es una asociación de bancos italianos que es posible que hayan participado en la venta de los bonos argentinos a los italianos.

80. En lo que se refiere al Mandato NASAM, el Memorial de Contestación lo describe como un contrato (*‘Incarico’*) entre cada uno de los Demandantes individuales y NASAM, regido por el derecho italiano, conforme al cual NASAM se obliga a coordinar y financiar las acciones legales contra Argentina en relación con los bonos. Se destacan las siguientes características: los Demandantes reconocen que la cesación de pagos de Argentina puede constituir una violación grave del TBI, la que otorga derecho a los Demandantes a iniciar un procedimiento arbitral, de conformidad con las reglas CIADI o CNUDMI; los Demandantes le confieren a NASAM poder para iniciar, coordinar y seguir cualquier acción legal que se considere apropiada para el cobro de los montos adeudados; a dicho fin, los Demandantes acuerdan otorgar poder (*‘Procura Speciale’*) al Sr. Guiseppa Parodi; los Demandantes acuerdan pagar como aporte correspondiente a los gastos un porcentaje fijo (0,5%) del valor nominal de los bonos en su poder, siendo el aporte pagadero a una cuenta de NASAM bajo la referencia de *“Arbitrato ICSID”*; NASAM acuerda pagar todos los costos legales y otros gastos relacionados con cualquier acción legal que inicien los Demandantes; como contraprestación por la actividad de NASAM como coordinador y por el riesgo

³⁴ Memorial de Contestación, párrs. 85-87, haciendo además referencia a la información en línea en www.guardiansa.com.

asumido en relación con la financiación del procedimiento, los Demandantes acuerdan pagar a NASAM un “monto base” equivalente al 5% de todo monto recuperado, más un porcentaje variable, “honorario por resultado”, vinculado a los montos efectivamente recuperados.

81. El Memorial de Contestación rechaza el reclamo de la Demandada de que este arreglo sea cuestionable, ya sea fáctica o jurídicamente, o que haya algo en él que contamine la validez de los poderes, por los siguientes motivos –

- no existe fundamento alguno para afirmar que se le confiere a NASAM el “control absoluto” sobre los reclamos, en tanto sus facultades se encuentran limitadas y circunscriptas por el Mandato mismo;
- tampoco existe fundamento alguno para alegar que se les prohíba a los Demandantes contactar e impartir instrucciones a los abogados, o que el Mandato sustituya la relación abogado-cliente: la entidad intermediaria “MFO” sólo tiene las funciones de administrar la cuenta bancaria y actuar como centro de intercambio de información; la relación entre cada Demandante y sus abogados se encuentra regida únicamente por el Poder, y el Mandato no confiere a NASAM facultades para impartir instrucciones a los abogados en nombre de los Demandantes; NASAM tampoco es bajo ningún punto de vista una parte en el procedimiento arbitral;
- el argumento de que el Mandato sea contrario al derecho italiano se encuentra por lo tanto desprovisto de todo fundamento fáctico y jurídico, y confunde la situación en el arbitraje con aquella ante los tribunales italianos conforme al Código de Procedimiento Civil, de lo que se desprende que en virtud del derecho italiano una parte de un arbitraje puede delegar en cualquier tercero (que ni siquiera necesita ser abogado) la comparecencia ante el tribunal en su representación y la disposición de sus derechos de fondo o procesales; en cualquier caso, el Código podría a lo sumo sólo aplicarse a arbitrajes que tienen su sede en Italia, no a arbitrajes extranjeros, menos aún a un arbitraje del CIADI.

b. El arreglo de financiación

82. El Memorial de Contestación recuerda que el financiamiento de terceros se está volviendo corriente en los procesos arbitrales, recuerda (por referencia a numerosos ejemplos, incluido en particular aquel de Italia) también su creciente aceptación en las jurisdicciones nacionales, y sostiene que nadie cuestiona seriamente la legalidad del financiamiento de terceros en los procesos arbitrales internacionales “especialmente, en un caso como el presente, en el que los reclamos son incoados por los titulares originales de los derechos que son objeto del litigio y en el que los beneficios resultantes del arbitraje corresponden, en su mayor parte, a los Demandantes³⁵”. Recuerda asimismo que el esquema de financiación de NASAM resulta esencial para permitirle a los Demandantes del presente caso el acceso a la justicia, en tanto nunca habrían tenido los medios para financiar un arbitraje del CIADI. Llega a la conclusión de que el papel de NASAM es, por consiguiente, perfectamente legítimo y no afecta de manera alguna los derechos de los Demandantes de incoar y supervisar el procedimiento, o su posición en él.

c. Los Poderes

83. El Memorial de Contestación rechaza la invocación de la Demandada de la doctrina de “*negozi collegati*” (negocios conexos) por ser irrelevante, dado que no hay nada ilegal en el Mandato NASAM que podría contaminar la validez de los poderes. En lo que se refiere a los poderes en su propio derecho, rechaza de igual forma la utilización por parte de la Demandada de las disposiciones del Código Civil Italiano que sólo es aplicable a los procedimientos ante los tribunales italianos y no a los procesos arbitrales, incluso el arbitraje regido por el derecho italiano. Cita autoridad para la falta de formalidad en la designación de los representantes de las partes en los procedimientos arbitrales, que pueden incluso cumplirse verbalmente. Afirma que, el mero hecho de que (tal como asevera la Demandada) los poderes sean instrumentos jurídicos suscriptos en Italia por ciudadanos italianos en favor de un abogado italiano que ejerce su profesión en Italia, no hace aplicable el derecho italiano a los fines de un arbitraje del CIADI. Recuerda que, de lo contrario, los Tribunales del CIADI deberían llevar a cabo complejos análisis preliminares sobre normas de derecho internacional privado sólo para verificar que los poderes de aquellos que comparecen ante ellos

³⁵ Memorial de Contestación, párr.113.

fueran correctos, y cita en relación a esto la “desestimación lacónica” por parte del Tribunal en *Amtó c. Ucrania* del argumento de que el consentimiento del demandante en ese caso era defectuoso en tanto se fundaba en un poder inválido³⁶, una conclusión que se encuentra directamente vinculada al presente caso.

84. El Memorial de Contestación afirma además que, a fin de evaluar su jurisdicción, los Tribunales del CIADI sólo tienen que aplicar el Artículo 25 del Convenio CIADI, que son disposiciones autónomas, y que no exigen requisitos jurídicos particulares o requisitos en cuanto a la forma del “consentimiento por escrito” establecido por el Artículo 25(1), citando en relación a esto la Decisión sobre Jurisdicción en el procedimiento arbitral *CSOB c. Eslovaquia* de que “[l]a cuestión de si las partes han expresado eficazmente su consentimiento para someterse a la jurisdicción del CIADI no tiene su respuesta en la remisión al derecho local [sino que] se rige por el derecho internacional, como lo establece el Artículo 25(1) del Convenio del CIADI³⁷”.

d. El “consentimiento por escrito” de los Demandantes

85. Luego el Memorial de Contestación rebate los argumentos de la Demandada de que los Demandantes no prestaron su “consentimiento por escrito” a los fines del Artículo 25(1) en razón del hecho de que no suscribieron personalmente la Solicitud de Arbitraje y de que en los poderes no hay mención específica del arbitraje del CIADI. Desestima estos argumentos como totalmente carentes de mérito, dado el reconocimiento universal de que un inversor puede aceptar el ofrecimiento de someterse a un arbitraje del CIADI contenido en el TBI simplemente iniciando un procedimiento, y que, en efecto, ese es precisamente el modo en que se ha iniciado la gran mayoría de los procedimientos del CIADI en los últimos años, fundándose en este contexto en lo que sostuvo claramente el Tribunal en el caso *Tokios Tokelés c. Ucrania* de que “el Convenio no estipula la forma que debe tener el consentimiento por escrito, mucho menos a quién debe ser dirigido y enviado³⁸”.

³⁶ *Limited Liability Company Amtó c. Ucrania*, Caso SCC N° 080/2005, Laudo del día 26 de marzo de 2008 (de aquí en adelante “*Amtó c. Ucrania*”), párr. 56.

³⁷ *Československa obchodní banka, a.s. c. República de Eslovaquia*, Caso CIADI N.º ARB/97/4, Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción, 24 de mayo de 1999 (de aquí en adelante “*CSOB c. Eslovaquia*”), párr. 35.

³⁸ *Tokios Tokelés c. Ucrania*, Caso CIADI N.º ARB/02/18, Decisión sobre Jurisdicción, 29 de abril de 2004, párr. 97.

86. El Memorial de Contestación afirma que en el presente caso los Demandantes claramente otorgaron su consentimiento al arbitraje del CIADI en virtud de la presentación de la Solicitud a través de los abogados debidamente designados, actuando conforme a los poderes que (como se había demostrado) eran perfectamente válidos. Los poderes autorizan expresamente a los abogados a “comunicar cualquier notificación de una controversia en mi/nuestro nombre y en mi/nuestra representación” y a “suscribir y enviar cualquier solicitud de arbitraje... en mi/nuestro nombre y en mi/nuestra representación”. Además, si los poderes se leen conjuntamente con el Mandato NASAM, no hay lugar para disputar que los Demandantes confirieron a los Abogados la facultad de incoar procedimientos en el CIADI, y de hecho explícitamente les ordenaron hacerlo, en tanto que su texto general incluye incuestionablemente al CIADI dentro de la categoría de “Tribunal Arbitral y/o... cualquier otro Tribunal o Autoridad competente de cualquier País del Mundo”, el Mandato NASAM menciona de manera explícita al CIADI, y a los aportes iniciales de los Demandantes que se abonaron bajo la referencia “*Arbitrato ICSID*”. Es, asimismo, una práctica corriente que las solicitudes de arbitraje sean suscriptas por los abogados debidamente autorizados, y no por las partes en persona, tampoco se ha cuestionado que esto cumpla con los requisitos del Artículo 25(1).

e. Reclamos incoados por múltiples demandantes

87. Al rechazar la afirmación de la Demandada de que la multiplicidad de demandantes exige que la Solicitud sea rechazada *in limine*, sea porque cae fuera de la jurisdicción del Tribunal o de otro modo sea inadmisibles, el Memorial de Contestación afirma que esta aseveración se basa en una argumentación triple: (i) que representa un “reclamo masivo”; (ii) que no satisface las condiciones en virtud de las cuales puede ser tratado por un tribunal del CIADI como un arbitraje de múltiples partes; (iii) que no puede ser sustanciado sin violar principios fundamentales del debido proceso. Rebatido la totalidad de estos tres argumentos, el Memorial de Contestación afirma que no hay nada extraordinario o sin precedentes respecto del presente procedimiento, en el contexto bien conocido de que se encuentra tramitando otro procedimiento de arbitraje en gran medida sobre la misma cuestión en el que los Demandantes son cien veces el número de los Demandantes en este arbitraje³⁹.

³⁹ La referencia es a *Abaclat*.

88. En cuanto a la naturaleza “masiva” de los reclamos de los Demandantes, el Memorial de Contestación señala que el argumento escrito de la Demandada se refiere diversamente a “reclamos masivos”, “reclamos colectivos” y “acciones colectivas”, pero eso es principalmente a los fines de presentar a los reclamos como una acción de clase, en aras de demostrar que no se cumplen las condiciones para incoar una acción de ese tipo. Sin embargo, la totalidad de la línea de argumentación es irrelevante, en tanto la característica principal de las acciones de clase es su naturaleza representativa; se le permite a un representante actuar en su propio nombre y también en el de terceros, quienes no son partes del procedimiento en forma directa pero que han sufrido el mismo daño por parte del demandado, y quienes pierden el derecho individual de decidir en qué momento y de qué manera se ejercerán sus derechos contra el demandado. No obstante, esa característica esencial está ausente en el presente caso. Además los Demandantes individuales están identificados con precisión. Por lo tanto los Demandantes no necesitan otro representante para representar sus intereses ante el tribunal.
89. El Memorial de Contestación niega la alegación de que NASAM “reclutara” a los Demandantes para participar en el arbitraje, afirmando en contrario que NASAM meramente puso a su disposición un mecanismo para financiar su acción, otorgándoles de esa manera una oportunidad concreta de defender sus derechos.
90. El Memorial de Contestación niega además que exista una analogía entre el presente procedimiento y el mecanismo global establecido en ciertos casos del pasado para la resolución de conflictos contra un Estado, por ejemplo, para compensar a las víctimas de la invasión iraquí a Kuwait. En esos casos el objeto fue alcanzar un arreglo global de las consecuencias del comportamiento de un Estado que afectó a un gran número de individuos cuyas identidades no podían ser determinadas *a priori*, y cuyos intereses se habían visto afectados de maneras muy diferentes; eso muestra el contraste con el presente caso, en el cual está participando un número limitado de demandantes bien identificados, por intermedio de sus abogados debidamente designados, y que reclaman en base a la misma ilegalidad cometida por el Estado Demandado.
91. El Memorial de Contestación admite que no existe nada en el Convenio ni en las reglas del CIADI ni en el TBI que prevea expresamente los reclamos incoados por

una pluralidad de demandantes, pero sostiene que esto de ningún modo sirve para excluirlos. Afirma que es “extremadamente común” que los Tribunales del CIADI entiendan estos reclamos, lo que la Demandada en efecto acepta al afirmar que la diferencia reside en el hecho de que los Demandantes del presente caso no están relacionados contractualmente entre sí. Sin embargo, el Memorial de Contestación refuta si la caracterización de la Demandada es más que una simple descripción de casos pasados en lugar de un relato integral del conjunto total de casos que pueden ser incoados ante un tribunal del CIADI, y se basa en ese aspecto en el cambio entre el tratamiento en la primera edición del comentario acreditado de Schreuer (citado por la Demandada) y la segunda edición. Plantea que, en virtud del Convenio CIADI, el único requisito para poner en marcha un procedimiento de arbitraje, incluso aquellos que involucran a una multiplicidad de partes, es que todas ellas deberían haber otorgado su consentimiento por escrito, lo que ocurre claramente en el caso que nos ocupa; tampoco puede estar en duda que la totalidad de los Demandantes hayan otorgado su consentimiento para que se emitiera una decisión sobre sus reclamos en el mismo procedimiento. Sin embargo, niega que haya algún requisito de que la Demandada otorgue un consentimiento específico a tal efecto, sosteniendo que el caso es diferente de uno en el que una multiplicidad de demandantes reclama en virtud de diferentes cláusulas de arbitraje que los vinculan al demandado en virtud de contratos distintos, en cambio se trata de un caso en el cual el Estado demandado había ofrecido someterse a arbitraje a un número indefinido de potenciales contrapartes, y no hay nada en los términos del TBI que sugiera que este consentimiento por parte del Estado demandado hubiera estado condicionado a que sus reclamos fueran incoados en procedimientos distintos. En apoyo cita el enfoque adoptado por el Tribunal en *LG&E c. Argentina*, que se conformó con establecer el consentimiento de la Demandada pero no investigó más allá el consentimiento específico a un arbitraje de múltiples partes.

92. El Memorial de Contestación admite que debería existir un “vínculo razonable y significativo” entre los reclamos de los demandantes individuales, por la simple razón de que no sería posible emitir una decisión sobre reclamos totalmente desvinculados en un mismo arbitraje, pero afirma que este criterio ciertamente se cumple en el presente caso, porque todos los reclamos surgen de un esquema fáctico y jurídico sustancialmente idéntico, en que “cada uno de los Demandantes es tenedor de Bonos emitidos por la Argentina, en casi idénticas circunstancias, para financiar su deuda

externa; y cada uno de ellos sufrió un daño a sus intereses en razón de los mismos actos soberanos de la República Argentina, es decir, la OPC y la Ley N° 26.017⁴⁰”, de lo cual se puede observar que es evidentemente falso afirmar que los Demandantes tienen intereses distintos o divergentes. Argumenta que la identidad de la ilegalidad, el fundamento jurídico y el remedio pretendido es más que suficiente para establecer un vínculo entre los reclamos, que justifica que sean sustanciados en el mismo procedimiento, y realiza una comparación en este sentido con la situación que imperaba en el arbitraje de *Funnekotter c. Zimbabwe*, incoada por catorce inversores holandeses no vinculados donde el único vínculo existente entre ellos era que todos habían sufrido el mismo daño en virtud de las medidas adoptadas por el Estado anfitrión⁴¹. Cita el comentario de Schreuer como autoridad para proponer que, una vez que es aceptado el principio de reclamos múltiples, no surge cuestión alguna meramente en virtud del número de co-demandantes. Descarta el argumento de la Demandada de que las acciones de múltiples partes anteriores contra Argentina pueden ser justificadas por el consentimiento de esta última, contraargumentando que la cuestión de admisibilidad simplemente no fue abordada por los tribunales en cuestión⁴².

93. En lo que se refiere al manejo del caso y a la cuestión del debido proceso, desestima los argumentos de la Demandada en tanto se fundan en un intento fallido de asimilar el caso a reclamos masivos o acción de clase, y acusa a la Demandada de exagerar deliberadamente la complejidad del caso, que involucra por un lado a sólo 120 Demandantes y por el otro las situaciones jurídicas y fácticas que en realidad son bastante directas, y en su mayoría son comunes a la totalidad de los reclamos. La perspectiva sería que la carga documental no sería mayor que aquella que analizan normalmente los tribunales arbitrales tanto comerciales como de inversión. Eso quedó demostrado en la práctica por los casos *Bayview* y *Canadian Cattlemen*, donde los

⁴⁰ Memorial de Contestación, párr. 179.

⁴¹ *Bernardus Henricus Funnekotter and others v. Republic of Zimbabwe*, ICSID Case No. ARB/05/6 (hereinafter “*Funnekotter*”). Y asimismo las Decisiones en *Antoine Goetz c. República de Burundi*, Caso CIADI No. ARB/01/2, (de aquí en adelante “*Goetz c. Burundi*”), donde el tribunal no vio necesidad alguna de investigar las diferencias entre la adquisición y la naturaleza de las tenencias de los seis accionistas, y en *Bayview c. Mexico* donde, aunque el tribunal finalmente rechazó la jurisdicción, la naturaleza muy disímil de los 46 demandantes sin vínculo alguno ni siquiera fue abordada como una posible excepción a la admisibilidad de su reclamo.

⁴² *LG&E, Compañía de Aguas del Aconquija y Suez*.

números de demandantes eran similares al presente (aunque finalmente ambos tribunales se declararon incompetentes).

94. El Memorial de Contestación acusa a la Demandada de no poder justificar de qué manera podría estar en riesgo su derecho al debido proceso, en tanto todo lo que menciona es la posible dificultad en la audiencia de testigos; sin embargo, este argumento es rechazado como inverosímil, ya que es difícil imaginar por qué razón la Demandada podría pretender someter a contrainterrogatorio a cada uno de los Demandantes individuales. La gran mayoría de las cuestiones que posiblemente surjan sobre el fondo podrían ser tratadas en los documentos. Todas las demás cuestiones se refieren simplemente a la gestión del caso, y se encuentran dentro de la capacidad de un Tribunal experimentado.
95. El Memorial de Contestación afirma que la ausencia de normas de procedimiento específicas no es un criterio válido para la evaluación de la jurisdicción de un tribunal, que se encuentra exclusivamente determinada por las condiciones establecidas en el Artículo 25(1) del Convenio CIADI y en el TBI, y estas no incluyen la disponibilidad de normas procesales adecuadas. Una vez establecida la jurisdicción, corresponde al tribunal y a las partes acordar el procedimiento adecuado para tratar las cuestiones que puedan surgir, y nada impide que el tribunal utilice instrumentos de procedimiento *ad hoc*, provenientes de otros mecanismos de resolución de diferencias.
96. El Memorial de Contestación finalmente asevera que, a nivel práctico, el plantear la totalidad de los reclamos en un único procedimiento es incuestionablemente el curso más eficiente y ventajoso, lo que es, en efecto, en el interés de la propia Demandada, ahorrándole una complicación y gastos. Si cada reclamo hubiera sido incoado mediante una solicitud de arbitraje independiente, la Demandada indudablemente habría procedido a solicitar la consolidación de los reclamos, y esto es también lo que habría hecho un tribunal nacional.

f. Jurisdicción ratione materiae

97. El Memorial de Contestación impugna el doble argumento de la Demandada de que las participaciones de los Demandantes no constituyen “inversiones” conforme al Convenio CIADI o las disposiciones del TBI y que, en cualquier caso, no se

realizaron “en el territorio de la Argentina” de conformidad con la ley aplicable como para estar protegidas por el TBI. En particular, disiente con la premisa de la Demandada de que las participaciones de los Demandantes no son “bonos” sino “derechos sobre títulos”, que caracteriza como un ejercicio semántico cuyo objeto es apartarse de las disposiciones expresas del TBI.

98. Partiendo de la postura adoptada en el Convenio CIADI, el Memorial de Contestación asevera que la Demandada se equivoca en el valor que atribuye al “Test *Salini*”, ya que en todo caso los instrumentos financieros cuestionados en el arbitraje cumplen con el Test *Salini* y califican como “inversiones” a los efectos del Convenio⁴³. Critica a la Demandada por propugnar un concepto estricto y totalmente autónomo del término “inversión” conforme al Convenio CIADI y, a la vez, ignorar el creciente e importante conjunto de opiniones y decisiones que adopta una doble prueba y deja bastante margen de acuerdo entre las partes (por ejemplo, en un TBI) sobre la definición concreta de qué constituirá inversión en sentido amplio y flexible.
99. El Memorial de Contestación señala que, si bien la Demandada se basa en el Laudo de *CSOB c. Eslovaquia*, ese Laudo de hecho sostuvo que el concepto de inversión “debería ser interpretado ampliamente, debido a que los redactores del Convenio no impusieron restricción alguna a su significado”⁴⁴ y el Laudo de nada sirve a la Demandada en este u otros aspectos. De forma similar, el tribunal de *Fedax* mantuvo un “enfoque amplio” con respecto a la interpretación de la inversión que dejó a las Partes de un TBI una “gran medida de discrecionalidad” para determinar si una transacción constituye una inversión a los efectos del Convenio CIADI⁴⁵.
100. En cuanto al ‘Test *Salini*’ en sí y las cinco condiciones que la Demandada deduce de dicho test, el Memorial de Contestación señala que algunos tribunales les dieron demasiada importancia y cita, en particular, el enfoque más flexible que adoptaron los tribunales en *CSOB, MCI c. Ecuador* y *Biwater Gauff*, y hace hincapié en la descripción de Schreuer de la evolución de una lista descriptiva de rasgos típicos a un conjunto de requisitos legales obligatorios como “desafortunada”, en la última edición

⁴³ La referencia corresponde a la Decisión sobre Jurisdicción del día 23 de julio de 2001 en *Salini Construttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. c. El Reino de Marruecos*, Caso CIADI N.º ARB/00/4, (de aquí en adelante “*Salini*”); el Memorial de Contestación cita también *Joy Mining c. Egipto* y *Phoenix Action c. República Checa*.

⁴⁴ Decisión de *CSOB*, párr. 64.

⁴⁵ *Fedax N.V. c. República de Venezuela*, Caso CIADI N.º ARB/96/3, Decisión sobre Objeciones a la Jurisdicción del 11 de julio de 1997, (de aquí en adelante “*Fedax*”), párr. 22.

de su tratado. Asimismo, sostiene que la Decisión del Comité de Anulación en *Malaysian Historical Salvors* es especialmente instructiva al criticar al único Árbitro por no tener en cuenta la definición de “inversión” en el TBI en cuestión, y cita una amplia lista de laudos arbitrales en respaldo del argumento de que los criterios de *Salini* no deben considerarse separados ni independientes unos de otros, como tampoco es necesario que se cumplan todos en cada caso particular.

101. El Memorial de Contestación señala que “no hay dudas de que los instrumentos financieros y, por lo tanto, los Bonos de los cuales son tenedores los Demandantes constituyen inversiones a los efectos del Convenio, independientemente de la manera en que se defina una inversión”⁴⁶, dado que los bonos son para fines actuales, al igual que los préstamos derivados de los contratos de préstamo. Afirma que el tribunal en *Fedax* fue categórico al concluir que los préstamos califican como inversiones (por lo cual los bonos también) y que por eso mismo la compra de pagarés califica como inversión⁴⁷.
102. El Memorial de Contestación rechaza el análisis de la Demandada de las características de los Bonos actuales. Destaca que el total de desembolsos de capital de los bonistas claramente constituye un gran compromiso financiero de su parte, y fraccionarlo en los montos pagados por cada Demandante es suspicaz y forma parte de una estrategia para desviar la atención de la naturaleza general de las emisiones de bonos y su relación con el mercado financiero internacional, al igual que el intento de evadir la naturaleza de la intervención de la Demandada para privar de todo valor los Bonos emitidos por ella. Algo similar se puede decir, según el Memorial de Contestación, con respecto a la duración. El Tribunal en *Fedax* había reconocido que el hecho de que el inversor cambiara con cada endoso de un pagaré no afectaba la duración general de la inversión en sí. En este caso, el intervalo promedio entre la emisión de los bonos y su fecha de vencimiento es de siete años y medio, aproximadamente. Asimismo, el Memorial de Contestación rechaza el argumento de la Demandada de que los Bonos no calificaban como inversiones ya que no acarreaban más que riesgos comerciales ordinarios, y sostiene en cambio que el riesgo que implica prestar a soberanos es diferente del riesgo comercial, principalmente en

⁴⁶ Memorial de Contestación, párr. 237.

⁴⁷ Cita los casos *CSOB c. Eslovaquia* y *CDC Group plc c. República de Seychelles*, Caso CIADI No. ARB/02/14 como ejemplos de Laudos que aceptaron los préstamos como inversiones.

vista de la posibilidad misma que ocurrió en este caso, es decir, el repudio de la deuda por acto soberano. Al igual que en el caso *Kardassopoulos c. Georgia*, prestarle a Argentina conllevaba un alto riesgo intrínseco.

103. El Memorial de Contestación tacha de irrelevante el argumento de que los Bonos nunca brindaron una “regularidad de ganancias y rendimiento” cuando, en realidad, ello se debió al incumplimiento de las obligaciones de la Demandada y al afianzamiento de esa situación a través de la *Ley Cerrojo*. También en este aspecto, la situación de los inversores era idéntica a la de *Fedax*: los pagos con intereses periódicos adeudados eran precisamente la ganancia regular prevista para los bonistas.
104. El Memorial de Contestación considera que la alegación de que las inversiones no contribuyeron al desarrollo económico de Argentina no merece comentario alguno, puesto que el propio Memorial describe que los bonos se emitieron para recaudar el capital necesario para financiar la deuda externa, y en cambio se centra en el argumento de la Demandada de que las inversiones no se realizaron “en el territorio de” Argentina. Primero, invoca los términos de la definición de “inversión” del Artículo 1 del TBI y, en particular, el uso de los términos *obbligazioni* (en el texto en italiano del párrafo (1)(c)) y *obligaciones* (en el texto en español), para lo cual sostiene que la traducción literal al inglés, en este contexto, es *Bonds* [bonos]. Sostiene, además, que esto está avalado por diversos diccionarios con autoridad de italiano-inglés y español-inglés, mientras que la Demandada nunca presentó pruebas similares para sustanciar su alegato de que el término debía traducirse como *obligations* [obligaciones]. Aunque reconoce que el término puede tener esa acepción más amplia, sostiene que si la disposición se lee en su contexto en el TBI, es decir, su yuxtaposición a la frase “títulos públicos o privados”⁴⁸, es claro que se refiere al significado particular, no al general, y considera la lectura de la Demandada insostenible. Además, aun si el término no significara “bonos”, sino simplemente “obligaciones”, en nada ayudaría esto a la Demandada ya que un “bono” constituye claramente una fuente de “obligaciones”. Por otra parte, los bonos estarían abarcados en la frase general “cualquier otro derecho a prestaciones o servicios que tengan un valor económico, como también las ganancias capitalizadas” al final del Artículo 1(1)(c). Por último, el Memorial de Contestación hace hincapié en el Artículo 1(1)(f),

⁴⁸ En idioma italiano: “*titoli pubblici o private*”.

con referencia a la frase “cualquier derecho de tipo económico conferido por ley o por contrato” que también cubriría el caso del bono.

105. En cuanto al argumento de la Demandada de que, por varios motivos indicados, los Bonos no constituyen una inversión realizada en el territorio de la Argentina, el Memorial de Contestación afirma que este argumento intenta eludir los verdaderos rasgos de la transacción en cuestión, ya que lo importante es la transacción inicial, es decir, la emisión de bonos negociables en los mercados financieros internacionales, no las ventas y compras posteriores en el mercado secundario. Señala que, al considerar dónde se hizo la inversión, debe tenerse en cuenta el destino de los ingresos provenientes de las emisiones de bonos, que sin duda beneficiaron a la Argentina, por lo que no puede negarse que tuvieron lugar en dicho país. En nada cambia esta apreciación el hecho de que, por definición, el bono, como instrumento de deuda, esté físicamente en manos de su titular, supuestamente en su domicilio. De nuevo, el Memorial de Contestación cita la Decisión de *Fedax*, en que el Tribunal rechazó una objeción casi idéntica en relación con una disposición equivalente en el tratado bilateral de inversión en cuestión. También menciona la Decisión de *CSOB* y afirma que la cita del caso *SGS c. Filipinas* por parte de la Demandada es inapropiada, ya que en ese caso el Tribunal se refirió expresamente a “una inyección de fondos en el territorio” del Estado receptor, y señaló que la prestación de servicios fuera del Estado receptor era una cuestión muy distinta⁴⁹. Del mismo modo, en *Canadian Cattlemen*, los presuntos inversores y sus inversiones no tenían conexión de ninguna clase con el Estado cuya responsabilidad se alegaba.
106. El Memorial de Contestación también desestima el argumento de la Demandada basado en la ley que rige los Bonos que, señala, es el mismo argumento formulado de otra manera. Cita el Laudo del arbitraje *Bayview* en que el tribunal buscaba los fundamentos para distinguir una inversión hecha por un inversor en su propio país de la que estaría protegida por un tratado (en ese caso, el TLCAN). No era un caso como este ya que los inversores se sometían, en gran medida, a las leyes del Estado emisor o, al menos, asumían el riesgo de que el Estado interfiriera en su inversión, y la sujeción de los Bonos a otro sistema jurídico no tenían (desafortunadamente para los inversores) el efecto de protegerlos de ese riesgo. Ni el Laudo ni la doctrina justifican

⁴⁹ Memorial de Contestación. párr. 284.

agregar otro criterio (que el del derecho vigente) a la supuesta lista de factores para determinar la existencia de una “inversión”.

107. Por último, el Memorial de Contestación hace referencia al argumento de la Demandada de que las inversiones de los Demandantes no están protegidas por el TBI porque la venta de los Bonos a ellos violó la legislación italiana. Este argumento es rechazado porque, a los efectos del Artículo 1(1) del TBI, las leyes y reglamentaciones allí mencionadas, junto con la mayoría de los tratados bilaterales de inversiones, son las del Estado receptor por razones de lógica y sensatez. No obstante, no se alegó violación alguna de la legislación argentina, a diferencia de los casos *Inceysa y Fraport*, y el insólito intento de incluir la legislación argentina de manera encubierta haciendo referencia a normas de conflictos en el Artículo 8(7) del TBI no es válido, ya que dicha disposición rige el fondo de la cuestión, no la jurisdicción. El Memorial de Contestación advierte, asimismo, que en los casos en que se admitió el argumento de ilegalidad se exigió el cumplimiento de tres condiciones: una ilegalidad grave, cometida conscientemente por el inversor y producida al momento de la admisión de la inversión en el Estado receptor, no posteriormente. Al contrario, en casos como *Kardassopoulos y Saluka*, no se admitió ninguna ilegalidad imputable a las autoridades del Estado receptor o a terceros.
108. La sección concluye señalando que, en cualquier caso, la situación sobre la reventa de los Bonos no fue tan simple como alega la Demandada. Concretamente, no se impuso limitación alguna en los Bonos sobre quiénes podrían adquirirlos; como lo demuestran, por ejemplo, las Circulares de Oferta, la única limitación en las ventas futuras fue que no podía haber oferta pública general y que la venta debía negociarse, de manera individual, a través de intermediarios financieros debidamente autorizados (incluidos, por lo tanto, los bancos), por lo que, en otras palabras, no había nada que prohibiera la venta de bonos a inversores privados en Italia. Las acciones legales que iniciaron los inversores individuales en los tribunales italianos se referían a si el intermediario financiero había cumplido o no su deber de información frente al inversor individual en el caso específico, con lo cual la cuestión quedaba al margen de las “objeciones preliminares de carácter general únicamente” que eran objeto de la actual fase del arbitraje. Sin embargo, aun si se admitiera la validez de un argumento de ese tipo, ello no afectaría quién es el titular de los Bonos como tal y, en

consecuencia, legitimado para ejercer los derechos correspondientes contra Argentina, como emisora de los Bonos. La *Corte Suprema di Cassazione* declaró los principios jurídicos en dos decisiones de carácter fundamental, en las que sostuvo que el incumplimiento del deber del intermediario de informar al cliente acerca de los riesgos específicos de un título antes de su compra no suponía la nulidad de la venta sino que daba al comprador agraviado la opción de exigir indemnización o rescindir el contrato de compraventa. Argentina no tenía la opción de valerse de dicho incumplimiento para librarse de su propia responsabilidad, sobre todo si se tiene en cuenta que, en primer lugar, fue la propia Argentina la que generó la pérdida de valor.

g. *Una violación prima facie del Tratado*

109. El Memorial de Contestación impugna, de manera contundente, la acusación de la Demandada de que los Demandantes no lograron demostrar una violación *prima facie* del TBI, y aduce que dicha acusación se basa en la afirmación de que los actos denunciados representan una falta de pago por parte de Argentina. Sostiene que los actos de la Argentina fueron actos de autoridad soberana, emanados como consecuencia directa de la Ley N.º 26.017 (la Ley Cerrojo), y que, en estas circunstancias, es infructuoso que la Demandada alegue que el hecho de haberse estipulado que los bonos se registrarían por la ley extranjera los colocó fuera del ámbito de la jurisdicción legislativa de Argentina, ya que Argentina fue, al mismo tiempo, deudor y tenedor de poder soberano en su propio territorio. Alega una clara contradicción entre la declaración de la Demandada, por un lado, de que el Estado abandonó su poder de controlar los bonos y, por el otro, la insistencia de que los bonistas primero deberían haber acudido a los tribunales locales de Argentina. Acusa a Argentina de tergiversar la situación cuando afirma que al destruir los derechos de los Demandantes actuó como parte común de un contrato. Señala que este caso claramente no se trata de un reclamo contractual, sino de la violación de un Tratado, y cita en este contexto el famoso fallo del Tribunal de *Impregilo c. Pakistán* de que “el hecho de que un incumplimiento pueda originar un reclamo contractual no significa que no pueda también—e independientemente—dar lugar a un reclamo en base a un tratado⁵⁰”. También cita la conclusión del Comité de Anulación en *Compañía de Aguas del Aconquija c. Argentina* de que, cuando la “base fundamental” del reclamo

⁵⁰ *Impregilo S.p.A. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI N.º ARB/03/3, Decisión sobre Jurisdicción, 22 de abril de 2005, (de aquí en adelante “*Impregilo c. Pakistán*”), párr. 77.

es un tratado que establece un estándar independiente, conforme al cual se juzgará la conducta de las partes, la existencia de una cláusula de jurisdicción exclusiva en un contrato subyacente no puede operar como un impedimento para la aplicación del estándar del tratado. Eso es exactamente lo que ocurre en este caso, en el cual los Demandantes manifiestamente no están incoando un reclamo contractual.

110. En cuanto a la propia prueba *prima facie*, el Memorial de Contestación señala que, en línea con las decisiones de *Salini c. Jordania*, *Impregilo c. Pakistán* y *Saipem c. Bangladesh*⁵¹, el Tribunal debe estar convencido de que, si los hechos alegados por la demandante resultan ciertos, se les podrían aplicar las disposiciones del tratado de inversión. No obstante, en este caso, los hechos invocados por los Demandantes son leyes sancionadas por la República Argentina y, por lo tanto, indiscutibles. Por otra parte, ya se demostró su relación con la garantía de trato justo y equitativo, y la prohibición de expropiar conforme a los Artículos 2 y 5 del TBI (*inter alia*).

h. Jurisdicción ratione personae

111. Tras una serie de observaciones preliminares sobre cuestiones tratadas *supra*, el Memorial de Contestación se centra en si se presentaron pruebas suficientes de que los Demandantes cumplen los requisitos de nacionalidad del Artículo 25 del Convenio CIADI, y el Artículo 1 y el Protocolo del TBI.
112. El Memorial de Contestación señala que el Anexo C-2 de la Solicitud contiene: respecto de cada persona física Demandante, no sólo una copia de su pasaporte o documento de identidad, sino también un certificado de nacionalidad, residencia y/o domicilio italianos; y, respecto de las tres personas jurídicas Demandantes, los contratos constitutivos o el balance o los antecedentes (*visura*) emitidos por la Cámara de Comercio, que demuestran la nacionalidad italiana y la ausencia de cualquier vínculo con la Argentina. El Memorial de Contestación señala que todos los certificados de nacionalidad fueron emitidos poco antes de la presentación de la Solicitud de Arbitraje y todavía se encuentran vigentes, lo que demuestra el vínculo necesario de nacionalidad, tanto a la fecha en la que los Demandantes otorgaron su

⁵¹ Memorial de Contestación párr. 337, citando *Salini Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. c. Reino Hashemita de Jordania*, Caso CIADI N.º ARB/02/13, Decisión del Tribunal sobre Jurisdicción, 29 de noviembre de 2004, (de aquí en adelante “*Salini c. Jordan*”); *Impregilo c. Pakistán*; *Saipem S.p.A. c. República Popular de Bangladesh*, Caso CIADI N.º ARB/05/7, Decisión sobre Jurisdicción y Recomendaciones sobre Medidas Provisionales, 21 de marzo de 2007, (de aquí en adelante “*Saipem c. Bangladesh*”).

consentimiento para someter la presente controversia al procedimiento arbitral, como a la fecha en la que el CIADI registró la Solicitud de Arbitraje. Y afirma que lo anterior constituye prueba suficiente de la nacionalidad italiana de todos los Demandantes a los efectos del Convenio y del TBI.

113. El Memorial de Contestación sostiene que, en este contexto, si la Demandada desea refutar esto, tendrá que aportar pruebas suficientes. Y aclara que la postura de la Demandada no encuentra sustento en los Laudos de *Mihaly c. Sri Lanka* o *Soufraki c. Egipto*, dado que el primer caso involucra una compañía con la nacionalidad de un Estado que no era parte del arbitraje, y el segundo caso se refiere a un cambio de nacionalidad.⁵² Asimismo, señala que las afirmaciones de la Demandada en cuanto a la doble nacionalidad o la adquisición de la nacionalidad argentina constituyen meras especulaciones y no aportan prueba alguna de inscripción de cambio de nacionalidad requerido por la ley vigente. De igual modo, los certificados de residencia presentados con la Solicitud de Arbitraje bastaron para demostrar la falta de mérito de los argumentos de la Demandada. Señala que, de cualquier manera, es claro que algunos de los Demandantes cumplen el requisito de nacionalidad que, en casos anteriores, fue suficiente para que el Tribunal se declarara competente.

i. La conexión entre los Demandantes y la inversión

114. El Memorial de Contestación niega que los arreglos mediante los cuales los Demandantes adquirieron derechos sobre títulos atenúen la conexión necesaria entre ellos y la inversión. Asevera que los arreglos para la venta y compra futura de derechos sobre títulos a inversores privados, y su libre comerciabilidad en los mercados secundario y terciario, fueron totalmente normales y estuvieron dentro de las expectativas de la Argentina desde el principio, y describe como “escandaloso” el argumento de que la Argentina nunca recibió fondos de los bonistas, cuando fueron ellos los que sufrieron la pérdida derivada del desconocimiento que hizo la Argentina de su deuda. El Memorial de Contestación rechaza específicamente el argumento de que el sistema de tenencia indirecta implica un punto de corte más allá del cual no se permiten reclamos de inversores. Niega la aplicabilidad a este caso de las decisiones de *PSEG c. Turquía* y *Enron c. Argentina*, que versan sobre una cuestión netamente

⁵² *Mihaly International Corporation c. Sri Lanka*, Caso CIADI N.º ARB/00/2, Laudo, 15 de marzo de 2002, *Hussein Nuaman Soufraki c. Emiratos Árabes Unidos*, Caso CIADI N.º ARB/02/7, Laudo, 7 de julio de 2004, (de aquí en adelante “*Soufraki*”).

diferente: la legitimidad procesal de inversores minoritarios o indirectos. En cambio, invoca el fallo del tribunal de *Enron*⁵³: “en el presente caso la participación de los Demandantes se buscó específicamente y , por consiguiente, éstos están incluidos dentro del consentimiento para el arbitraje otorgado por la República Argentina [y] son más allá de cualquier duda los titulares de la inversión realizada y sus derechos se encuentran protegidos por el Tratado como derechos emergentes de un tratado claramente establecidos, y no simplemente como derechos contractuales relativos a algún intermediario”.

115. El Memorial de Contestación niega también la relevancia del hecho de que los Demandantes puedan tener derecho a demandar a los bancos vendedores, como probablemente hicieron algunos. Señala que, aunque sólo una minoría de los Demandantes inició acciones de esta índole, muchas de las cuales aún no se resolvieron y cuyos resultados difieren de un caso a otro, las relaciones fundamentales (con los bancos vendedores y con la Argentina) son distintas, al igual que los derechos que surgen de ellas. Admite que ninguno de los Demandantes tendría derecho a recuperar más que la pérdida total sufrida como consecuencia de las acciones ilegales de la Argentina, pero aclara que esta cuestión se relaciona con el *quantum*, no la jurisdicción.

3.III Artículo 8 del TBI

116. El Memorial de Contestación rechaza el argumento de la Argentina de que el Artículo 8 establece un “sistema de solución de controversias organizado en varios niveles, según un orden secuencial”, cuyo incumplimiento prohíbe la jurisdicción del CIADI. Afirma que las disposiciones similares a dicho Artículo 8 son comunes en los tratados de inversión, y que la opinión predominante es que no establecen un requisito jurisdiccional sino que simplemente prevén “un paso previo razonable a fin de evitar un arbitraje internacional, el cual podría resultar inútil si se pudieran encontrar otras soluciones, más simples o menos costosas, a la controversia”⁵⁴. Simplemente representan una oportunidad para las partes de llegar a un acuerdo, pero no necesitan aplicarse cuando los intentos de una solución negociada resultan inútiles. En cuanto a los casos CIADI basados en este enfoque, el Memorial de Contestación cita *Ethyl*

⁵³ *Enron c. Argentina*, párr. 56.

⁵⁴ Párr. 381, en el que se cita en sustento también *The Oxford Handbook of International Investment Law*.

*Corp. c. Canadá*⁵⁵, *Lauder c. República Checa*⁵⁶, *Bayindir c. Pakistán*⁵⁷ y *SGS c. Pakistán*⁵⁸, a la vez que rechaza las dos fuentes que invoca la Demandada, ya que en una de ellas (*Enron*⁵⁹) se decidió que el período de consulta en el TBI en cuestión se había observado y, en el otro (*Wintershall*), había una importante diferencia en el TBI, que establecía que toda controversia “deberá” someterse a los tribunales locales, en tanto la palabra utilizada en este caso es “podrá”⁶⁰.

117. El Memorial de Contestación señala que el intento de la Demandada de eludir la cuestión invocando las normas generales de interpretación de tratados es contraproducente en vista de la redacción del Artículo 8: el párrafo 1 establece que la solución de controversias por consultas amistosas sólo se aplicará “en la medida de lo posible”⁶¹, en tanto el párrafo 2 (véase *supra*) dispone que la controversia “podrá” someterse a la jurisdicción local. El Memorial de Contestación señala específicamente que el uso de los anteriores mecanismos de los Artículos 8(1) y 8(2) habría resultado ser “de la mayor inutilidad”⁶² y es, en todo caso, irrelevante en virtud de la cláusula de la nación más favorecida del Artículo 3.
118. El Memorial de Contestación cita, como prueba de la inutilidad de todo intento de negociación de los bonistas, incluso los Demandantes, por un lado, la estrategia de Argentina durante el proceso de la OPC y, por el otro, las disposiciones de la ley 26.017. Con respecto a la OPC, recuerda las afirmaciones de la Demandada de cómo los términos de la Oferta fueron elaborados de manera unilateral por la Argentina y luego impuestos a los tenedores de bonos. Asimismo, recuerda la disposición expresa de la OPC de que los títulos que no fueran canjeados de acuerdo con la oferta “podrían permanecer impagos indefinidamente”, lo que demuestra que se trató de una oferta del tipo “tómalo o déjalo”, incompatible con la práctica de hacer participar a los

⁵⁵ *Ethyl Corp. c. Gobierno de Canadá*, TLCAN/UNCITRAL, Laudo sobre Jurisdicción, 24 de junio de 1998, (de aquí en adelante “*Ethyl Corp. c. Canadá*”), párr. 85.

⁵⁶ *Ronald S. Lauder c. República Checa*, UNCITRAL, Laudo, 3 de septiembre de 2001, (de aquí en adelante “*Lauder c. República Checa*”), párr. 187.

⁵⁷ *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI N.º ARB/03/29, Decisión sobre Jurisdicción, 14 de noviembre de 2005, (de aquí en adelante “*Bayindir c. Pakistán*”), párr. 100.

⁵⁸ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI N.º ARB/01/13, Decisión del Tribunal sobre Objeciones a la Jurisdicción, 6 de agosto de 2003, (de aquí en adelante “*SGS c. Pakistán*”), párr. 184.

⁵⁹ *Enron c. Argentina*.

⁶⁰ “*potrà*” en idioma italiano.

⁶¹ “*per quanto possibile*” en idioma italiano.

⁶² Párr. 390.

inversores en la redacción de sus términos. También recuerda el Artículo 3 de la Ley N.º 26.017, sancionada por iniciativa del Poder Ejecutivo, aun mientras que la OPC todavía se encontraba abierta para su aceptación, que prohibía a la Argentina realizar cualquier tipo de acuerdo con los bonistas que no participaran de la OPC, y al Artículo 2 de la misma ley, que prohibía la reapertura de la OPC. Conforme al Código Penal argentino, el incumplimiento de la ley por parte de un funcionario público es un delito susceptible de ser castigado con pena de prisión y la inhabilitación para ejercer un cargo público. En consecuencia, aun si fuesen posibles las consultas amistosas (como afirma la Demandada), no podrían haber llevado a ningún lado. Prueba de ello es el fracaso de las negociaciones intentadas por otros grupos de tenedores, como lo demuestra la prensa. El Memorial de Contestación sostiene que es paradójico que Argentina, después de adoptar una ley tan severa como la *Ley Cerrojo*, ahora exprese consternación porque los Demandantes no intentaron negociar.

a. La cláusula de la nación más favorecida

119. El Memorial de Contestación invoca las disposiciones del Artículo 3 del TBI, en tanto garantizan a la inversión y a “todas las demás cuestiones” reguladas por el Tratado un trato por parte del Estado anfitrión que nunca debería ser menos favorable que el otorgado a sus propios inversores o a inversores de un tercer Estado, que permite a los Demandantes ampararse en el Artículo VII(2) y (3) del TBI entre la Argentina y los Estados Unidos de América de octubre de 1994. El Artículo VII(2) y (3) establecen lo siguiente, en sus partes pertinentes:

“(2) En caso de surgir una controversia, las partes en la controversia procurarán primero solucionarla mediante consultas y negociaciones. Si la controversia no pudiera ser solucionada en forma amigable, la sociedad o el nacional involucrados podrán elegir someter la controversia para su solución:

(a) A los tribunales judiciales o administrativos de la Parte que sea parte en la controversia; o

(b) A los procedimientos de solución de controversias aplicables, previamente acordados; o

(c) A lo dispuesto en el párrafo 3 de este Artículo.

(3) (a) En el caso en que el nacional o sociedad no hubiera sometido la solución de la controversia a lo previsto por el párrafo 2 a) o b), y que hubieran transcurrido seis meses desde la fecha en que se planteó

la controversia, la sociedad o el nacional involucrados podrá expresar por escrito su voluntad de someter la controversia al arbitraje obligatorio:

(i) del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias de Controversias Relativas a Inversiones...”

La consecuencia resultante de ello es, según el Memorial de Contestación, que los Demandantes no tienen necesidad de cumplir el período de espera de 18 meses ante los tribunales locales argentinos, sino simplemente demostrar que transcurrieron seis meses antes de surgir la controversia, lo cual se cumple ya que la controversia surgió en la fecha de sanción de la *Ley Cerrojo*.

120. El Memorial de Contestación rechaza el argumento en contrario de la Demandada de que las cláusulas de NMF no pueden aplicarse a los mecanismos de resolución de controversias, dado que esto “es contradicho por la constante jurisprudencia del CIADI que admite que las cláusulas de NMF también se aplican a los mecanismos de resolución de controversias, a menos que su texto los excluya⁶³”. Como fundamento de ello, cita los casos *Gas Natural SDG, S.A. c. República Argentina* (Caso CIADI N.º ARB/03/10), *Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España* (Caso CIADI N.º ARB/97/7) y *Suez c. Argentina*, en los que se determinó que la resolución de controversias es un elemento esencial de la protección del inversor que no puede excluirse. Alega, además, que si se acepta el argumento de que mucho depende de la redacción de la cláusula particular de NMF, en este caso, el Artículo 3(1) requiere una interpretación amplia dado que no contiene excepciones (por ejemplo, para la resolución de controversias); esto se diferencia de las excepciones específicas establecidas en el Artículo 3(2).

b. La inutilidad de recurrir a los tribunales locales

121. El Memorial de Contestación señala, por último, que cualquier acción legal presentada ante los tribunales locales para obtener el pago de los montos adeudados en razón de los Bonos no sólo habría sido costosa, sino que además habría estado condenada al fracaso en vista de los términos categóricos de la *Ley Cerrojo*, tal como claramente queda confirmado en la revocación, por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en el mes de abril de 2005, de una sentencia de la

⁶³ Párr. 406.

cámara de apelaciones que había ordenado a la Argentina pagar a ciertos ciudadanos argentinos los montos debidos en relación a los bonos⁶⁴, aduciendo que el proceso de reestructuración corresponde a la esfera política y, por consiguiente, no se encuentra sujeto a la revisión judicial, y que, en cualquier caso, la participación en la OPC era una opción, cuyas consecuencias eran claras en ese momento. Esto fue ratificado por la Corte Suprema en dos casos posteriores en los que la Corte se remitió al precedente *Galli*⁶⁵. En uno de estos casos (*Lucesoli*), el Gobierno argentino alegó expresamente ante la Corte Suprema que “los bonos no presentados al canje en 2005 han dejado de ser representativos de la deuda pública argentina” y que el pago reclamado había devenido “inexigible”, lo cual no es compatible con la insistencia actual de que los Demandantes deberían haber iniciado una acción ante los tribunales locales. Por otra parte, en vista de la experiencia actual, no es realista que pueda surgir alguna solución judicial dentro del plazo de dieciocho meses establecido por el Artículo 8(2) del TBI, ya que, en los casos mencionados *supra*, cuya resolución fue la más expeditiva del sistema legal argentino, el tiempo que llevaron fue de tres a seis años; hay casos que aún luego de transcurridos siete años están pendientes de resolución. Por otro lado, alegar que los casos tenían que “someterse” a los tribunales, sin ninguna expectativa de resultado, sería una vejación sin sentido. Finalmente, la legislación argentina obstaculizó el camino de los litigantes extranjeros, quienes no sólo debían abonar la tasa de justicia equivalente al 3% del monto reclamado, sino que además debían ofrecer una garantía de arraigo costosa y se harían cargo de los gastos de todo el proceso si, al cabo de 18 meses, lo abandonaban para recurrir al arbitraje.

122. Es por eso que el Memorial de Contestación solicita al Tribunal que desestime todas las objeciones de la Demandada y decida que tiene competencia sobre los reclamos de los Demandantes.

⁶⁴ *Galli, Hugo G. y otro c. Poder Ejecutivo Nacional s/amparo*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Decisión Final del 5 de abril de 2005 (Fallos:328:690), Caso No. G. 2181 XXXIX (CLA-37).

⁶⁵ En los casos *Lucesoli, Daniel Bernard c. Poder Ejecutivo Nacional s/amparo*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Decisión del 9 de septiembre de 2008, Caso No. L. 542. XL III (CLA-38) y *Rizzuti, Carlos Pablo c. Poder Ejecutivo Nacional s/amparo*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Decisión del 22 de diciembre de 2008, Caso No. R. XLIV (CLA-39).

4. Memorial de Réplica sobre Excepciones a la Jurisdicción y Admisibilidad de la Demandada

123. El día 5 de febrero de 2010, la Demandada presentó el Memorial de Réplica sobre Excepciones a la Jurisdicción y Admisibilidad, acompañado de las Declaraciones Testimoniales de Enrique H Boilini, Noemi C. La Greca y Federico Molina.

4.I Los antecedentes del default de Argentina

124. El Memorial de Réplica comienza recapitulando los elementos esenciales del argumento de la Demandada. Afirma que los Demandantes subestiman la verdadera magnitud de la crisis de deuda que azotó a Argentina y distorsionan la realidad al describirla como un problema propio de Argentina. Reitera que el default soberano de Argentina no es un caso sin precedentes, sino que siguió el ejemplo de reestructuraciones de deuda soberana anteriores, y agrega que la forma en que se manejó sentó las bases para un ciclo de crecimiento renovado y una mayor perspectiva de la capacidad de afrontar la actual crisis financiera. Rechaza la descripción de los Demandantes de la OPC como un “tómalo o déjalo” y afirma que Argentina llevó a cabo una serie de reuniones con grupos y asociaciones que representaban a los tenedores tanto institucionales como minoristas de los títulos de deuda, con un total de por lo menos 61 reuniones con al menos 21 agrupaciones independientes de acreedores entre los meses de mayo de 2002 y abril de 2004. Estos fueron esfuerzos de buena fe para llegar a la formulación de un marco para la reestructuración de la deuda e incluyeron el asesoramiento de expertos tanto de los sectores público, como privado, y conversaciones con (entre otros) el FMI y una política de la mayor transparencia y claridad posible respecto al público argentino y extranjero. Un punto cardinal de la política fue no generar falsas expectativas con promesas que Argentina no podría cumplir, por lo que aunque se intentó complacer a los acreedores, Argentina resistió la tentación de ofrecer términos excesivamente generosos que no serían sostenible en el largo plazo. De hecho, algunas de las propuestas presentadas en nombre de los tenedores de bonos italianos (u otros tenedores europeos) se incluyeron en la oferta de canje, como incluir bonos a la par, evitar el lenguaje que podría interpretarse como una renuncia a las reclamaciones contra los bancos vendedores y eliminar ciertas discrepancias entre bonos e intereses vendidos en Europa y en Estados Unidos. Como resultado, si bien la OPC fue

“unilateral” en el sentido de que no fue un compromiso con ningún grupo tenedor en particular, sí fue “el producto de consultas frecuentes con los acreedores⁶⁶”.

a. La Oferta de Canje y la Ley N.º 26.017

125. El Memorial de Réplica detalla las circunstancias que rodearon la OPC, a fin de demostrar que, contrario a las afirmaciones de los Demandantes, se temía que los tenedores de Títulos Elegibles “podrían intentar cuestionar el progreso o la consumación de la Oferta mediante la obtención de una prohibición judicial o la iniciación de otros recursos jurídicos”; así se demostró que la oferta “era una etapa de un proceso que requeriría de otras posteriores para ser exitoso”⁶⁷, en otras palabras no se buscaba satisfacer a todos sino alcanzar el mayor éxito posible para poder continuar el proceso. Según la Demandada, esto descarta las afirmaciones de los Demandantes, tales como que el descuento fue el más bajo en la historia, que el interés pasado fue repudiado, que Argentina no pagó todo lo que podía, etc.; y se puede ver que esto no es cierto cuando se evalúa el resultado de la OPC 2005 al día de hoy.
126. Pasando al tema de la Ley N.º 26.017, el Memorial de Réplica señala en primer lugar que su promulgación no tuvo efecto sobre las negociaciones previas. Además, esta Ley ni buscó ni era capaz de restringir las negociaciones o los recursos legales basados en el TBI. En efecto, tampoco obligó a ninguno de los acreedores a aceptar la oferta, ya que sólo dispuso que el Poder Ejecutivo no podría reabrir unilateralmente el proceso de oferta de canje, sino que primero tendría que buscar la suspensión de la Ley.

b. El Derecho Italiano

127. Luego, el Memorial de Réplica vuelve a las críticas de la Demandada acerca de los graves defectos en la venta de valores por los bancos italianos a tenedores minoristas no sofisticados, que señala que los Demandantes no han negado, pero nada de lo cual se puede atribuir a Argentina, que no tenía responsabilidad de ningún tipo en la colocación de los bonos en el mercado secundario. El Memorial de Réplica sigue con una descripción de cómo la venta de los títulos de deuda a inversores no sofisticados no sólo infringió los términos expresamente acordados con Argentina al momento de

⁶⁶ Párr. 56.

⁶⁷ Párrs. 64-65

la emisión de los Bonos, sino también una serie de disposiciones legales italianas contenidas en la Ley Financiera Italiana⁶⁸ y las Regulaciones para Intermediarios⁶⁹. Estas infracciones han sido establecidas por una serie de decisiones judiciales dictadas por los tribunales italianos y han resultado en sentencias que ordenan el reembolso del precio de compra a los clientes de los bancos. Alega que también se infringieron regulaciones italianas sobre títulos valores y la obligación general de los bancos de informar a sus clientes. Además alega que hay pruebas de que algunos bancos italianos deliberadamente descargaron gran parte de su propia exposición a los bonos argentinos en clientes desprevenidos cuando se dieron cuenta del creciente riesgo de un default inminente. Ninguna de estas acciones era conocida por Argentina, que había tomado medidas para evitar que se involucrara a compradores inexpertos, como se explica en el informe del experto Daniel Marx.

4.II Jurisdicción y admisibilidad

a. La naturaleza colectiva de la reclamación

128. El Memorial de Réplica recuerda los argumentos anteriores de la Demandada relativas a la naturaleza de la reclamación como una acción colectiva que, alega, los Demandantes no han refutado. Rechaza la descripción de los Demandantes de la acción al oponer que los Demandantes no están actuando personalmente para hacer efectivos sus propios derechos, sino que quien en los hechos está actuando en su nombre es NASAM, “cosa que normalmente no ocurre cuando se presenta un litisconsorcio facultativo (acumulación subjetiva de acciones por conexidad)”, sea conforme a la legislación nacional argentina o ante tribunales internacionales. Por otra parte, el mismo mandato de NASAM habla en términos de una “*azione di gruppo*,” que sólo procederá si se puede configurar un grupo suficiente. Por lo tanto, debe entenderse que significa una acción “colectiva” o “de clase”; y aunque esto no se corresponde con ninguna categoría jurídica reconocida en el derecho internacional o en las legislaciones de Italia o Argentina, muestra que al menos no es una acción individual. Según alega la Demandada, se trata de un procedimiento colectivo sin precedente y equivale a una acción representativa (acción de clase) que no es válida con arreglo al Convenio CIADI. El Memorial de Réplica afirma también que toda una

⁶⁸ Decreto Legislativo N.º 58 del 24 de febrero de 1998.

⁶⁹ Regulación N.º 11.522.

lista de factores contradice las afirmaciones de los Demandantes; entre otros: que los Demandantes fueron activamente reclutados por NASAM; que se han convertido en no más que espectadores pasivos de un procedimiento que no pueden influir o modificar; que su representante, Sr. Parodi, fue elegido por ellos; que NASAM afirma actuar como su “mandataria” aunque no tienen ninguna capacidad para dirigir o controlar sus acciones.

129. En cuanto a la identificación de los propios Demandantes, el Memorial de Réplica objeta a las listas presentadas, y destaca que el Memorial de Contestación afirma que son 120, mientras que en la Solicitud de Arbitraje aparecen 177 nombres⁷⁰: una diferencia de 57. Deduce que, si no ha habido un error aritmético, o bien la parte Demandante de hecho desconocía cuántos Demandantes fueron incluidos en el arbitraje, o un tercio de los Demandantes se han retirado unilateralmente (y por lo tanto de modo inadmisiblemente) de las actuaciones. Detalla más discrepancias de menor importancia que, cualquiera sea su explicación, demuestran que está en discusión desde el inicio quiénes son los verdaderos Demandantes que accionan contra la República Argentina, cuestión que afecta sin lugar a dudas la garantía del “debido proceso y el derecho de defensa”⁷¹, y afirma que equivale a un abuso de proceso.
130. Luego, el Memorial de Réplica retorna al argumento de la Demandada de que el silencio del Convenio CIADI y del TBI respecto de los procedimientos colectivos es suficiente por sí mismo para demostrar que Argentina no ha prestado su consentimiento para ellos; dada su naturaleza voluntaria, el consentimiento a la jurisdicción internacional debe ser claro y expreso. Los casos citados por los Demandantes avalan, a lo sumo, la afirmación de que en algunas instancias los tribunales del CIADI han entendido en un único procedimiento a instancia de un pequeño número de demandantes que estaban íntimamente vinculados de alguna manera concreta; pero sólo si habían obtenido el consentimiento de la demandada. Sin embargo, esto dista mucho de afirmar que el Convenio CIADI autoriza las acciones colectivas, de clase o grupo.
131. En cuanto a la correcta interpretación del Convenio CIADI, su texto utiliza regularmente los sustantivos singulares (por ejemplo “nacional” o “parte”), y no hay

⁷⁰ Párr. 96.

⁷¹ Párr. 101.

ninguna justificación para mirar más allá del texto en ausencia de ambigüedad. El silencio del Convenio con respecto a los procedimientos colectivos no significa que tales procedimientos estén permitidos, sino todo lo contrario; un contraste que puede verse con facilidad en comparación con el lenguaje expreso de otros tratados como la Convención Interamericana de Derechos Humanos. No existen pruebas de que los redactores del Convenio CIADI hayan considerado incluir las reclamaciones colectivas dentro de su alcance, y la ausencia de normas procesales específicas para abordar las cuestiones que se plantearían en el caso de reclamaciones múltiples es una razón adicional para decir que no caen dentro del alcance del Convenio.

132. En cuanto al TBI, el Memorial de Réplica alega que la misma conclusión se desprende de la ausencia de cualquier referencia a un procedimiento colectivo, de clase o masivo. En particular, el artículo 8(1) define la categoría de controversias para las que Argentina ha dado su consentimiento al arbitraje como toda controversia relativa a las inversiones “que surja entre un inversor de una de las Partes Contratantes y la otra Parte”. Así, el artículo 8(1) limita el consentimiento de Argentina para arbitrar a reclamaciones presentadas por un solo inversor. Por el contrario, en el presente caso hay más de 100 controversias separadas, cada una con un objeto diferente, porque cada Demandante adquirió los títulos de deuda en cuestión en una época diferente, por un monto distinto y una moneda distinta, regidos por una legislación local diferente y creados conforme a diferentes programas, con el resultado de que –excepto en el caso en el que dos o más Demandantes hayan adquirido conjuntamente los mismos títulos de deuda– cada Demandante está involucrado en una relación jurídica diferente e independiente. La consecuencia debe ser, según el Memorial de Réplica, que la reclamación es inadmisibles incluso en virtud del propio TBI.
133. El Memorial de Réplica sostiene además que, en los casos inusuales donde los procedimientos colectivos están permitidos, se los contempla por una decisión explícita, receptada en mecanismos procesales detallados, y que esto está diseñado para dar aviso a las partes de que puedan ser sujetas a acciones de clase u otros procedimientos colectivos y específicamente para permitir que un Estado decida si desea quedar obligado por estas disposiciones. Señala el hecho de que los procedimientos colectivos siguen siendo muy polémicos, excepto en Estados Unidos,

y contrasta el caso en que los Estados desean establecer un único tribunal para decidir una clase particular de reclamos o múltiples reclamos no relacionados, en cuyo caso lo hacen en forma explícita mediante un instrumento convencional, como el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos. Ese Tribunal se negó a permitir acciones de múltiples demandantes excepto donde había una estrecha relación preexistente entre los demandantes, y esta práctica fue a su vez similar a la seguida en los ejemplos limitados de prácticas previas del CIADI. La ausencia de normas procesales tampoco es sólo una laguna que podría cubrirse ambulando, ya que no hay nada en el Convenio CIADI que autorice a un tribunal a desarrollar por su cuenta los procedimientos para las acciones masivas; pues esto implicaría el más agudo contraste con el proceso formal exhaustivo que se empleó para aplicar los cambios a las Reglas del CIADI en 2006, y además esos cambios sólo se aplicaron a los procedimientos posteriores respecto de los que la fecha de consentimiento fue posterior a la reforma. Por otra parte, en exactamente el mismo período, otras instituciones arbitrales consideraban la reforma de sus reglas formales para permitir la consolidación de las reclamaciones en circunstancias bien definidas. El Memorial de Réplica sostiene que ninguno de los casos del CIADI invocados por los Demandantes implicaron una acción colectiva con las características del presente caso.

134. Asimismo, el Memorial de Réplica invoca el contexto y las circunstancias que rodearon la celebración del Convenio CIADI y del TBI; señala la limitación o la prohibición absoluta en su momento de las acciones de clase o masivas en los ordenamientos jurídicos locales de muchos de los Estados involucrados como prueba de que las Partes Contratantes del CIADI no pueden haber tenido la intención de dar su consentimiento tácito a dichos procedimientos, y señala además en este sentido el informe experto del Profesor Kielmanovich, que sostuvo que el litisconsorcio de las partes presentes no se habría permitido en Argentina porque su acción no se deriva de una única relación jurídica que los vincula a la Demandada y uno al otro. En lo que respecta a Italia, destaca que las acciones colectivas se han permitido muy recientemente en virtud de la nueva legislación posterior al Memorial de la Demandada; pero la legitimación activa depende de autorización específica del tribunal, y el procedimiento se limita además a reclamaciones comerciales de tipos especificados. Así, llega a la conclusión de que no hay fundamento alguno para la

sugerencia de que Italia o Argentina hayan prestado su consentimiento tácito al arbitraje colectivo del tipo presente al suscribir el Convenio o el TBI, y rechaza en este respecto la respuesta de los Demandantes basada exclusivamente en insistir en que el arbitraje no es una “acción de clase”.

135. En lo que concierne al argumento de que el procedimiento que nos ocupa no tiene nada de extraordinario o sin precedente, el Memorial de Réplica supone que debe ser una referencia al arbitraje de *Giovanna Beccara c. Argentina*⁷², pero en ese momento el mencionado caso sólo se encontraba en su primera fase y, por ende, difícilmente podía invocarse como precedente⁷³. Por el contrario, el Memorial de Réplica afirma que el procedimiento de *Alpi c. Argentina*⁷⁴ puede ser menos excepcional, pero no hay ninguna explicación racional económica para ello, mientras que los otros arbitrajes CIADI citados por los Demandantes no son similares en términos fácticos. La primera edición de la obra *A Commentary on the ICSID Convention* de Schreuer indica que las reclamaciones con pluralidad de partes deberían surgir de una única operación de inversión, y suelen ser la consecuencia de reclamaciones conjuntas de empresas dentro de un grupo societario o de la cesión parcial de derechos de un inversor original. El Memorial de Réplica señala la admisión de los Demandantes de que debe haber un vínculo razonable y significativo entre las reclamaciones individuales, pero objeta a que esta condición esté realmente satisfecha en el presente caso por las razones ya expuestas, y se refiere en este respecto a la prueba del Profesor Kielmanovich.
136. En particular, el Memorial de Réplica impugna la comparabilidad de los casos *Funnekotter c. Zimbabwe* y *Goetz c. Burundi*, sobre la base de que el número de demandantes en *Funnekotter* era mucho menor y el Estado demandado no planteó excepciones, y de que en *Goetz* el número fue menor aún, los demandantes eran todos coaccionistas y la demandada tampoco había planteado excepciones. En cuanto a los casos *Bayview* y *Canadian Cattlemen*, en el marco del TLCAN, en *Bayview* el tribunal rechazó la jurisdicción y por lo tanto no debió analizar otros aspectos de las excepciones de la demandada; mientras que en *Cattlemen* (en efecto tramitado con

⁷² *Abaclat*.

⁷³ El tribunal de *Beccara* (ahora *Abaclat*) ya ha tomado una decisión y confirmado su jurisdicción, como se comenta *in extenso infra*.

⁷⁴ *Ambiente Ufficio*.

arreglo al Reglamento CNUDMI) hubo un acuerdo entre las Partes para consolidar 109 arbitrajes que se habían iniciado por separado.

137. La Demandada mantiene por lo tanto su argumento de que no existen casos en que un Estado Contratante en virtud del Convenio fue alguna vez forzado por un tribunal a participar en un proceso consolidado o de múltiples partes sin el consentimiento de ese Estado, y afirma que la razón subyacente es respaldada por la opinión general y que toda desviación sustancial del paradigma actualmente aceptado importaría extender la consolidación desde el caso de una operación de inversión individual con partes estrechamente relacionadas a un caso en el cual hay operaciones y demandantes no relacionados que sólo están vinculados por la medida o las medidas adoptadas por el Estado contra las que reclaman.
138. Por último, el Memorial de Réplica objeta a lo que denomina argumentos de política de los Demandantes diseñados como una apelación al Tribunal “de legislar en respaldo de lo que se reclama ser un objetivo deseable de política”⁷⁵, y afirma que estos argumentos deben caer como una cuestión de derecho: el CIADI es estrictamente una institución fundada en el consentimiento. Luego, objeta del mismo modo a los argumentos de los Demandantes a nivel fáctico, y afirma que el proceso sería inmensamente ineficiente e inmanejable y, si se permitiera proceder, plantearía serias preocupaciones respecto del debido proceso⁷⁶. Siguiendo con la cuestión de la ineficiencia, el Memorial de Réplica afirma que no se trata meramente de una cuestión de comparar un número de demandantes contra otro, sino más bien que en los hechos el arbitraje que nos ocupa parece involucrar a 177 reclamaciones que no son idénticas o siquiera similares (por las razones ya expuestas). Asimismo, afirma que las consiguientes complicaciones, incluso para determinar los hechos críticos con respecto a cada Demandante, además de conducir a ineficiencias costosas, afectarían el derecho fundamental de Argentina a analizar y tratar individualmente cada reclamación, de un modo que tocaría no sólo los méritos sino también las cuestiones relacionadas con el umbral de determinación de la jurisdicción del Tribunal, por ejemplo, si las inversiones se realizaron con arreglo a la legislación aplicable y la

⁷⁵ Párr. 144.

⁷⁶ En este contexto se invoca la Decisión sobre la Admisibilidad de Demandas Subordinadas del día 4 de diciembre de 2009 en el marco del caso *Itera International Energy LLC e Itera Group NV c. Georgia*, Caso CIADI N.º ARB/08/07, que sostiene que las consideraciones de eficiencia no podrían en sí mismas ser decisivas para admitir una reclamación complementaria.

cuestión de la nacionalidad. En materia de debido proceso, el perjuicio a los derechos de la Demandada surge de la interposición de NASAM como la entidad que está en completo control de la parte demandante del arbitraje, pero sin embargo está protegida de la posibilidad del tribunal de obtener información porque no es una parte nominal. El Memorial de Réplica niega además la supuesta economía procesal de las actuaciones, señalando que la acción en el fuero nacional pertinente, donde la jurisdicción está explícitamente estipulada, ahorraría por definición costas judiciales, y es la razón por la cual las reclamaciones sobre deuda soberana siempre se han resuelto allí en el pasado; en otras palabras, es exactamente lo contrario a la situación en la que un inversor extranjero se ve obligado a demandar a nivel nacional porque el arbitraje del CIADI no está disponible.

b. El Mandato de NASAM y el Poder

139. A continuación, el Memorial de Réplica aborda las respuestas de los Demandantes a los interrogantes planteados en cuanto a la condición y el efecto del Mandato de NASAM y el Poder. Niega que la Solicitud de Arbitraje en efecto represente el consentimiento válido de los Demandantes, puesto que la Solicitud se presentó sin las firmas individuales de los Demandantes a pesar de que el Mandato de NASAM así lo exige, y a su vez la propia Solicitud indica que los Demandantes aceptaron el arbitraje del CIADI “al firmar y presentar” [Traducción del Tribunal] la Solicitud. Niega además que, en las circunstancias particulares, el representante haya estado válidamente autorizado para dar consentimiento al arbitraje en su nombre, dado que el Poder que los Demandantes afirman que rige exclusivamente la relación con su representante no menciona ni al CIADI ni al TBI, y no hay nada más en el Paquete del mandato de NASAM para proporcionar una expresión independiente del consentimiento de los Demandantes. En particular, los considerandos mencionados en el Memorial de Contestación sólo contienen información que NASAM proporcionó a los Demandantes, pero no una expresión de voluntad por su parte, y tampoco existe ninguna prueba de que los pagos individuales de los Demandantes de sus porciones de los gastos fueron de hecho realizados con referencia expresa al “*Arbitrato ICSID*”, como aduce el Memorial de Contestación. El Memorial de Réplica alega que estas no son meras cuestiones de forma, puesto que el requisito del Mandato de NASAM de que los Demandantes debían firmar implicaba, en primer lugar, que tendrían una oportunidad adicional para decidir si prestaban su consentimiento o no a un arbitraje

en particular, y, en segundo lugar, que serían debidamente informados de que se estaba firmando una Solicitud de Arbitraje en sus nombres. El Memorial de Réplica alega también que las presentaciones realizadas por los Demandantes no han proporcionado suficientes pruebas documentales de que los Mandatos fueron de hecho firmados por los Demandantes en el caso.

140. El Memorial de Réplica reitera las alegaciones anteriores de la Demandada de que tanto el Mandato como el Poder contienen vicios legales, y de que sus vicios infectan uno al otro como *negozzi collegati*. Afirma que esto distingue el caso de *AMTO c. Ucrania*, dado que ese caso estaba sujeto al Tratado sobre la Carta de la Energía, y la legislación aplicable, por tanto, era diferente. En el presente caso, conforme al artículo 42(1) del Convenio CIADI, la legislación aplicable está determinada por el artículo 8(7) del TBI, en virtud del cual se da lugar preferente a la ley argentina, incluidas por tanto sus normas de derecho internacional privado que remiten la validez y la naturaleza de los contratos a la ley del lugar de su celebración. La aplicación de las normas italianas de elección de derecho llevaría al mismo resultado.
141. El Memorial de Réplica cita comentarios sobre derecho civil italiano para demostrar que es normal, de hecho esperable, que un poder vaya de la mano con algún tipo de mandato o relación contractual subyacente. Eso, junto con la estructura fáctica y legal establecida por NASAM, presenta un obstáculo al intento de caracterizar el Poder y el Mandato de NASAM como instrumentos jurídicos separados; según los alegatos de la Demandada, los dos documentos se mantienen juntos o caen juntos.
142. El Memorial de Réplica reitera la anterior afirmación de la Demandada de que el Poder no cumple con los requisitos formales establecidos en el artículo 83 del Código Procesal Civil italiano. Detalla opiniones académicas de autoridad contra la afirmación del Memorial de Contestación de que hay plena libertad para la designación de representantes en un arbitraje, y argumenta que, por el contrario, si se otorga un poder por escrito a un abogado, la firma requiere certificación conforme al artículo 83, es decir, por un notario o funcionario público. Se sostiene que, en consecuencia, los Poderes no proporcionan una base para el consentimiento, que es de suma importancia en un caso en el cual la Demandada y el Tribunal desconocen quiénes son los Demandantes (porque nunca comparecieron en persona a alguna sesión), sino que son sólo nombres en una lista.

143. El Memorial de Réplica afirma además que el Paquete del mandato de NASAM tampoco cumple con los requisitos sustantivos del derecho italiano, puesto que transfiere a NASAM todas las facultades que el cliente debería ser capaz de ejercer en una relación entre abogado y mandante. La única base de conformidad con la ley italiana en la que NASAM sería capaz de realizar una reclamación en nombre de terceros sería la de *procuratore generale* o *preposto a determinati affari* con arreglo al Artículo 77 del Código Procesal Civil, y no es el caso. Afirma que la Demandada nunca ha argumentado que, de conformidad con el Artículo 82 del Código, una parte debe estar representada por un abogado en un arbitraje, sino por el contrario que la sentencia de la Corte Suprema invocada en el Memorial de Contestación no se refiere (como se afirma) al Artículo 77, sino en cambio al Artículo 75, párrafo 3, relativo a la representación de las sociedades en los procesos judiciales. Niega que el papel de NASAM sea tan limitado como afirma el Memorial de Contestación, puesto que fue NASAM, y solo NASAM, quien decidió iniciar el presente arbitraje del CIADI e instruyó en consecuencia a los representantes letrados de los Demandantes. Por ende, lo que importa no es dónde está el fundamento para afirmar que el Mandato de NASAM otorga a NASAM el control completo sobre los reclamos de los Demandantes, sino por el contrario: dónde está el fundamento para sostener (como en el Memorial de Contestación⁷⁷) que los Demandantes están “en absoluto control de la relación con los Abogados”. De hecho, ¿cómo podría ser posible que cada uno de los 178 Demandantes diferentes controlara la tramitación del caso?
144. El Memorial de Réplica niega además que se trate de un caso normal de financiación de terceros, dado que por cierto la fuente de financiación no carece de relación con el litigio y, de conformidad con el Paquete de Mandato, se ha convertido en una verdadera parte interesada en el caso. Señala que en efecto los Demandantes han cedido a NASAM de manera irrevocable el derecho a cobrar el reclamo en su totalidad y a recibir el pago, de hecho, a cambio de una reclamación contra NASAM a favor de cada Demandante por las sumas restantes una vez que NASAM haya retenido la suma que le corresponda.
145. El Memorial de Réplica concluye finalmente que, incluso si el Paquete de Mandato constituyera un consentimiento válido por escrito, de todos modos no podría

⁷⁷ Párr. 97.

representar el consentimiento de los Demandantes a un procedimiento colectivo, a diferencia de procedimientos individuales.

c. La ausencia de una inversión

146. El Memorial de Réplica continúa con las excepciones a la jurisdicción del Tribunal *ratione materiae*, sobre la base de que no hay ninguna inversión y por lo tanto ninguna controversia derivada directamente de una inversión, para los fines del Convenio CIADI y el TBI.
147. Comienza volviendo a la cuestión de la naturaleza precisa de los “bonos” e “intereses en los títulos de deuda”, a partir de la premisa de que lo que los Demandantes presentan como sus inversiones son los títulos de deuda adquiridos de terceros (no de Argentina) en el mercado secundario y libremente negociables en el mercado. Por el contrario, las emisiones de bonos del Estado argentino son típicas transacciones en las que el Estado hizo una emisión única al colocador de bonos (o a los colocadores) a cambio de un único pago de un monto global equivalente al precio de oferta acordado, y el único pago no fue transferido al territorio de Argentina sino por lo general a una cuenta en un banco extranjero a nombre de la República Argentina o de su Banco Central; y toda la responsabilidad y el riesgo de la venta de los bonos en el mercado abierto pasaron a los colocadores. La consecuencia es que los Demandantes no son en sí mismos los tenedores de bonos, sino en el mejor de los casos los titulares de intereses indirectos sobre ellos, conforme a un sistema bien establecido y conocido como el “sistema de tenencia indirecta”. En virtud de este sistema, los depositarios reconocidos actúan como los tenedores registrados de un bono global único que representa la cantidad total de la emisión de bonos, y los bancos y las agencias de corredores de bolsa que toman una posición individual en ellos adquieren un gran número de “títulos de deuda” fungibles cuyo efecto es otorgar a cada participante un interés indiviso y diferencial prorrata reflejado (como cualquier cambio ulterior) en asientos en los libros al crédito o débito de la cuenta del participante con el depositario. Luego, estos títulos de deuda suelen ser sujetos a división y reventa repetida en el mercado secundario a través de otros intermediarios de títulos valores (generalmente otros bancos o agencias de corredores de bolsa), que se reflejan una vez más en asientos en los libros sin ningún cambio en la posesión física del valor. En consecuencia los tenedores finales de los títulos de deuda, tales como los presentes

Demandantes, no tienen una relación directa con el emisor de bonos soberanos, o siquiera con el colocador de los bonos, sino sólo con el participante del sistema de quien adquirieron sus derechos, con el resultado adicional de que ni el emisor de los bonos, ni el colocador, ni el depositario sabe si el participante es tenedor por cuenta propia, por cuenta de sus clientes o por cuenta de firmas de *clearing*. Por otra parte, los bonos en sí permanecen en propiedad exclusiva del depositario, y cada nuevo tenedor de los títulos de deuda no sustituye a su predecesor, sino que adquiere una nueva propiedad específicamente para sí; del mismo modo, al momento de la venta o liquidación la tenencia del título sencillamente se extingue. El Memorial de Réplica afirma que es una inferencia necesaria que los Demandantes presentes adquirieron sus títulos de deuda de los bancos como se describió *supra*; en otras palabras, que no hicieron ningún pago a Argentina y sus compras están representadas sólo por los créditos a sus propias cuentas con sus bancos o con otros intermediarios de títulos valores.

i. ...en virtud del Convenio CIADI

148. El Memorial de Réplica sostiene que, como (de conformidad con lo que antecede) los Demandantes no realizaron un préstamo a Argentina, ni hubo en efecto un acuerdo entre ellos y Argentina, los Demandantes se equivocan en su intento de aplicar al caso que nos ocupa la decisión pronunciada en *Fedax c. Venezuela* en el sentido de que los pagarés son equivalentes a los bonos y entran dentro del alcance del término “inversión” en el sentido del Convenio CIADI, sobre la base de que un pagaré es prueba de un préstamo⁷⁸. Señala, además, que el tribunal de *Fedax* sólo entendió que la compra de bonos califica como una inversión “bajo determinadas circunstancias” y que la cuestión debe examinarse en el contexto del consentimiento específico de las partes y otras circunstancias relevantes. En ese caso, la definición de “inversiones” en el TBI correspondiente era más amplia e incluía en forma expresa derechos derivados de bonos etc., y el tribunal señaló específicamente que los pagarés no eran “capital volátil” suministrado para obtener un beneficio rápido antes de su salida inmediata.
149. El Memorial de Réplica luego identifica larga y detalladamente las fuentes que respaldan la afirmación (contrario a lo que dice es el argumento de los Demandantes) de que el establecimiento de una inversión para los propósitos de un arbitraje CIADI

⁷⁸ *Fedax*, párr. 29.

está sujeto a una doble prueba, es decir, si el activo en particular cae dentro del concepto general de “inversión” con arreglo al Convenio CIADI y si cae dentro del consentimiento de las partes al arbitraje. Acusa a los Demandantes de intentar eludir inadmisiblemente la primera parte de la prueba, afirmando sin más, sin ningún razonamiento, que la noción de “inversión” debe interpretarse en sentido amplio, y que los bonos, como instrumentos financieros, califican como una inversión a los efectos del Convenio.

150. El Memorial de Réplica rechaza el relato de los Demandantes de la posición de la Demandada en cuanto a la importancia del llamado “*Salini test*” para la existencia de una inversión, señalando que el argumento de la Demandada era en realidad que, al analizar la presente situación bajo el prisma del “*Salini test*” y la decisión de *Joy Mining*, la conclusión tenía que ser que los activos de los Demandantes no satisfacen ninguno de ellos, lo que conducía inexorablemente a la conclusión de que no eran capaces de calificar como “inversiones” para los propósitos del Convenio. En particular: las tenencias individuales de los Demandantes claramente no constituyen una contribución o un compromiso sustancial a Argentina, y no es admisible que se sumen las tenencias individuales con el fin de llevarlos a través de este umbral; la duración de estas tenencias es indeterminada, y no es admisible considerar la duración hasta el vencimiento final de los bonos subyacentes; no hay un riesgo más que el riesgo de default o disminución de la calificación típicos de una transacción comercial normal, ponderado según el récord de Argentina en comparación con otros países; no hay ninguna contribución al desarrollo económico sencillamente porque no hubo ninguna transferencia de fondos a Argentina por la compra de los títulos de deuda, puesto que Argentina ya había recibido el producido completo de la emisión de bonos al momento de su emisión.

ii. ... de conformidad con el TBI

151. Pasando al concepto de “inversión” de conformidad con el TBI, el Memorial de Réplica sostiene que el argumento de los Demandantes depende de las afirmaciones de que son tenedores de bonos y estos bonos están incluidos en la definición de “inversión” en virtud del TBI; que la inversión es una inversión extranjera realizada en el territorio de Argentina; y que fue hecha con arreglo a la legislación Argentina.

152. En cuanto a la cuestión de los “bonos” de conformidad con el TBI, el Memorial de Réplica sugiere que los Demandantes se basan en el argumento de que los “bonos” están expresamente incluidos dentro de la definición de “inversión” del TBI, y que en respaldo los Demandantes pretenden traducir el término italiano “*obbligazioni*” al español como “*bono*” y al inglés como “*bond*”, y al mismo tiempo pretenden traducir el término español “*obligación*” del mismo modo al inglés. Afirma que los dos términos en español tienen distintos significados y proporciona ejemplos en los que sólo uno u otro de los términos podría usarse correctamente, de lo que extrae la conclusión de que como el término “*bonos*” no fue utilizado en el TBI, no puede entenderse que el Tratado incluya los bonos. Agrega que, si es correcto (tal como sostienen los Demandantes) que no hay un término específico en italiano para referirse a un “bono”, entonces la elección en el texto en español del término “*obligaciones*” debería ser determinante. Señala en este contexto que ni el Mandato de NASAM ni el Poder hacen uso del término “*obbligazioni*” para describir a los bonos, sino que en cada ocasión estos documentos dicen o “*titoli obbligazionari*” o simplemente “*titoli*”.
153. El Memorial de Réplica descalifica como irrelevante el argumento de los Demandantes de que habría sido posible excluir a los bonos en virtud del artículo 25(4) del Convenio CIADI. Asimismo descarta los argumentos de los Demandantes de la yuxtaposición en el texto en español del artículo 1(1)(c) del TBI de “*obligaciones*” con “*títulos públicos y títulos privados*”, ya que según el argumento de los Demandantes habría sido innecesario incluir la frase abarcativa “o cualquier otro derecho a prestaciones o servicios que tengan un valor económico” que habría duplicado los “créditos directamente vinculados a una inversión”. A cada término utilizado se debe dar su verdadero significado en el contexto y a la luz del objeto y propósito del tratado, que no incluyó los bonos e intereses regulados por una ley distinta de la del Estado receptor y que no contribuyó a su desarrollo económico.
154. El Memorial de Réplica objeta al argumento de los Demandantes de que es un error centrar toda la atención en la transacción por la que adquirieron sus títulos de deuda individuales, a exclusión de la transacción total, es decir, la venta de los bonos por Argentina a los colocadores. El Memorial de Réplica afirma que queda demostrado que esto es falso cuando se considera el momento en el que cada Demandante

adquirió en efecto su inversión, que coincide con lo que sería la comprensión subjetiva de cada Demandante y claramente correspondería a una fecha o fechas posteriores a la emisión de los Bonos, y de hecho podrían ser varios años más tarde. Este aspecto podría ser especialmente llamativo en casos en que (como por ejemplo en el caso del Demandante Bruno Turchi) el título de deuda se adquirió en un momento en que los bonos ya estaban en default, de modo que la inversión ya no podría bajo ninguna circunstancia haberse pensado como una contribución al desarrollo económico de Argentina.

155. El Memorial de Réplica afirma que en general, sin embargo, no puede entenderse que los Demandantes hayan realizado inversiones “extranjeras”, ya que tanto los bonos como los títulos de deuda se regían por una legislación distinta de la de Argentina y se sometían a una jurisdicción distinta de la de los tribunales argentinos. Si bien el TBI no ofrece ninguna definición de una inversión extranjera, debe entenderse como una regida por una legislación distinta de la legislación del Estado del que es nacional el inversor. Un gran cuerpo de precedentes establece que la deuda regida por la ley extranjera y pagadera y exigible fuera del Estado deudor en moneda extranjera se considera situada fuera del Estado deudor, y esto se contrasta con el caso de un inversor extranjero que adquiere acciones de una sociedad Argentina, incluso conforme a un contrato sujeto a una legislación y jurisdicción distintas de las de Argentina, puesto que el ejercicio de derechos en calidad de accionista se regiría por la legislación y jurisdicción argentinas.

iii. ... realizada lícitamente de conformidad con el derecho aplicable

156. El Memorial de Réplica rechaza la negación de los Demandantes de que sus inversiones fueron adquiridas en violación a las leyes aplicables, sobre la base que el argumento de los Demandantes se centra sólo en la emisión de los bonos, no en la sucesiva venta de intereses sobre ellos en el mercado secundario. En este respecto, invoca el Artículo 8(7) del TBI con su disposición sobre elección de derecho que inexorablemente conduce a la aplicación de la ley italiana, e invoca también la decisión del tribunal en *Inceysa c. El Salvador*, que demuestra que las disposiciones de este tipo se aplican a la etapa jurisdiccional, no sólo al fondo de la cuestión. La condición “de conformidad con el ordenamiento jurídico” del Artículo 1(1) debe entenderse como una “expresión del orden público internacional, que comprende el

principio de respeto de la ley”⁷⁹, y por ende habría sido aplicable en todo caso, incluso sin la referencia expresa del TBI, como se demostró en la Decisión de *Plama c. Bulgaria*⁸⁰. El efecto del *renvoi* es que el mismo derecho argentino fue violado por el incumplimiento de la legislación italiana. El Memorial de Réplica niega que las tres condiciones presentadas por los Demandantes representen el derecho establecido. Rechaza específicamente los argumentos de los Demandantes basados en la redacción de una de las Circulares de Oferta, dado que la exención de responsabilidad allí contenida indicaba en forma expresa que los títulos de deuda sólo eran adecuados para inversores especulativos capaces de evaluar, y sostener, los riesgos. Afirma que todas las Circulares de Oferta de los Bonos denominadas en liras italianas contenían restricciones a la venta de ese tipo, destacando en este contexto las acciones tomadas por los Demandantes que demandaron a sus intermediarios financieros italianos; y además afirma que es irrelevante si los ilícitos fueron cometidos por terceros, y no por Argentina, o si afectaron la relación legal entre los tenedores y el emisor de bonos, puesto que el TBI se refiere a la ilicitud de la inversión como tal.

157. El Memorial de Réplica acusa a los Demandantes de incongruencia con su propia Solicitud de Arbitraje al excluir ahora de la “verdadera causa” de su reclamación el default de los Bonos y centrarse en cambio sólo en la OPC y la Ley N.º 26.017, en un intento de mostrar que se trata de una reclamación basada en el Tratado y no en un contrato; pero afirma que, aun así, no se ha demostrado ninguna violación *prima facie*, ya que está bien establecido que la falta de pago no es en sí misma una violación del derecho internacional. Afirma que no basta con decir que los Demandantes podrían haber sido afectados por actos de Argentina a menos que existiera una conexión legal pertinente, que de hecho no existía porque los Bonos y los derechos derivados de ellos no se regían por la legislación Argentina y no estaban bajo la jurisdicción de las autoridades argentinas. Reitera que la OPC era voluntaria y que nadie podía obligar a los Demandantes a aceptarla.

iv. ... “en el territorio de Argentina”

158. En lo que concierne a la cuestión de determinar si los títulos de deuda fueron inversiones realizadas “en el territorio de Argentina”, el Memorial de Réplica objeta

⁷⁹ Párr. 332.

⁸⁰ *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria*, Caso CIADI N.º ARB/03/24, Decisión sobre Jurisdicción, 8 de febrero de 2005, (de aquí en adelante “*Plama c. Bulgaria*”).

al argumento de los Demandantes de que la transacción pertinente fue la emisión de los bonos en sí, dado que hubo "toda una serie de intermediarios" entre la transacción y la adquisición de los títulos de deuda por los Demandantes, cuyas actividades Argentina no podía controlar, y por lo que a su vez los documentos de emisión contienen una exención de responsabilidad de Argentina⁸¹.

159. El Memorial de Réplica objeta a que los Demandantes invoquen la Decisión de *Fedax* para sostener que poner fondos a disposición de las necesidades del Gobierno equivale a una inversión en el territorio de este último, ya que en este caso la inyección de fondos ya se había realizado, y en cualquier caso los Demandantes no podrían demostrar si el producido ofreció algún valor duradero para el desarrollo económico de Argentina, puesto que el dinero sólo entró al tesoro general y su utilización a partir de entonces no podría rastrearse. Por el contrario, como se indica en *SGS c. Filipinas y Mitchell c. Congo*⁸², las inversiones hechas fuera del territorio y no reinvertidas en el territorio no están cubiertas. El mero hecho de que puede haber un beneficio para el destinatario no basta para rebatir la indicación explícita en el preámbulo del TBI de que su propósito es promover las inversiones de los inversores de una Parte Contratante "en el territorio" de la otra.
160. El Memorial de Réplica describe el propósito de la Ley N° 26.017 como no más que establecer un compromiso de no reabrir la reestructuración en mejores términos más adelante, con el fin de asegurar a los acreedores que la aceptaron que su aceptación no se convertiría en un "piso" a partir del cual los *holdouts* buscarían mejorar las condiciones de la oferta.
161. En cuanto a la afirmación de los Demandantes de que Argentina, tanto en calidad de deudor como de titular del poder soberano, no puede esconderse detrás del hecho de que los bonos y los títulos de deuda se rigen por la ley extranjera, el Memorial de Réplica reitera que los Demandantes no han podido mostrar cómo siquiera habría sido posible para Argentina alterar, modificar o extinguir los derechos de los Demandantes, puesto que el poder soberano de un Estado para prescribir y aplicar derechos legales está por definición limitado a su propia jurisdicción y no se extiende

⁸¹ Memorial de Réplica, párr. 353.

⁸² *Patrick Mitchell c. República Democrática del Congo*, Caso CIADI N.º ARB/99/7, Decisión sobre la Solicitud de Anulación del Laudo, 1 de noviembre de 2006, (de aquí en adelante "*Mitchell c. Congo*"), (AL RA 43), para. 33.

a los derechos de propiedad situados fuera de sus fronteras. Esto queda confirmado por el hecho de que los tenedores de deuda en default han recibido sentencias a su favor en tribunales extranjeros.

162. El Memorial de Réplica rechaza la alegación de incongruencia que surge de la afirmación de la Demandada de que los Demandantes deberían haber recurrido a los tribunales argentinos en lugar de al arbitraje, puesto que esto no altera el hecho de que no hay ningún vínculo apropiado con inversiones protegidas por el Convenio CIADI y el TBI. Afirma que Argentina ha actuado de la misma manera que cualquier deudor incapaz de pagar sus deudas, y (dejando de lado su colorido lenguaje) la reclamación de los Demandantes es por falta de pago, que no es una violación al TBI, sino una reclamación contractual cuya jurisdicción se encuentra en otro lugar. Esto queda confirmado por la propia fraseología del Mandato de NASAM, con su referencia a *“los derechos e intereses relacionados con la propiedad y posesión de los mencionados bonos [y]... la recuperación de mi/nuestro crédito con las indemnizaciones y los intereses respectivos”* [Traducción del Tribunal] y la manera en que el Mandato regula su relación con las acciones jurídicas interpuestas por los Demandantes individuales en los tribunales locales.
163. El Memorial de Réplica reitera el argumento anterior de la Demandada en el sentido de que los Demandantes no han ofrecido pruebas suficientes de su nacionalidad, e invocan en sustento de ello pruebas académicas y de otra índole de que la afirmación de un Estado en cuanto a la nacionalidad de un individuo no es determinante para un tribunal internacional. Reitera asimismo sus acusaciones anteriores en cuanto a las incongruencias en la presentación de las identidades de los Demandantes en sus propios escritos que, dice, ahora ascienden a una diferencia de 60 si se compara el Memorial de Contestación con la Solicitud de Arbitraje, y que a su vez constituye una violación al Artículo 36(2) del Convenio y a la Regla 2(1)(a) de las Reglas de Iniciación.
164. El Memorial de Réplica sostiene que el hecho de que no se demostró la existencia de ninguna inversión en Argentina también plantea una cuestión de *ratione personae*, puesto que el propio Artículo 1(2) del TBI incorpora la frase “en el territorio de la otra Parte Contratante” en la definición de “inversor” en sí.

d. La falta de legitimación activa de los Demandantes

165. Por último, el Memorial de Réplica señala que, en cualquier caso, los Demandantes carecen de legitimación activa debido a su remota relación con los Bonos subyacentes y sus suscriptores. Afirma que el hecho de que Argentina conociera el proceso por el cual se venderían derechos sobre los Bonos en los mercados secundarios no cambia esta situación, sino que demuestra por qué Argentina nunca consideró los derechos sobre títulos como inversiones en virtud del TBI o el Convenio CIADI. El mero hecho de que Argentina deba dinero a los actuales Demandantes no los convierte en “inversores”. Sostiene que varios laudos arbitrales, tales como en *PSEG c. Turquía* y *Enron c. Argentina*, reconocen que existe un punto de corte luego del cual no se admiten reclamos por tener una conexión demasiado remota con la inversión subyacente. Es lo que ocurre en este caso, puesto que los Demandantes no son acreedores directos de Argentina. La cancelación de los Bonos exigiría que se realice el pago al titular del bono global quien luego sería responsable ante posteriores inversores. Hace hincapié en el hecho de que en *Fedax* había un solo nivel de intermediarios y los endosos de los pagarés habían transmitido los derechos plenos del titular original, a diferencia de este caso en el que (tal como se demostrara en el Memorial) cada titular adquirió un bien nuevo.
166. El Memorial de Réplica sostiene, además, que si cualquiera de los Demandantes desea hacer valer sus derechos a través de acciones legales contra los bancos vendedores en tribunales nacionales (tal como ya hicieron algunos), perdería su supuesto estatus como inversor en virtud del TBI y, como consecuencia, su legitimación en el arbitraje. Cita, como ejemplo, a la Demandante Claudia Santi, cuya acción ante los tribunales italianos perseguía, *inter alia*, la anulación de su contrato de compraventa con el banco vendedor; si se le concede ese recurso, para el derecho, nunca habrá sido titular de su derecho sobre el título y no podría *a fortiori* pretender ser considerada inversora en virtud del TBI. Sostiene que esta consecuencia no se puede soslayar mediante el argumento, presentado por los Demandantes, de que sus reclamos contra los bancos son independientes de los reclamos contra Argentina, ya que los últimos sólo pudieron haber surgido a partir de una transacción de compraventa válida con el banco. El Memorial de Réplica refuta el contra argumento de los Demandantes de que la Corte Suprema Italiana decidió en 2007 que la nulidad no estaba disponible contra los bancos como recurso general, y señala que la Corte Suprema dio a entender que el

recurso estaba previsto en otras disposiciones legales específicas y que, precisamente en virtud de estas disposiciones, la Sra. Santi presentó su reclamo. La Demandada no está de acuerdo en que estas cuestiones requieran una decisión posterior, como aducen los Demandantes, ya que son los Demandantes los que tienen la carga de probar que existe jurisdicción *ratione personae* sobre su demanda.

167. Con respecto a los arreglos de financiamiento a través de NASAM, el Memorial de Réplica sostiene que los Demandantes están llevando adelante sus demandas en nombre de un tercero de manera no autorizada. Cita un fallo del Consejo Privado del Reino Unido (*United Kingdom Privy Council*), según el cual si el patrocinador externo además controla sustancialmente el proceso o resulta beneficiado, no se trata tanto de que otros faciliten el acceso a la justicia, sino de acceder a la justicia por cuenta propia y ser “la parte real” del litigio, y especifica de qué manera los arreglos con NASAM cumplen estos criterios.

e. Los prerequisites en virtud del Artículo 8 del TBI

168. El Memorial de Réplica reitera la descripción del Artículo 8 del TBI que brindó la Demandada, según la cual dicho artículo crea un sistema secuencial organizado en varios niveles para la resolución de controversias entre los inversores y el Estado receptor. Rechaza las tres excusas que planteó la Demandada por no recurrir a consultas amistosas o a la justicia local antes de solicitar el arbitraje del CIADI, de la siguiente manera. En primer lugar, la Demandada insiste que los Artículos 8(1) y 8(2) deben ser prerequisites jurisdiccionales o, de lo contrario, serían irrelevantes; al respecto, cita la decisión en *Maffezini*. En segundo lugar, se rechaza el argumento de que el recurso local sería inútil por considerarse irrelevante tanto en los hechos como en el derecho. En tercer lugar, se rechaza el argumento de la NMF porque la cláusula no se aplica a la resolución de controversias y porque no corresponde invocarla sin haber intentado cumplir los prerequisites mencionados, ya que, sin eso, el consentimiento de Argentina con respecto al TBI nunca surtió efecto.
169. En cuanto a los prerequisites establecidos en los Artículos 8(1) y 8(2), el Memorial de Réplica vuelve a hacer hincapié en cómo está estructurado el texto—especialmente, el uso del modo condicional—y en la marcada diferencia que hace entre esta cláusula y la cláusula de “bifurcación de vías” (*fork-in-the-road*), como la del Artículo VII del TBI entre Argentina y los Estados Unidos. Cuestiona la

relevancia del uso de la palabra “podrá” en el Artículo 8(2), dado que el párrafo siguiente—el Artículo 8(3)—abre la puerta al arbitraje que, a su vez, está condicionado por el inicio de una acción legal ante los tribunales locales y, en todo caso, el uso de “podrá” en el Artículo 8(2) no implica permiso sino opción⁸³. También señala que la lectura del Artículo 8(2) como requisito obligatorio es la única que satisface plenamente el Artículo 8(4), que establece que el inicio del procedimiento arbitral requiere que cada una de las partes en la controversia adopte todas las medidas necesarias a fin de desistir de la instancia judicial en curso, y se basa en el laudo de *Wintershall c. Argentina*⁸⁴.

170. Con respecto al argumento sobre la “inutilidad”, el Memorial de Réplica señala que el Artículo 8(1) está formulado en términos obligatorios⁸⁵ y que la frase “en la medida de lo posible”⁸⁶ se aplica obviamente al resultado de las consultas, no a su existencia. Esto no significa que debe haber un resultado, pero existen varias razones para demostrar que, según este tipo de cláusulas, las consultas no pueden eludirse⁸⁷.
171. El Memorial de Réplica asevera que los Demandantes tienen la carga de probar que han cumplido con el requisito de intentar realizar consultas amistosas de buena fe, de acuerdo con un principio general del derecho internacional. En caso de incumplimiento, se evaluaría la conducta de los acreedores a la luz de los principios marco promulgados con el auspicio del G-20 para reestructuraciones de deuda soberana, que requerían a deudores y acreedores cooperar “para garantizar que las condiciones para la modificación de contratos de deuda existentes y/o un intercambio de deuda voluntario sean congruentes con las realidades del mercado y el restablecimiento del crecimiento y del acceso al mercado”⁸⁸. La propugnación de la reestructuración de las condiciones que son obviamente insostenibles no representaría un signo de buena fe.

⁸³ Citando el Laudo de *TSA Spectrum de Argentina, S.A. c. República de Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/05/5, (AL RA 49), párr. 101.

⁸⁴ *Wintershall c. Argentina*, párr. 115.

⁸⁵ ‘será’ en el texto en idioma español, ‘sarà’ en idioma italiano y ‘shall’ en la traducción al idioma inglés.

⁸⁶ ‘per quanto possibile’ en italiano.

⁸⁷ En párr. 475, citando la Decisión de *Enron c. Argentina*, párr. 88, en el cual un tribunal CIADI consideró un requisito similar en el TBI Argentina-EE. UU. como “un requisito sumamente jurisdiccional” [Traducción del Tribunal], de modo tal que “el incumplimiento de ese requisito llevaría a determinar la falta de jurisdicción” [Traducción del Tribunal], y cita del Fallo de la Corte Internacional de Justicia en el caso de *Armed Activities on the Territory of the Congo (República Democrática del Congo c. Ruanda)*, ICJ Rep. 2006, 6, párrs. 88-93.

⁸⁸ *Principles Consultative Group, Principles for Stable Capital Flows and Fair Debt Restructuring in Emerging Markets: Report on Implementation by the Principles Consultative Group*, octubre del 2007, (A RA 346), pág.18.

f. Las consultas no habrían sido inútiles

172. El Memorial de Réplica niega que las consultas amistosas habrían sido inútiles, dado que Argentina ha realizado consultas de buena fe con innumerables compradores y grupos de acreedores desde su cesación de pagos en el 2001. Al contrario, los Demandantes citaron casos en que la demandada no estaba dispuesta a realizar consultas o en que dichas consultas estaban condenadas desde el comienzo pero, de hecho, Argentina realizó esfuerzos sustanciales durante varios años y la OPC surgió a partir de estos intercambios. En cuanto a la Ley N° 26.017, simplemente establecía un proceso interno que impediría al Poder Ejecutivo reabrir la Oferta de Canje sin la autorización del Poder Legislativo. El Memorial de Réplica afirma que, tras la sanción de la Ley, hubo infinidad de reuniones con grupos de tenedores interesados en la reapertura de la OPC, y la Ley nunca se pensó con el objetivo de interferir en esas reuniones, que se seguían realizando durante la preparación del Memorial de Réplica.
173. El Memorial de Réplica niega, asimismo, que pudiera interponerse una excepción por inutilidad contra la obligación de recurrir a los tribunales locales, dado que las autoridades invocadas por los Demandantes consideran la inutilidad de los recursos disponibles, no el recurso en sí, ni la posibilidad de que el recurso local costaría dinero y no llegaría a concluirse en el plazo de 18 meses establecido en virtud del TBI. La intención de las Partes Contratantes fue conceder a las autoridades judiciales la oportunidad de rever y corregir las acciones del gobierno, no garantizar el dictado de una sentencia firme sobre las cuestiones debatidas en el plazo de 18 meses. Otros tribunales sólo permitieron la omisión de disposiciones sobre recursos locales cuando no había recursos disponibles; ninguno de los casos ante la justicia argentina que invocaron los Demandantes se refería a incumplimientos de tratados. No obstante, en el derecho argentino, la ley de tratados se ubica jerárquicamente por encima de las leyes locales, y los tribunales argentinos estaban facultados para declarar la inaplicabilidad de una determinada ley.

g. La cláusula NMF no es aplicable

174. Por último, el Memorial de Réplica niega la aplicabilidad de la cláusula NMF a los requisitos procesales, particularmente las disposiciones de resolución de disputas, y señala que, en cualquier caso, la cláusula sólo se aplica a las inversiones “en el territorio de” Argentina y afirma que los Demandantes no han demostrado que las

disposiciones para la resolución de controversias previstas en el TBI Argentina-EE. UU. resulten más favorables. Cita la conclusión del Tribunal de *Wintershall* de que el TBI Argentina-Alemania no contenía ninguna disposición que permitiera al inversor optar por no recurrir a los tribunales locales, ya que ello sería incompatible con los términos del consentimiento de Argentina para el arbitraje del CIADI. Según señaló el tribunal, “la ‘oferta’ integral de Argentina para el sometimiento al arbitraje del CIADI [...] debe ser aceptada por el inversor en los mismos términos”⁸⁹. Asimismo, hace referencia a la crítica que recibió la Decisión de *Maffezini* y señala que debería seguirse la línea de los casos de *Plama*, ya que refleja de manera más precisa la intención de los Estados de celebrar tratados de inversión bilaterales.

175. El Memorial de Réplica niega asimismo que la expresión “todas las demás cuestiones reguladas por este Acuerdo” incorporada en la cláusula NMF del TBI no pueda abarcar las disposiciones sobre resolución de controversias, tal como lo demuestra el uso de la misma frase en el propio Artículo sobre resolución de disputas para definir su alcance. Es por eso que las “cuestiones reguladas por [el] Acuerdo” no pueden abarcar las cuestiones objeto de resolución de disputas y, a la vez, la resolución de disputas en sí. Señala que la frase, tal como se emplea en la cláusula NMF, debe interpretarse *eiusdem generis*, de modo que cubra sólo el trato de las inversiones, retornos sobre las inversiones, actividades relacionadas, etc., en línea con las conclusiones de *Plama*, *Salini* y *Wintershall*. Afirma que la cláusula de resolución de controversias en el TBI Argentina-EE. UU. constituye un “sistema diferente de arbitraje” en comparación con este TBI y, en consecuencia, está comprendida en la excepción de la Decisión de *Maffezini*. Por último, recuerda que la cláusula de NMF sólo cubre el trato que debe acordar cada Parte Contratante en el ámbito de su territorio⁹⁰, lo que por ende excluye las condiciones del umbral de participación en un arbitraje del CIADI, mientras que otros TBI no incluyen la misma limitación. Por último, el Memorial de Réplica niega que el requisito de acudir a los tribunales locales no pueda ser considerado, axiomáticamente, como tratamiento menos favorable, y recuerda que en cualquier caso la cláusula del TBI Argentina-EE. UU. exige consultas amistosas previas.

⁸⁹ Párr. 162.

⁹⁰ “nel proprio territorio” en idioma italiano.

4.III La reparación solicitada

176. En consecuencia, el Memorial de Réplica solicita la siguiente reparación:

(a) una determinación de que el Tribunal carece de competencia y que el CIADI carece de jurisdicción para tramitar acciones colectivas de esta naturaleza;

(b) en la alternativa, una determinación de que carece de competencia y el CIADI carece de jurisdicción porque tanto la Argentina como los Demandantes no han provisto un consentimiento válido para este procedimiento y, asimismo, que el abuso de derechos de los Demandantes en iniciar este procedimiento—en nombre de un tercero—invalida cualquier posible consentimiento que los Demandantes pudieran haber ofrecido;

(c) en la alternativa, una determinación de que no hay violación *prima facie* del TBI Argentina-Italia;

(d) en la alternativa, una determinación de que carece de jurisdicción *ratione materiae*;

(e) en la alternativa, una determinación de que carece de jurisdicción *ratione personae* o que los Demandantes carecen de legitimación para incoar este procedimiento;

(f) en la alternativa, una determinación de que los Demandantes no cumplieron los requerimientos previos necesarios para iniciar un reclamo bajo el TBI Argentina-Italia;

(g) una orden de que los Demandantes paguen todos los costos, gastos y honorarios (con más sus intereses); y

(h) cualquier otro remedio que el Tribunal considere apropiado.

5. La Dúplica de los Demandantes

177. Los Demandantes presentaron su Dúplica el día 1 de septiembre de 2010. La Dúplica retoma sucintamente la descripción de los antecedentes fácticos que ofreció la Demandada en el Memorial de Réplica, y las dos declaraciones testimoniales

presentadas en sustento de ello, todo lo cual se considera relevante sólo con respecto al fondo de la cuestión y, por ello, no recibe comentario adicional por parte de los Demandantes, sin perjuicio de su derecho a hacerlo en otra etapa posterior.

178. La Dúplica comienza recapitulando los motivos para concluir que los Demandantes expresaron válidamente su consentimiento, por escrito, para el arbitraje del CIADI.

5.1 El Paquete del Mandato NASAM

179. La Dúplica señala que los Demandantes otorgaron su consentimiento mediante la presentación de la Solicitud de Arbitraje por medio de sus Abogados debidamente autorizados, y que ese consentimiento fue perfectamente válido puesto que el argumento de la Demandada de que los Poderes no incluyen una referencia al CIADI carece de fundamento, ya que su redacción abarca “cualquier notificación de una controversia” y “cualquier solicitud de arbitraje”. Asimismo, refuta toda aseveración de que los Poderes sean inadecuados o inválidos conforme al derecho italiano. Si bien acepta que la relación entre los Demandantes y los Abogados se rige exclusivamente por los Poderes, sostiene que el Mandato NASAM es relevante para su interpretación, ya que indica la intención de los Demandantes al otorgar los Poderes, especialmente (en este contexto) la mención expresa de “*arbitrato ICSID*” en relación con el pago del aporte para los gastos por parte de los Demandantes. Para refutar las afirmaciones de la Demandante en este sentido, la Dúplica incluye cinco comprobantes de transferencia de dinero, en los que se hace clara referencia al “*arbitrato ICSID*” y cinco ejemplares de Mandatos NASAM firmados.

180. La Dúplica señala, asimismo, que el Mandato NASAM y los Poderes son instrumentos separados e independientes. Reitera que NASAM es simplemente un tercero que financia y, por lo tanto, no es parte en este procedimiento arbitral, que tanto los Poderes como la Solicitud de Arbitraje fueron suscriptos y presentados por los Demandantes, a través de sus Abogados, y no por NASAM, y que el Mandato NASAM constituye un acuerdo válido, que únicamente regula la relación entre los Demandantes y NASAM, y es irrelevante para la presente controversia (excepto en la medida en que prueba la intención de los Demandantes de iniciar este procedimiento CIADI); en concreto, establece que el Abogado que actúa en el arbitraje no es parte del Mandato NASAM y, en consecuencia, no se encuentra obligado por sus términos

y condiciones. Aunque acepta la diferencia conforme al derecho italiano entre el “*procura*” (que otorga facultad para representar) y el *mandato* (la obligación de realizar una actividad en representación de otro), advierte que, en la práctica italiana, se suelen combinar ambos documentos en uno solo que se conoce como “poder” y este caso no es la excepción. En ese sentido, hace referencia al otorgamiento explícito de amplios poderes para representar y a las instrucciones específicas de realizar una serie de acciones que abarcan desde la suscripción y presentación de solicitudes de arbitraje hasta la percepción de sumas de dinero lo que constituye el resultado del procedimiento de arbitraje. Sin admitir que la ley italiana es, en efecto, el derecho aplicable en este contexto, la Dúplica agrega que el abogado no tiene la obligación de instrumentar su aceptación del mandato de un modo particular, sino que simplemente procede a realizar los actos previstos en él.

181. La Dúplica niega que el Mandato NASAM y los Poderes constituyan *negozi collegati* pero dice que, aun si lo fueran, esto no afectaría el consentimiento para someterse a la jurisdicción del CIADI, debido a que ambos instrumentos son perfectamente válidos y legítimos.
182. En cuanto a los Poderes, la Dúplica reitera que el derecho procesal italiano no es aplicable, sino únicamente las disposiciones autónomas contenidas en el Artículo 25 del Convenio CIADI. No existe distinción válida con el caso *Amto c. Ucrania*, dado que el Artículo 42 del Convenio CIADI se refiere sólo al derecho de fondo, y no al procedimiento. Acusa a la Demandada de exceso de formalismo al insistir con la solidez de la doctrina académica de que, aún si los Poderes se hubieran considerado válidos para abogados no letrados, había un defecto de autenticación que los invalidaba para aquellos abogados que eran miembros del Colegio de Abogados italiano; si el objetivo era insinuar la falsificación de las firmas de algunos Demandantes, no se aportó ni una sola prueba al respecto.
183. La Dúplica rechaza la alegación acerca de la existencia de una barrera inadmisibile entre los Demandantes y sus Abogados, dado que su relación se rige exclusivamente por los Poderes que, en efecto, establecen una relación “directa e inmediata”⁹¹ entre cada Demandante y el Abogado. Además, reitera las razones por las cuales la ley italiana no es aplicable y rechaza los argumentos de la Demandada basados en los

⁹¹ Dúplica, párr. 42.

Artículos 75 y 77 del Código de Procedimiento Civil italiano. Niega específicamente el argumento de que los Demandantes “cedieron” sus derechos a NASAM cuando, por el contrario, lo único que se encomendó a NASAM fue el cobro de indemnización en nombre de los Demandantes. Esto no implica control alguno sobre el procedimiento de arbitraje y es, además, una solución práctica dado que los Demandantes estarían bastante imposibilitados para cobrar los montos por sí mismos.

5.II La cuestión de múltiples demandantes

184. En cuanto a la presencia de múltiples demandantes en un arbitraje, la Dúplica alude al anterior argumento por escrito de los Demandantes. Niega que el presente arbitraje sea una acción de clase, cuyo rasgo distintivo consiste en una clase de demandantes no identificados, mientras que en este caso cada uno de los Demandantes se encuentra identificado y actúa personalmente en defensa de sus propios derechos. Reitera su refutación del argumento de que NASAM es parte del proceso, y niega que el lenguaje utilizado en el Mandato NASAM (“*azione di gruppo*”) pueda establecer la naturaleza del proceso, en especial, cuando se utiliza en un sentido no técnico, que hace referencia a la organización y financiación del proceso, con la condición de que un número mínimo de bonistas decidiera iniciar la acción. La función de NASAM es perfectamente clara y en un sentido, y coincide con la práctica del financiamiento por parte de terceros. Incluye la elección del Abogado, una función “inherente a la función de tercero organizador-proveedor de fondos”⁹², y en efecto representa una parte importante del servicio prestado por NASAM a los Demandantes. Nada de esto desvirtúa el hecho de que los Abogados estén obligados a seguir las instrucciones de los Demandantes, y no las de NASAM, lo que significa que los Abogados deben cumplir las instrucciones directas incluso si se revoca su mandato. Si bien no está controvertido que los Demandantes individuales no tienen una participación activa en la definición de la estrategia de arbitraje, la situación no es diferente a la de la mayoría de los procesos judiciales, que suelen ser dirigidos por abogados con poco o ningún aporte por parte del cliente. Esto es particularmente cierto en los procesos en los que las partes son un inversor y un Estado, a menudo incluso tratándose de demandantes sofisticados, aunque inevitable cuando los demandantes son pequeños inversores. Sólo en este sentido tan indirecto, los Demandantes “no tienen control”

⁹² Dúplica, párr. 54.

sobre el proceso. La Dúplica insiste que no es cierto que la estrategia de arbitraje sea impuesta por NASAM. El interés financiero de NASAM en el resultado del proceso no los torna en parte más que a los propios Abogados.

185. Los Demandantes mantienen su postura de que el consentimiento expresado en el Convenio CIADI y el TBI se extiende al presente arbitraje. El hecho de que ninguno de los dos tratados mencione expresamente las acciones iniciadas por múltiples demandantes no imposibilita que se interprete que sí las incluyen, de conformidad con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Los tratados, al igual que las leyes y los contratos, nunca mencionan expresamente todas las situaciones posibles que podrían estar comprendidas en ellos. Los principios de “buena fe” y “objeto y fin” en la Convención de Viena propugnan la inclusión de múltiples demandas, puesto que la finalidad del Convenio CIADI y del TBI es suministrar una protección útil a los inversores, incluyendo a aquéllos que no estarían en condiciones de iniciar acciones individuales debido a obstáculos financieros y administrativos. La Dúplica cuestiona la relevancia del fallo de *Itera c. Georgia* y hace hincapié en el argumento del árbitro disidente, que considera convincente.
186. Con respecto al TBI, la Dúplica descarta, por exceder el punto, el alegato de si, al momento de su celebración, los ordenamientos jurídicos de Italia y Argentina contemplaban o no las acciones colectivas, dado que la práctica del arbitraje de inversión está repleta de situaciones que no fueron contempladas en el momento y, en cualquier caso, el enfoque de la Convención de Viena se centra en el “sentido corriente”, sin consideración de la intención de las partes. La Dúplica tampoco considera relevantes los argumentos de la Demandada basados en el uso de determinados términos, en especial porque es una práctica de redacción habitual interpretar que los términos en singular (en este caso, “inversor”) incluyen el plural. Lo mismo se aplica al argumento de la Demandada de que las acciones de cada Demandante surgen de diferentes emisiones de bonos, dado que la cuestión es la misma en todos los casos, es decir, la ilegítima interferencia de la Argentina, en virtud de un acto único, en los derechos de la totalidad de los bonistas. Es por eso que el presente no es un caso de “consolidación” de reclamos. La Dúplica rechaza también la relevancia de los fallos de *Plama* y *SOABI*, referidos a la cuestión del consentimiento expresado en una serie de acuerdos sucesivos. En cambio, los casos *Funnekotter*,

Goetz, Canadian Cattlemen y Bayview, a pesar de sus diferencias fácticas, contienen elementos que respaldan la postura de los Demandantes.

187. La Dúplica sostiene que la referencia de la Demandada a la falta de consentimiento de los Demandantes para interponer múltiples acciones carece de sentido por cuanto cada Demandante obviamente sabía que su reclamo sería sustanciado conjuntamente con los de otros, sin mencionar las disposiciones del propio Mandato NASAM. Niega la existencia de cuestiones de manejabilidad o debido proceso que no puedan resolverse dentro del ámbito de las facultades del Tribunal de establecer las normas procesales apropiadas, sin violar los derechos de Argentina en calidad de demandada. Refuta el argumento de la Demandada de que los hechos controvertidos varían de un Demandante a otro e incluso de un caso a otro, dado que las diferencias entre los Bonos de cada Demandante individual son totalmente insustanciales respecto del objeto de la controversia en este proceso. Si algunas de esas diferencias cobraran importancia, “las mismas, sin lugar a dudas, no requerirán la consideración de cada uno de los bonos de cada Demandante sino, a lo sumo, que se tomen en cuenta algunas cuestiones generales que el Tribunal, ciertamente, estará en condiciones de tratar adecuadamente y con el debido respeto de los derechos de todas las partes involucradas”⁹³. Tampoco la necesidad de verificar la nacionalidad de los Demandantes debería resultar tan compleja, teniendo en cuenta la abundante prueba que ya se presentó.

5.III Jurisdicción y admisibilidad

a. Jurisdicción ratione materiae en virtud del Convenio CIADI y el TBI

188. Con respecto a la jurisdicción *ratione materiae*, la Dúplica reitera el reconocimiento de los Demandantes de la necesidad de cumplir un *double-barrelled test* para determinar la existencia de inversiones conforme al Convenio CIADI y el TBI; se aplicaron todos los enfoques correspondientes a esta cuestión. En aras de evitar toda duda, la Dúplica especifica que “la inversión en cuestión consiste en los préstamos que permitieron a la Argentina disponer de fondos y que se encuentran representados por los bonos emitidos a este respecto. Cada Demandante es titular de una participación proporcional de esa inversión, equivalente al valor nominal de los bonos

⁹³ Dúplica, párr. 77.

en su poder”⁹⁴. La falta de una definición de “inversión” en el Convenio CIADI significa que el concepto debe ser interpretado de manera amplia y teniendo en cuenta, básicamente, el consentimiento de las Partes Contratantes expresado en el TBI⁹⁵. En particular, los árbitros no deberían imponer un criterio fijo, sino tomar como pauta las características típicas identificadas por los precedentes y la doctrina, las cuales pueden variar de un caso a otro. Los criterios de *Salini* no son normas sino meras pautas, y la experiencia demuestra que se los ha interpretado con gran flexibilidad, como ocurrió especialmente en el reciente Laudo de *Saba Fakes c. Turquía*, en que el Tribunal, tras un análisis exhaustivo, concluyó que son sólo tres los elementos necesarios y suficientes para definir una inversión en el marco del Convenio CIADI: una contribución, una cierta duración y un elemento de riesgo. Todos esos elementos están claramente presentes en este caso.

189. La Dúplica retoma la conclusión de los Demandantes, basada en los precedentes de *Fedax*, *CSOB*, *ADC* y *CDC*, de que los instrumentos financieros constituyen una “inversión” encuadrada en el significado del Artículo 25(1) del Convenio CIADI. Si bien acepta la descripción de la Demandada de los mecanismos de emisión y circulación de bonos soberanos, cuestiona fuertemente el argumento de la Demandada basado en una distinción entre bonos y derechos sobre títulos, que considera un mero juego de palabras. Para la Demandada, la compra inicial de Bonos argentinos por parte de los bancos y colocadores constituye, de manera incuestionable, una inversión que cumple con todos los requisitos necesarios, pero la posterior circulación de los bonos en el mercado secundario no pudo privar, ni privó a la inversión inicial de su calidad de tal ni modificó su naturaleza. En consecuencia, los “derechos sobre títulos” de los que son titulares los Demandantes constituyen la prueba de su derecho a una participación proporcional en la inversión inicial efectuada en la Argentina, inalterado por la cadena de transacciones que condujo a las compras finales realizadas por los Demandantes, que son las que expropió la Demandada. La Dúplica señala que no existe contradicción alguna en considerar a cada uno de los Demandantes individuales para identificarlos y determinar el monto de su participación, y, al mismo tiempo, considerar la transacción inicial como un todo, a los efectos de establecer su

⁹⁴ Dúplica, párr. 83.

⁹⁵ En este sentido, se hace referencia a la Decisión del Comité *ad hoc* del 16 de abril de 2009 en *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD c. Malasia*, Caso CIADI N.º ARB/05/10.

naturaleza de “inversión”. En el derecho de los tratados de inversión no existe limitación a la posibilidad de que el adquirente sucesivo de una inversión inicial pueda valerse de la protección prevista en un TBI, como en *Fedax*. La Dúplica alega que si la acción hubiese sido incoada por los adquirentes originarios de los Bonos, la Demandada no habría insistido con su argumento de que ya no eran titulares de la inversión, pero a la vez no puede evadir su responsabilidad ante posteriores y finales bonistas. Por eso, los Demandantes se basan en la demostración que plantearon en su Memorial de Contestación de que sus participaciones cumplen todos los requisitos necesarios para calificar como “inversiones” conforme al Convenio CIADI y al TBI.

190. La Dúplica tacha de absurdo y engañoso el intento de la Demandada de argumentar que los términos “*obbligazioni*” y “*obligaciones*”, contenidos en las versiones originales en idioma italiano y español del TBI, deben traducirse al inglés como *obligations*, no como *bonds*, y cita varios textos y publicaciones que utilizaron los términos de forma indistinta.
191. La Dúplica se remite al Memorial de Contestación para demostrar que las “inversiones” de los Demandantes fueron en efecto realizadas “en el territorio de la Argentina”. En este contexto, reitera que en el caso de inversiones que consisten simplemente en la provisión de fondos, sólo debe considerarse al beneficiario de esos fondos, para cuyo fin es correcto tomar en cuenta los pagos inicialmente realizados a Argentina y no las posteriores transferencias en los mercados secundarios. La Dúplica señala que casos como *SGS c. Filipinas* y *Mitchell c. Congo* están fuera de lugar, ya que estaban relacionados con la prestación de servicios. Por otra parte, la caracterización de la inversión como “extranjera” no depende del derecho aplicable, sino de la nacionalidad del inversor que, nuevamente, remite a la provisión de fondos, no a cuestiones como la conciencia subjetiva de posteriores compradores.
192. Una vez más, la Dúplica rechaza el argumento de la Demandada de que el requisito de “cumplimiento de la ley” debe juzgarse en relación con la ley italiana, y rechaza el argumento de que el Artículo 8(7) del TBI contempla la aplicación de normas extranjeras de derecho público, en cuyo contexto cita el dictamen del tribunal de *Saba Fakes* de que sería contrario al objeto y fin de los tratados de protección de las inversiones negar la protección sustantiva a aquellas inversiones que violaran las leyes locales que no guardan relación con la naturaleza misma de la regulación de la

inversión. Por otra parte, niega que haya contradicción entre la postura de aquellos Demandantes que también iniciaron acciones ante los tribunales italianos, debido a que la naturaleza de sus reclamos allí contra intermediarios financieros es completamente diferente. Por último, tilda de malicioso todo intento de Argentina de sacar provecho de un supuesto accionar ilegal cometido por un tercero, como un banco, a costa del inversor.

b. Una violación prima facie del Tratado

193. La Dúplica no acepta que los Demandantes incumplieron su obligación de declarar una violación *prima facie* del tratado, dado que es absurdo sostener que la conducta de Argentina no fue diferente a la de una parte ordinaria que no puede cumplir sus obligaciones; las acciones—la oferta del tipo “tómalo o déjalo” impuesta por ley—fueron indiscutiblemente actos soberanos. Tal como se demuestra en los escritos anteriores, los actos soberanos que generaron y consolidaron el desapoderamiento de la propiedad de los Demandantes, es decir, la OPC y la Ley N° 26.017, fueron los causantes de la ilegalidad en razón de la cual se inició este proceso, y esa posición nunca cambió. Esto prueba que el hecho de que los Bonos se rigieran por la ley extranjera no los colocó fuera del alcance de la jurisdicción de Argentina.

c. La OPC de 2010

194. La Dúplica hace mención de la OPC revisada de abril de 2010 y a la posterior suspensión de este proceso concedida por el Tribunal. También, en este sentido, alude al comunicado de prensa de NASAM en el que se invocan los términos del Mandato NASAM y se sugiere a los Demandantes que no acepten la OPC revisada sin el previo consentimiento de NASAM. Sostiene que esto no pudo ni tampoco impidió que los Demandantes aceptaran la OPC revisada y, de hecho, algunos ya habían anunciado su intención de hacerlo. Asimismo, menciona la correspondencia entre las Partes sobre el desistimiento de algunos Demandantes, que se tratará *infra*.

d. El requisito de nacionalidad

195. La Dúplica menciona las pruebas anteriormente presentadas para demostrar la nacionalidad italiana de cada uno de los Demandantes. Nuevamente, rechaza las diferencias alegadas por la Demandada con respecto a la cantidad, nombres y cargos de los Demandantes individuales, y alude a la explicación previa de que las discrepancias

(de un número reducido) se deben exclusivamente al hecho de que, en el caso de Demandantes que son personas jurídicas, el listado adjunto a la Solicitud de Arbitraje indicaba el nombre de los representantes legales de la entidad, aunque la documentación detallada presentada con la Solicitud era precisa. Las demás observaciones que hace la Demandada sobre las listas carecen de fundamento, ya que simplemente derivan del hecho de que las tablas contenidas en la Solicitud de Arbitraje fueron divididas según la moneda de los bonos, con el resultado de que los Demandantes tenedores de bonos denominados en más de una moneda aparecerían en más de una tabla. No obstante, el número de Demandantes consignado en el Memorial de Contestación era correcto, tal como se demuestra en una nueva tabla adjunta al presente.

e. La legitimación activa de los Demandantes

196. La Dúplica afirma que los argumentos expuestos en el Memorial de Réplica son meras repeticiones que ya se abordaron anteriormente o son irrelevantes para el caso.

f. El proceso en los tribunales locales de Italia

197. Una vez más, la Dúplica señala que los puntos planteados en el Memorial de Réplica son meras repeticiones de argumentos anteriores. Incorpora una lista⁹⁶ que ya contiene los nombres de los Demandantes que perdieron la titularidad de los bonos por motivos distintos a la aceptación de la OPC 2010, compromete a los Demandantes a presentar certificados emitidos por los bancos en los que se haga constar la titularidad de cada uno de ellos, y reitera que cada Demandante actúa en su nombre y no en representación de terceros.

g. Consultas amistosas y recurso a los tribunales locales

198. La Dúplica repite de nuevo las razones de los Demandantes para afirmar que el incumplimiento de los Artículos 8(1) y 8(2) del TBI no constituye un impedimento para la jurisdicción del Tribunal. En este sentido, sostiene que cualquier negociación con Argentina habría sido no sólo inútil, sino también imposible una vez sancionada la *Ley Cerrojo*. Presenta las pruebas para señalar que entre 2001 y 2004 hubo varios intentos de negociar por parte de grupos de bonistas, pero todos fracasaron porque Argentina simplemente se aferró a sus propios términos que impuso de forma

⁹⁶ Anexo CA-73.

unilateral. La irracionalidad de esta sugerencia de la Demandada de que los Demandantes no demostraron por qué no intentaron negociar va en contra del propio argumento de la Demandada en el Memorial de que es imposible negociar por separado con cada persona que reclama un derecho en virtud de los bonos o incluso con grupos de personas⁹⁷. Los argumentos de la Demandada de que negoció con grupos de bonistas y elaboró la OPC en vista de ello son refutados por las pruebas de que las reuniones mencionadas fueron ínfimas en cuanto a contenido, con más presentaciones o *road shows* que verdaderas negociaciones, y la Demandada se rehusó a presentar pruebas, como actas de estas reuniones, para sustentar sus propias afirmaciones.

199. La Dúplica señala, además, que la sanción de la *Ley Cerrojo* en el mes de febrero de 2005 confirmó definitivamente la negativa de Argentina a negociar, y que la explicación del efecto de la ley por parte de la Demandada es incorrecta y engañosa. No es sólo que el Artículo 2 de la Ley prohíbe la reapertura del proceso de reestructuración y el Artículo 3 veda la negociación con inversores que no aceptaron el canje, sino que el Artículo 4 ordena al Poder Ejecutivo Nacional hacer todo lo que esté a su alcance para retirar de la cotización los bonos que no fueran presentados para el canje, y el Artículo 6 establece el canje, de pleno derecho, de todos los bonos en relación a los cuales existieran acciones legales contra Argentina, por nuevos bonos a la par, denominados en pesos y con vencimiento en el año 2038. La Dúplica recuerda que la *Ley Cerrojo* se sancionó 14 días antes del vencimiento de la OPC 2005 y que tenía como objeto obligar a los restantes bonistas a aceptar la OPC. Alega que este análisis se confirma aún más con la reciente suspensión de la Ley Cerrojo para permitir la OPC 2010 (no mencionada por la Demandada en el Memorial de Réplica), dada la condición en la nueva ley de que los términos y condiciones ofrecidos a los bonistas que no aceptaron la OPC 2005 debían ser menos favorables que los de esa oferta, y la amplia renuncia de derechos que exigía. Agrega que la nueva OPC 2010 no tenía nada que ver con un deseo de reparar el tratamiento ilegal que habían sufrido los bonistas, sino que estaba dirigida a la especulación en bonos argentinos por parte de los bancos ante la posibilidad de reapertura del proceso de canje.

⁹⁷ Véase Memorial, párrs. 59-79.

200. La Dúplica resalta el anterior argumento de los Demandantes acerca de la inutilidad de recurrir a los tribunales argentinos, pero repite que el recurso a los tribunales locales no era obligatorio a la luz de la cláusula NMF del Artículo 3 del TBI, y señala que es irrelevante que este argumento no se haya incluido expresamente en la Solicitud. Cita la decisión jurisdiccional de *Rosinvest* como jurisprudencia reciente en relación con la aplicación de cláusulas NMF para la resolución de controversias, y descarta el intento de la Demandada de limitar el alcance territorial del trato de NMF, alegando que “el trato menos favorable” que estaría prohibido por la cláusula NMF era la carga de litigar, en vano, precisamente en el territorio de Argentina. Asimismo, refuta el argumento de que el Artículo VII(3) del TBI Argentina-EE. UU. invocado por los Demandantes no es necesariamente “más favorable”, aduciendo que lo que exige ese Artículo es un mero lapso de tiempo, una condición que claramente se cumplió en este caso. Reitera que el argumento de la inutilidad no es un argumento puramente empírico basado en el tiempo, la molestia y el gasto, sino que se basa exclusivamente en el efecto de la Ley Cerrojo de excluir toda posibilidad de éxito ante los tribunales locales, como lo indica el importante fallo de la Corte Suprema en el caso *Galli*, en que la Corte sostuvo que se trataba de una cuestión no justiciable y así descartó *a fortiori* todo intento posterior de alegar que las obligaciones internacionales estaban por encima de la legislación local. Recuerda asimismo que la Demandada no explicó cómo sus argumentos actuales en el arbitraje pueden conciliarse con el argumento diametralmente opuesto que planteó ante los tribunales locales. Por último, alude a un estudio oficial que se realizó en 2007 sobre 1600 procesos judiciales de naturaleza similar, en los que se tardó, en promedio, 6 años y 1 mes en obtener una decisión en primera instancia, y que ninguno de los procesos iniciados ante los tribunales contencioso-administrativos se resolvieron en un término de 18 meses. Y agrega que el argumento de la Demandada de que las acciones se deben iniciar, pero no necesariamente concluir, en el plazo de 18 meses es absurdo y cuestiona la finalidad de la cláusula.
201. Es por eso que la Dúplica solicita al Tribunal que desestime todas las objeciones planteadas por la Demandada, y decida que tiene jurisdicción y que la acción es admisible. Asimismo, solicita una orden de reembolso de los honorarios legales y costos del arbitraje en que incurrieron los Demandantes.

B. LA AUDIENCIA ORAL

202. Tal como se indicara *supra*, el Tribunal celebró una audiencia de jurisdicción en París los días 7 y 8 de junio de 2011, durante la cual se presentaron los siguientes testigos de la Demandada a los fines del contra-interrogatorio: el Sr. Federico Molina y el Sr. Daniel Marx. Como las cuestiones ventiladas en el alegato oral para ambas Partes consistió en su mayor parte en una recapitulación de los alegatos que se habían presentado *in extenso* en los memoriales escritos descriptos *supra*, el Tribunal entiende que puede prescindir del argumento jurídico, y en cambio concentrarse en sintetizar el tenor de la prueba de los Sres. Molina y Marx. Esto es sobre la base de que los alegatos orales han sido tenidos en cuenta en forma integral por el Tribunal, que se referirá a ellos específicamente, en la medida que resulte necesaria, en las partes ulteriores de esta Decisión.

1. Las pruebas del Sr. Molina

203. El Sr. Molina había sido Director de la Oficina Nacional de Crédito Público de Argentina hasta el mes de febrero de 2004, después de lo cual se convirtió en el Representante Financiero del Ministerio de Economía en los Estados Unidos de América, un puesto que mantuvo hasta octubre de 2006. El Sr. Molina declaró que la Oficina de Crédito Público era el agente financiero del Gobierno, encargado de conducir todo el crédito público y operaciones de deuda, incluida la colocación de Bonos o cualquier otro título. Describió el método utilizado para la colocación de Bonos en los mercados internacionales a través de contratos con los Bancos de inversión elegidos, sobre la base de propuestas competitivas planteadas por los Bancos, que implicaba que los Bancos asumían la responsabilidad exclusiva de decidir si retener los Bonos para sus propias carteras o venderlos a otras instituciones como fondos de inversión o en algunos casos a inversores minoristas. Todo esto estaría especificado en el prospecto para la emisión particular del Bono; el Sr. Molina nunca había visto un prospecto que incluyera mención a tratados de protección de inversiones, tampoco en su experiencia se había planteado alguna vez esta cuestión. Los términos utilizados eran estándares y nunca había visto la inclusión de la cláusula de arbitraje del CIADI, y que el modelo estándar era conferir jurisdicción a los tribunales del lugar en el cual se centró la emisión, tales como Nueva York, Londres, Frankfurt, o Tokio. Hizo referencia a las múltiples negociaciones (“negociaciones

constantes”) que habían tenido lugar entre el año 2003 y la OPC de 2005, y el hecho de que los grupos de acreedores habían presentado sus propias ideas; esto nuevamente constituía un procedimiento estándar, no especial para Argentina. En primer lugar, Argentina había contratado a Lazard Frères para tratar de localizar a los inversores, y posteriormente había contratado a tres Bancos para que lleven adelante la operación. Después del vencimiento de la OPC, los tenedores de bonos que no aceptaron el canje permanecieron en la misma situación que antes, es decir, continuaron siendo tenedores de títulos que se encontraban en cesación de pagos (*default*). La OPC del año 2005 fue aceptada por el 76,1% de los tenedores de bonos, y cuando fue reabierto en 2010 la aceptación ascendió a alrededor del 92%.

204. En el contrainterrogatorio llevado a cabo por la representación de los Demandantes, el Sr. Molina abundó en la referencia de su declaración testimonial a “conversaciones francas” con los acreedores sobre el esquema inicial de las propuestas (“el Esquema de Dubái”), y explicó que el elemento fundamental de esta conversación, que tuvo lugar con muchos grupos porque había acreedores prácticamente de todo el mundo, era la capacidad de pago de Argentina durante un período de 30 años; los participantes más activos fueron los fondos de inversión estadounidenses, pero había grupos italianos, y en algún punto un grupo estaba conformado por una asociación de bancos italianos, que afirmaban representar a particulares italianos, los cuales durante un tiempo actuaron en forma conjunta y negociaron. Había asimismo un grupo que representaba a acreedores alemanes que durante un tiempo estuvieron juntos y posteriormente se separaron, y había bancos japoneses y acreedores estadounidenses. Dos demandas significativas de los acreedores que fueron finalmente incorporadas a la OPC fueron el reconocimiento de intereses no devengados y la determinación de tasas de interés, pero hubo otros elementos también, como la cláusula del acreedor más favorecido y la inclusión de un Bono a la Par (que no estaba sujeto a descuento alguno en el monto del capital) donde hubo un extenso debate del límite total. Aunque los distintos grupos de acreedores tenían prioridades diferentes, cuando se aceptaba alguna recomendación se aplicaba a la totalidad.
205. El Sr. Molina no pudo decir si en algún momento hubo negociaciones con grupos pequeños de accionistas, por ejemplo, de cien, porque nunca quedó claro cuántos acreedores representaba cada grupo; el grupo más organizado era el alemán que

actuaba conforme a un Mandato específico, en tanto los grupos italianos eran los más heterogéneos y eventualmente diferentes grupos estaban en conflicto unos con otros. El Sr. Molina reiteró que los mecanismos utilizados para las emisiones originales de Bonos fueron los estándares, muy semejantes a aquellos utilizados por cualquier otro país o para grandes deudores privados como IBM o General Motors, ya que cualquier otra cosa no funcionaba bien.

206. Al ser interrogado respecto de la postura de los acreedores que rechazaron la oferta después de la OPC de 2005, a la luz del hecho de que la ley de presupuesto anual de Argentina ya no incluye el endeudamiento en bonos, el Sr. Molina lo confirmó pero señaló que el *Boletín Fiscal*, una publicación oficial del Ministerio de Economía, exhibe estadísticas de la deuda plena, el cual podría decir desde su propia experiencia siempre mencionaba el número de títulos valores que no habían sido entregados en el Canje. Confirmó que los Bonos en *default* con anterioridad a la OPC continuaron estando en *default* con posterioridad a la OPC, pero declaró que podía recordar algunas conversaciones con grupos de acreedores que tuvieron lugar posteriormente, aunque fueron infructuosas. Hizo asimismo referencia a la OPC de 2010, que fue objeto de las negociaciones por iniciativa específica de los Bancos que habían participado en la OPC de 2005 y que insistieron en que se reabriera.
207. Ulteriormente en el contrainterrogatorio, el Sr. Molina confirmó sus pruebas de que habían existido canales de discusión o negociación con inversores minoritarios, y dio como ejemplos a contactos en Buenos Aires y durante las reuniones con inversores con el Dr. Nielsen, el Secretario de Finanzas, así como la existencia de una red de asesores financieros que estaban a disposición de todos los inversores minoristas y mayoristas para que estos puedan transmitirles sus preocupaciones, esta red incluía, a su saber, la representación de Londres, que se reunió con al menos un grupo italiano que afirmaba representar a tenedores de bonos minoristas, y la representación de Washington (de la cual él mismo estaba a cargo) que abarcaba América del Norte, aunque virtualmente no había inversores minoristas en esa región. Confirmó asimismo que algunas de las cuestiones planteadas en estos contactos, como los bonos a la par y la cláusula del acreedor más favorecido, habían sido de particular interés para los inversores minoristas, debido a la ansiedad de que su voz inevitablemente más débil en las negociaciones pudiera redundar en que fueran discriminados en el

resultado. Se habían incluido también los intereses además del capital, en respuesta al sentimiento general de los inversores de que las propuestas originales habían sido demasiado rígidas. Confirmó asimismo que la reapertura del proceso de Canje que condujera a la OPC de 2010 había tenido su origen en negociaciones que iniciaron los Bancos, y que habían tenido lugar después de la sanción de la *Ley Cerrojo*.

208. En respuesta a preguntas formuladas por el Tribunal, el Sr. Molina estuvo de acuerdo con que la ley de presupuesto anual no había incluido los Bonos en cesación de pagos, pero era debido a que sólo disponía los pagos previstos para el año de presupuesto en cuestión, y no se preveía ningún pago de los Bonos en cesación de pagos; por el contrario, las leyes de presupuesto habían dispuesto pagos respecto de los Bonos del Canje emitidos en virtud de la OPC, y se pagaban intereses en virtud de estos Bonos en forma regular, aunque el capital todavía no hubiera vencido.
209. Con respecto a lo que se había hecho referencia como la cláusula del acreedor más favorecido, el Sr. Molina explicó que había sido incluida para abordar la sospecha y desconfianza circundantes respecto de una oferta de canje posterior más favorable, y la ansiedad asociada de que esto podría deteriorar la efectividad del Canje en el supuesto de que los acreedores lo rechazaran a la espera de esa posibilidad; de este modo la cláusula disponía que en el supuesto de que hubiera otro Canje, y que fuera más favorable, los participantes del primer Canje tendrían derecho a beneficiarse del segundo Canje. Aclaró que esta cláusula se puso en práctica con respecto a la OPC de 2010 pero muy pocos acreedores la adoptaron, porque no era realmente mejor.
210. El Sr. Molina aclaró además que la tarea asignada a Lazard Frères de localizar a los tenedores de bonos se completó aproximadamente a comienzos de 2004, y fue después de eso, que Merrill Lynch, UBS y Barclays habían sido contratadas para officiar de intermediarios, de manera habitual, entre Argentina y aquellos que estuvieran posiblemente interesados en un canje e inducir a un acercamiento entre las posiciones de ambas partes. Su tarea implicaba observar el grado de interés que había en la oferta y los reclamos de los varios grupos de acreedores, de modo de actuar como intermediarios para orientar la negociación.
211. Con relación a la observación en su Declaración Testimonial de que los Bonos originales siempre se consideraron inversiones de alto riesgo cuyas calificaciones

nunca se acercaron al “grado de inversión” y tenían un interés correspondiente a eso, el Sr Molina explicó que la decisión respecto de la tasa de interés que devengarían los Bonos había sido adoptada en la forma habitual después de la consulta entre los posibles suscriptores con los posibles inversores institucionales seguida por “expresiones de interés” en un rango de precios.

212. El Sr. Molina explicó asimismo de qué modo las legislaciones sobre títulos de los países donde se debían comercializar los Bonos podrían impulsar – o en algunos casos (por ejemplo los Estados Unidos de América) efectivamente exigir – que los Bonos estén sujetos exclusivamente a sus legislaciones y jurisdicción, con exclusión de aquella del país de emisión.
213. El Sr. Molina por último aclaró que cuando en su prueba se había referido a los Bonos “en *default*”, significaba que no se estaban realizando pagos sobre los Bonos, incluso después de que hubieran vencido; eso se aplicaba a la totalidad de Bonos emitidos anteriores al 31 de diciembre de 2001, aunque, según se indicara, aproximadamente el 92% había sido entregado en el canje, y sólo el 8% restante permanecía en la misma situación que se obtuviera con anterioridad a la OPC de 2005.

2. Las pruebas del Sr. Marx

214. El Sr. Marx había sido el Secretario de Finanzas de Argentina en el período 1999-2001, y anteriormente, en una etapa, el Representante Financiero de Argentina en Washington y miembro del directorio del Banco Central. Sus pruebas periciales se refieren por un lado a los antecedentes históricos y económicos para la recaudación de capitales internacionales por parte de Argentina y su estrategia en la década de los años 1990 y hasta el año 2001, y los esfuerzos para evitar la cesación de pagos en 2001, y por otro lado al mecanismo de colocación de bonos, tanto en el sector público como en el privado, con referencia específica al caso de Argentina.
215. En su prueba testimonial oral, el Sr. Marx confirmó que, como era habitual, el emisor del bono estaba directamente involucrado en la colocación inicial pero no tenía control alguno sobre el mercado secundario que es muy fluido y también muy diverso para los bonos emitidos por economías emergentes; esto fue así para el caso de Argentina también. Dio a entender que la razón principal para que Argentina emitiera deuda hacia fines de la década de los años 1990 fue la de cancelar deuda que había

sido emitida previamente, en su mayoría en moneda extranjera. Reiteró el principio fundamental de no discriminación plasmado en la norma *pari passu*, y también la función central de la capacidad de pago del deudor en la reestructuración de deuda.

216. En el contrainterrogatorio, el Sr. Marx explicó tanto sus funciones en el sector público (incluso al momento de una emisión particular de bonos en el año 2000, cuando era Secretario de Finanzas y el Sr. Molina Director Nacional de Informaciones y Negociaciones Crediticias y de la Oficina Nacional de Crédito Público) como en el sector privado. Se negó a ofrecer respuestas definitivas a preguntas relativas a las operaciones jurídicas del mercado secundario de bonos o la caracterización jurídica de los derechos sobre títulos, en tanto se trataba de cuestiones jurídicas fuera del ámbito de su experiencia. No obstante coincidió en que el tenedor de un Bono ocasionalmente adquiriría por transmisión los mismos derechos que el suscriptor inicial, y que cuando se pagaban fondos sobre la emisión de un Bono y se los colocaba en cuentas extranjeras en nombre de la República Argentina, las cuentas reflejaban estos fondos como activos de Argentina. Haciendo referencia a los “*road shows*”, Argentina dirigió sus presentaciones a aquellos que consideraba como inversores calificados y en ningún momento pretendió hacer estas presentaciones a inversores minoristas, pero ulteriormente hubieron contactos con representantes de tenedores de bonos individuales, de los cuales Argentina pretendía su adhesión a la OPC. En casos de reestructuración el proceso siempre comienza con una oferta realizada por el deudor, pero después de haber realizado consultas con las partes interesadas, de modo de obtener una aceptación significativa de la oferta. Una reestructuración tuvo naturalmente, en su conjunto, consecuencias negativas para quienes eran en ese momento los tenedores de los bonos, pero otros inversores podrían haber comprado bonos en cesación de pagos a precios deprimidos y posteriormente obtener una rentabilidad como resultado de la reestructuración.
217. Al formularle más preguntas, el Sr. Marx confirmó las diferencias esenciales entre el rol del suscriptor como comprador principal de un bono y aquel de los compradores en el mercado secundario, incluidas las obligaciones de *due diligence* que son aplicables al suscriptor que no serían aplicables a meros participantes en el mercado secundario. Confirmó asimismo que era posible que un título tuviera un valor de mercado inferior al valor nominal, incluso muy inferior, sin una declaración de

default, en razón de una serie de motivos posibles. Por último confirmó que el mercado no era un mercado único, de modo que diferentes operadores podrían estar trabajando desde diferentes pantallas que mostraban precios diferentes, en particular cuando un operador ingenuo que recurre a un agente podía encontrarse con un precio distinto (a veces substancialmente distinto) a aquel que podría haber estado disponible en una plataforma más grande, y que la transferencia del precio de compra en el mercado secundario tuvo lugar simplemente entre el comprador y el vendedor de ese mercado.

218. En respuesta a las preguntas del Tribunal, el Sr. Marx hizo referencia a algunas de las circunstancias en las cuales, en la “nueva arquitectura financiera”, los inversores sofisticados podrían haberse protegido de las pérdidas a través de los *defaults*, por ejemplo a través de canjes de créditos en *default*, que no se habrían adquirido necesariamente a las compañías de seguro. Explicó además que, en un mercado secundario, el precio de un activo como un título en un bono podría cambiar por otras razones que no sean la capacidad de pago del emisor del bono; eso dependería en gran medida de la transparencia y liquidez del mercado particular, pero cuando esas características no estaban plenamente presentes en ningún mercado dado, podría haber una serie de circunstancias en las cuales los precios no fueran ni claros ni evidentes.

3. Alegatos de cierre de las Partes

a. *La Demandada*

219. En el alegato final para Argentina, la Representación de la Demandada repitió los argumentos jurídicos y fácticos que habían sido presentados al Tribunal. Los abogados declararon que el testimonio del Sr. Molina demostró no sólo que Argentina llevó a cabo investigaciones de mercado antes de presentar sus propuestas de restructuración, sino que celebró numerosas reuniones con grupos y asociaciones que representaban a los tenedores de los diferentes títulos, tanto institucionales como minoristas, que se llevaron a cabo de manera transparente y de buena fe. Hicieron hincapié en que, conforme al Artículo 75 de la Constitución Argentina, la restructuración de la deuda se encuentra dentro de las prerrogativas del Congreso de la Nación, el cual, a lo largo de los años, había delegado esta facultad al Poder Ejecutivo en virtud de varios actos legislativos, tales como la Ley de Presupuesto y la

Ley de Administración Financiera; lo que hizo la Ley N° 26.017, por consiguiente, fue retomar el ejercicio de esa prerrogativa, pero de ninguna manera prohibió la realización de consultas o negociaciones con los acreedores extranjeros, simplemente prohibió al Poder Ejecutivo reabrir el proceso de Canje sin la autoridad del Congreso. En lo que respecta a las decisiones judiciales en casos tales como *Galli y Ghigliano Zubilar*, estas tenían que ver con la conversión a Pesos de la deuda pública regida por el derecho argentino, no títulos regidos por legislación y jurisdicción extranjeras. En cualquier caso, las sentencias de la Corte Suprema fueron vinculantes sólo con respecto al caso en cuestión, y la jurisprudencia de los tribunales posteriormente podría revertirse, como en efecto había sucedido precisamente respecto de las leyes de emergencia que establecieron la pesificación de los depósitos bancarios y el tambaleo de las obligaciones financieras. Además, el caso *Galli* fue una acción de amparo en la cual el demandante en efecto había obtenido decisiones favorables tanto en primera como en segunda instancia dentro del período de 18 meses establecido en el TBI, tampoco resultaba cierto sostener que este caso finalmente se descartara como no accionable, en tanto la Corte Suprema no se adentró en las cuestiones de fondo sustantivas.

220. En cuanto a la definición de “inversión”, la Demandada aceptó que no era decisivo si la palabra bono (“*bond*”) aparecía o no en el texto del TBI; de lo que se trataba en cambio era de que, debido a que la palabra “*bono*” existe en español, pero no fue utilizada en el texto del TBI en español, no había un fundamento sólido para el argumento de los Demandantes de que “*obbligazioni*” en el texto en italiano pretendía incluir a los bonos. Las Partes estuvieron asimismo de acuerdo en que la determinación de una “inversión” debía cumplir una doble prueba, en virtud de ambos el Convenio CIADI y el TBI. Pero, incluso si uno debiera adoptar una posición extrema, y sostener que lo único que importaba era el acuerdo entre las partes expresado en el TBI, las numerosas referencias en el TBI al “territorio” demostraron que la territorialidad constituía un criterio fundamental que debía cumplirse; esto podía verse de las definiciones del Artículo 1(1), sobre definiciones, el Artículo 2, que incluía la disposición sobre el trato justo y equitativo, el Artículo 3(1), sobre el trato de nación más favorecida, y el Artículo 5(1), sobre expropiación. Por lo tanto se mantuvo la posición de la Demandada de que los activos en este caso, comprados en la forma en que fueron comprados y pagados fuera de Argentina, y no comprados o

pagados a Argentina sino a personas desconocidas para Argentina, y sujetos a la legislación y jurisdicción extranjeras, no de Argentina, no contenían elemento alguno de territorialidad. El argumento principal de los Demandantes, de que si Argentina se benefició de los títulos no podía negar su vinculación con ellos, no podía sostenerse frente a, por ejemplo, la indicación del tribunal en *SGS c. Filipinas* de que el préstamo otorgado a un Estado para construir una Embajada en el extranjero no podía calificar como inversión: “de acuerdo con principios normales de interpretación de tratados, las inversiones que sean hechas fuera del territorio del Estado demandado, sin importar cuán beneficiosas hayan sido para éste, no estarán cubiertas por el TBI⁹⁸”. Sin embargo, los Demandantes parecieron reconocer que los Demandantes individuales no tenían una inversión, sino sólo participaciones en una inversión, en la cual el verdadero inversor era el banco suscriptor. No obstante, el problema con esa línea de argumentación fue que en virtud del Convenio CIADI todo demandante debía tener una inversión en el momento en que se inició el procedimiento arbitral y no podía construir una “inversión artificial” asociándose con otros, no más que un trozo de manzana pueda considerarse como una manzana. Además no había disposición alguna en los tratados, ni tampoco en el derecho internacional consuetudinario, que diera origen a la acumulación obligatoria de acciones sin el consentimiento del Estado demandado.

221. Finalmente, la Demandada mantuvo la posición de que los Demandantes no habían proporcionado motivo válido alguno para ignorar las condiciones previas al arbitraje establecidas en el Artículo 8 del TBI. Las pruebas fácticas ante el Tribunal demostraron que las negociaciones habían sido posibles y habían redundado en ofertas más generosas a los acreedores. Sin embargo la cuestión era que los propios Demandantes particulares que recurrieron al arbitraje debían haber cumplido con estas condiciones previas.

b. Los Demandantes

222. La Representación de los Demandantes volvió la atención al enfoque ortodoxo que la Demandada estaba teniendo respecto de muchas cuestiones. Aseveró además que el Sr. Marx, dado su participación personal en las cuestiones en el centro de la

⁹⁸ *SGS c. Filipinas*, párr. 99.

controversia, debería ser considerado como testigo de hecho corriente, no como perito.

223. Haciendo comentarios generales respecto de las pruebas, la Representación afirmó que, si bien se demostró que de alguna forma se habían celebrado reuniones y mantenido conversaciones con los tenedores de bonos antes de la OPC de 2005, los testigos no habían podido demostrar que había habido una esencia real para que redundaran en mejoras significativas para los tenedores de bonos. Afirmó además que las pruebas demostraron que no habría sido posible que los Demandantes del presente caso en forma individual, o incluso como grupo, entablaran negociaciones con Argentina para obtener los resultados pretendidos en el arbitraje. Se opuso a la afirmación de la Demandada de que las negociaciones deberían haber tenido lugar con anterioridad a la OPC de 2005, en tanto fue precisamente ese suceso el que tuvo el efecto perjudicial más decisivo para la posición de los Demandantes. En lo que se refiere a la reapertura de la oferta después del año 2005, declaró que a todo lo que había conducido (en la OPC de 2010) fue a una repetición de los mismos términos absolutamente inaceptables.
224. Al realizar comentarios con respecto a las pruebas de que la emisión de los Bonos en los mercados financieros internacionales habían seguido un procedimiento usual y estándar, la Representación afirmó que esto constituía una prueba más de que debía entenderse que estaban cubiertos por las referencias a los bonos en el TBI, si este último debía tener significado alguno, y una prueba de que desde el principio los Bonos pretendían ser un endeudamiento que circularía en el mercado. Sin embargo, por el contrario, la fluctuación en su precio de mercado fue irrelevante a los fines de lo que se le adeuda al emisor, en tanto el endeudamiento se mantiene a lo largo de la vida de los Bonos, hasta su vencimiento. Observó la confirmación del Sr. Marx de que el producido de los Bonos era considerado una parte de las reservas extranjeras y activos generales de Argentina. Rechazó el argumento de que el arbitraje fuera intrínsecamente inapropiado para los arbitrajes de inversiones, en tanto violaba el principio *pari passu*, porque, de ser así, el mismo argumento sería aplicable a las acciones legales ante los tribunales nacionales.
225. El caso de los Demandantes fue que la transferencia inicial de los fondos a Argentina por parte de los suscriptores fue parte de un desembolso gigante de dinero que se le

otorgó en préstamo a Argentina durante tiempo considerable, y que fue directamente en beneficio de Argentina a los fines del servicio de su endeudamiento externo, etc., siendo los Bonos una simple prueba del préstamo. Era indiscutible que los préstamos son inversiones en la jurisprudencia del CIADI, y carecía de relevancia que las inversiones estuvieran divididas en porciones más pequeñas y distribuidas, en razón del concepto universalmente aceptado de la unidad de la inversión; tampoco el mero tamaño de las tenencias individuales podía ser decisivo, de otro modo sería una licencia para interferir en las inversiones pequeñas, en tanto las grandes estarían protegidas. Hubo una analogía convincente con la situación de los accionistas, quienes por supuesto tendrían derecho, en el caso de expropiación de la compañía, a cualquier protección que el TBI pertinente ofreciera a los accionistas, y esto sería independientemente del número o tamaño de cada participación accionaria y el período de tiempo durante el cual había estado en su tenencia. Y la situación habría sido la misma en el supuesto de que la compañía emitiera bonos en lugar de acciones. El argumento de la Demandada en lo que atañe a territorialidad fue rechazado en tanto no se ajusta a las realidades del mundo actual, en el cual tanto los activos como los intereses son desmaterializados; el argumento redundaría en la exclusión de la mayoría de las formas de protección financiera.

226. La posición de los Demandantes fue, en consecuencia, que todo lo que es de relevancia para el derecho de protección en virtud del TBI es la situación imperante en el momento en que se incoa el arbitraje, y que cada tenedor de una porción del total de la inversión tiene derecho a incoar procedimientos si queda comprendido en el ámbito del TBI pertinente.
227. En cuanto al argumento de la Demandada – de que la cobertura del TBI y del CIADI era improcedente para tenedores de bonos y perjudicial para los mercados de bonos – fue en gran parte un argumento de política no de derecho, y fue en contra de toda lógica; implicaría que un prestatario como Argentina podría escapar a su responsabilidad simplemente extendiendo a los tenedores de un Bono entre nacionalidades diferentes. A todo evento, el caso fue el mismo que para los accionistas; el hecho de que los reclamos pudieran surgir en virtud de TBI diferentes era un rasgo inherente del sistema, pero no lo volvía impracticable, tampoco afectaría al principio *pari passu* más que los juicios incoados ante los tribunales nacionales.

228. Los Demandantes aceptaron que la Ley Cerrojo no prohibió las negociaciones, pero lo consideró irrelevante, porque las negociaciones que, por definición, estaban destinadas al fracaso, no podían de buena fe ser algo que se les exigiera perseguir a los acreedores. Era difícil imaginar que Argentina habría estado particularmente impresionada si ciento y tantos demandantes hubiesen pedido negociar en aras de la modificación de la oferta de canje.
229. En lo que atañe a la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina, la Representación de los Demandantes volvió la atención a las decisiones de los casos *Ghiglino Zubilar* y *Pico Estrada* (que no fueron mencionadas en el alegato oral de la Demandada) que habían sostenido que el principio en el caso *Galli* era aplicable tanto a los Bonos extranjeros como a aquellos emitidos en moneda local⁹⁹. Litigar en los tribunales locales sería, afirmaron los Demandantes, completamente inútil y además una carga onerosa y complicada.
230. Con respecto al hecho, descrito ampliamente en el alegato de la Demandada, de que los Demandantes individuales no habían suscripto la Solicitud de Arbitraje, la Representación declaró que este argumento abordaba el Mandato NASAM, pero ese era un documento que establecía la relación entre los Demandantes individuales y NASAM, y, por lo tanto, no tenía relación alguna con su consentimiento a la jurisdicción del CIADI.
231. Por último, los Demandantes negaron que Argentina estuviera actuando como cualquier otro deudor imposibilitado de pagar sus deudas, en tanto había rechazado sus obligaciones por derecho, lo que constituía el caso arquetípico de la acción de Estado y muy diferente del comportamiento contractual corriente; en su presentación, fue puro sofismo para la Demandada argumentar que la sujeción de los bonos a la legislación y jurisdicción extranjeras impedía que el Estado interfiriera con el goce de la inversión, independientemente de las consecuencias que la legislación extranjera aplicable pudiera o no atribuir a esa interferencia.

⁹⁹ *Ghiglino Zubilar c. Argentina*, decisión de la Corte Suprema del 20 de abril de 2010, (de aquí en adelante “*Ghiglino Zubilar*”) y *Pico Estrada c. Argentina*, decisión de la Corte Suprema del 4 de agosto de 2009, (de aquí en adelante “*Pico Estrada*”).

C. CUESTIONES POSTERIORES A LA AUDIENCIA

1. Los Escritos Posteriores a la Audiencia

232. Según se indicó *supra* (párrafo 22), el Tribunal autorizó una sola serie de escritos posteriores a la audiencia, que fueron debidamente presentados por cada una de las partes el día 8 de agosto de 2011.

a. La Demandada

233. En su escrito posterior a la audiencia, la Demandada reiteró en forma de síntesis los argumentos que había planteado (según se registrara *supra*) para sustentar sus objeciones preliminares. La Demandada afirmó: que los procedimientos constituían una acción colectiva que caía fuera de la jurisdicción del CIADI y la competencia del Tribunal; que los Demandantes no habían otorgado debidamente su consentimiento al arbitraje del CIADI habida cuenta de no haber suscripto la Solicitud, la invalidez específica de los Poderes, y la falta de una referencia al CIADI en el Paquete de Mandato NASAM, conjuntamente con la ausencia de pruebas de la verdadera identidad de los Demandantes; que en cualquier caso los Demandantes no habían cumplido con los requisitos específicos establecidos en el Artículo 8 del TBI antes de recurrir al arbitraje, y no tenían derecho a basarse en la cláusula de nación más favorecida en el Artículo 3 para evadir esos requisitos; que los Demandantes no habían logrado establecer una violación *prima facie* del tratado; que los reclamos de los Demandantes no se encontraban dentro de la jurisdicción *ratione materiae* del Tribunal en tanto sus activos no calificaban como inversiones ya sea en virtud del Convenio CIADI o del TBI, y que eran, en cualquier caso, reclamos de naturaleza contractual que no caían bajo la protección del TBI; y que los reclamos de los Demandantes no se encontraban dentro de la jurisdicción *ratione personae* del Tribunal debido a la imposibilidad de los Demandantes de demostrar de manera suficiente que habían cumplido con los requisitos de nacionalidad del Artículo 25 del Convenio CIADI y el Artículo 1(2), tomado conjuntamente con el Protocolo Adicional, del TBI.

234. Sobre esa base, la Demandada solicitó que el Tribunal:

(a) Determine que carece de competencia y que el CIADI carece de jurisdicción para tramitar acciones colectivas de esta naturaleza;

- (b) En la alternativa, determine que carece de competencia y el CIADI carece de jurisdicción porque tanto Argentina como los Demandantes no han provisto un consentimiento válido para este procedimiento y, asimismo, que el abuso de derechos de los Demandantes en iniciar este procedimiento —en nombre de un tercero— invalida cualquier posible consentimiento que los Demandantes pudieran haber ofrecido;
- (c) En la alternativa, determine que no hay violación *prima facie* del TBI Argentina-Italia;
- (d) En subsidio, determine que carece de jurisdicción *ratione materiae*;
- (e) En la alternativa, determine que carece de jurisdicción *ratione personae* o que los Demandantes carecen de legitimación para incoar este procedimiento;
- (f) En subsidio, determine que los Demandantes no cumplieron con las condiciones previstas para iniciar un reclamo bajo el TBI celebrado entre Argentina e Italia y, por lo tanto, no hay consentimiento de Argentina a tales efectos;
- (g) Ordene a los Demandantes pagar a Argentina todos los costos, gastos y honorarios (con más sus intereses); y
- (h) Otorgue cualquier otro remedio contra los Demandantes que el Tribunal considere apropiado.

b. Los Demandantes

235. En su Escrito posterior a la audiencia, los Demandantes se limitaron a algunas de las cuestiones más importantes planteadas en la audiencia. Los Demandantes rechazan como tardía la queja de la Demandada respecto de que el Sr. Parodi no tuviera una participación activa en todas las etapas del procedimiento, en el contexto de la aceptación hasta la fecha del Profesor Radicati como representante de los Demandantes. El Escrito niega que exista discrepancia alguna en el listado de legitimación e identidad de los Demandantes más allá de unos pocos errores inmateriales. Señala los esfuerzos realizados con posterioridad a la audiencia, a solicitud del Tribunal, de consensuar un listado consolidado de los Demandantes remanentes en el arbitraje, y acompañan un cuadro actualizado que contiene el

nombre de los Demandantes remanentes y, por separado, señala a aquellos Demandantes originales que habían aceptado la OPC 2010 y a aquellos que habían vendido sus bonos, como resultado de lo cual ahora había 79 Demandantes individuales (o 52 ‘centros de interés’ si fueran tomados en cuenta los co-titulares) y se adjuntan asimismo Copias de los pasaportes y certificados de residencia y ciudadanía para cada uno de los Demandantes. En lo que se refiere a NASAM, el Escrito afirma que su carta del día 17 de mayo de 2010 que invitaba a los Demandantes a no aceptar la nueva OPC, lejos de otorgarle el control a NASAM, demuestra exactamente lo contrario. Enumera las medidas que tendrían que haber adoptado los Demandantes, a fin de demostrar el consentimiento de cada uno de ellos al arbitraje del CIADI, y explica la inclusión en el preámbulo del Mandato NASAM de la referencia a la suscripción de la solicitud de arbitraje sobre la base de que NASAM sólo después entendió que las Reglas del CIADI no exigían las firmas individuales, e inmediatamente se informó a los Demandantes al respecto. Reitera su negación de que se le pueda adjudicar al procedimiento el “estigma de una acción de clase”, que carece de la característica de naturaleza representativa de las acciones de clase, y afirma que hacer que la aceptabilidad de las acciones de múltiples demandantes dependa del consentimiento o la no objeción de los demandados sería agregar una condición que no está presente en el Artículo 25 del Convenio CIADI; por el contrario, lo que cuenta “es que los Demandantes están buscando todos obtener una reparación idéntica, por los mismos actos ilegales, en base a los mismos fundamentos fácticos y jurídicos”. Rechaza una vez más la objeción de la Demandada al debido proceso “en especial ahora que el número de Demandantes se ha reducido significativamente”, y repite el argumento opuesto de coherencia y eficiencia.

236. El Escrito recuerda los argumentos anteriores de los Demandantes en lo que se refiere a la ilegalidad deliberada de la conducta de Argentina, en cuanto a la violación de las disposiciones del TBI, y en cuanto a la naturaleza de la inversión de cada Demandante y su caracterización dentro de los términos de las definiciones del TBI, como lo confirmara el hecho de que la propia OPC de 2010 describiera a los activos en cuestión de manera indistinta como “*Bonds*” y “*securities*” en idioma inglés (y respectivamente *obbligazioni* y *titoli* en italiano, y títulos y bonos en español). Afirma que la negación por parte de la Demandada de que la inversión se realizó en el territorio de Argentina se viene abajo una vez que se registró que tanto el fin de la

transacción subyacente como su efecto real fueron atraer un gran flujo de moneda extranjera al Tesoro Argentino, en el contexto del reconocimiento generalizado de que la ubicación física de la inversión debe tratarse con un grado de flexibilidad especialmente en el caso de instrumentos financieros, en tanto los argumentos de la Demandada fundados en la violación de las condiciones de venta simplemente implicarían un golpe de suerte injustificado para Argentina como deudor.

237. El Escrito argumenta que la doctrina de “unidad general de una operación de inversión” es desatinada al centrarse únicamente en las tenencias individuales excluyendo el cuadro general; si (hipotéticamente) la totalidad de las emisiones de los bonos hubiera sido suscripta por una única institución financiera o por un individuo adinerado, nunca se habría cuestionado que eso constituía una ‘inversión’ que cumplía con cada uno de los criterios de *Salini*, pero no cambiaría nada en esta figura si la titularidad estuviera dividida entre unos pocos o incluso varios propietarios¹⁰⁰. En el presente caso, todas las transacciones separadas involucradas en la suscripción inicial y la posterior circulación de los Bonos formaron parte de un todo interdependiente, lo que constituye la naturaleza integral de una emisión de bonos. El Escrito traza una analogía con los accionistas quienes, al igual que los tenedores de bonos, son titulares de derechos individuales en una inversión, pero no se cuestiona que las participaciones accionarias constituyen una forma de inversión conforme al Convenio CIADI, independientemente del número de accionistas o de si se trata de participaciones accionarias mayoritarias o minoritarias¹⁰¹, y las últimas pueden caer dentro de la definición de “inversión” en el TBI que podría extenderse asimismo a la cartera de inversores. El Escrito argumenta que, una vez que existe una “inversión”, su naturaleza jurídica no cambia cuando el derecho a ella (o a una parte de ella) circula en el mercado, tampoco existe en virtud del derecho de los tratados de inversión limitación alguna a la posibilidad de que el adquirente posterior tenga legitimación como inversor¹⁰², y en particular cuando el Estado receptor tenga conocimiento de la

¹⁰⁰ Citando el Laudo en *CSOB c. Eslovaquia*, párr.72, y una serie de decisiones arbitrales posteriores, así como al Profesor Schreuer.

¹⁰¹ Citando a *CMS Gas Transmission Company c República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/01/8 y numerosos casos ulteriores, una serie de ellos contra Argentina.

¹⁰² En el párr. 149, citando *Fedax y African Holding Company of America, Inc. y Société Africaine de Construction au Congo S.A.R.L. c República Democrática del Congo*, Caso CIADI N.º ARB/05/21, Laudo sobre Jurisdicción, 29 de julio de 2008 (AL RA 153).

cesión y la acepte de antemano, lo que llevaría a la suposición de que la prórroga de la jurisdicción *ratione personae* está aprobada.

238. El Escrito objeta que hubiera una violación de las condiciones previas para la jurisdicción en virtud del Artículo 8 del TBI, en tanto la inutilidad del recurso a los medios locales de resolución de controversias se establece por situaciones locales comparables que se encuentran directamente relacionadas, y el argumento de la Demandada no tiene en cuenta los efectos prácticos y jurídicos de la Ley Cerrojo, o las consecuencias reales de la decisión de la Corte Suprema argentina en el caso *Galli*. Por último, según lo confirmara el Laudo en *Impregilo c. Argentina*, si persistieran estos obstáculos serían excluidos por operación de la cláusula de NMF.
239. Sobre esa base, el Escrito reitera las peticiones anteriores de los Demandantes y solicita que el Tribunal:
- (a) Rechace todas las objeciones de la Demandada a la jurisdicción y admisibilidad;
 - (b) Declare que tiene jurisdicción sobre este caso;
 - (c) Ordene a la Demandada reembolsar a los Demandantes los costos y honorarios.

2. La Decisión *Abaclat*

240. Según se indicara en el párrafo 24 *supra*, los comentarios respectivos de las Partes sobre la Decisión *Abaclat* (en adelante “la Decisión”) fueron recibidos los días 29 de noviembre y 19 de diciembre de 2011.

a. La Demandada

241. En sus comentarios, la Demandada indica que, a pesar de determinadas similitudes, existen diferencias fundamentales entre el caso *Abaclat* y el presente caso, y estigmatiza a la Decisión *Abaclat* como arbitraria y sesgada y considera que juzga de antemano cuestiones tanto de jurisdicción como de fondo sustantivas que no debían decidirse en esa etapa. Afirma que la Decisión confunde la cuestión del alcance de la facultad representativa de un abogado con la cuestión independiente del alcance del consentimiento al arbitraje de una parte, pero alega que (incluso en el análisis adoptado en la Decisión) no cubriría la situación del Dr. Parodi, quien nunca había comparecido ante el presente Tribunal. Está asimismo en desacuerdo con las

referencias en la Decisión al “espíritu” del Convenio CIADI y realiza objeciones a aquellas áreas en las cuales (según asevera) el tribunal decidió *ex aequo et bono* sin el consentimiento de las partes. Critica la caracterización de la Decisión de la naturaleza de los procedimientos en tanto no hubo una presentación por separado de procedimientos individuales que posteriormente fueron agregados, y discrepa en particular con la referencia de la Decisión a la aceptabilidad en determinadas circunstancias del “análisis conjunto de los reclamos”. Rechaza asimismo el trato que le da la Decisión al “silencio” del Convenio CIADI respecto de los reclamos múltiples, cuando señala que el enfoque de la mayoría utilizaría el supuesto “objeto” del Convenio y de otros tratados como medio para dejar al margen las limitaciones de naturaleza jurisdiccional que incluyen de manera expresa, prefiriendo en cambio la manera en que es tratada esta cuestión en la Opinión Disidente. Insiste en que existe una diferencia cualitativa, no meramente cuantitativa, entre los procedimientos individuales y los masivos, tanto desde el punto de vista jurisdiccional como del debido proceso. Critica la dependencia excesiva de los aspectos económicos de las operaciones subyacentes sin considerar correctamente su estructura jurídica, como otros tribunales lo habían hecho en otros casos, y al hacerlo la Decisión “desconoció completamente la operatoria de colocación de deuda soberana”, incluso al reconocer que los derechos sobre títulos no tienen valor *per se* pero al mismo tiempo sin aplicar su propia conclusión de que el factor determinante fuera el lugar de ejecución, en tanto los hechos demuestran que en virtud de esta clase de títulos el lugar de ejecución es invariablemente fuera de Argentina. Si la cláusula de selección de foro es tratada como una estipulación puramente contractual que no se ve en un arbitraje sobre la base de un TBI, es un hecho que un reclamo basado en un tratado debe fundarse en la violación de un derecho, que en este caso es una deuda, y esa deuda (y los derechos que se le confieren) fueron creados y regidos por el contrato, de lo cual se debe entender que la supuesta inversión no fue “en el territorio de Argentina”. Cuando se trata de las condiciones previas al arbitraje de conformidad con el TBI, la Demandada señala las diferencias entre la situación en *Abaclat* y en el presente caso, en el cual no hubo intento alguno de negociar o recurrir a los tribunales locales, aunque estos formen parte del título jurisdiccional y una condición para el consentimiento al arbitraje. Finalmente, la Demandada critica la decisión del tribunal de *Abaclat* de realizar una ponderación de intereses, y a las consecuencias que de ello derivan en la manera de eliminar un requisito claro del tratado, según señalara el árbitro disidente;

sin embargo, a pesar de todo, ese fue un fundamento diferente para la decisión que el argumento de “inutilidad” que se pone de manifiesto en el presente arbitraje.

b. Los Demandantes

242. En sus comentarios, los Demandantes se concentran en lo que consideran las tres cuestiones más controvertidas, las cuales, en su opinión, surgen en términos casi idénticos en el presente arbitraje, a saber, si el no haber cumplido con los pasos previos establecidos en el TBI tiene impacto en la jurisdicción del Tribunal o la admisibilidad de los reclamos de los Demandantes; si los bonos de los que son titulares los Demandantes constituyen una inversión protegida conforme al TBI y al Convenio CIADI; y si el arbitraje constituye un procedimiento “masivo” o “colectivo” que genera problemas con respecto a la jurisdicción del Tribunal; y en este sentido argumenta en favor de la coherencia en las decisiones arbitrales.
243. En lo que se refiere a los requerimientos previos de consultas amistosas y el recurso a los tribunales locales en virtud del Artículo 8 del TBI, los Demandantes avalan la conclusión de la Decisión de que estos no son requisitos jurisdiccionales obligatorios, y objetan la opinión del árbitro disidente de que dichos criterios de admisibilidad se han vuelto “convencionalmente jurisdiccionales” a la luz del Artículo 26 del Convenio CIADI porque el TBI no contiene el requisito de agotamiento de los recursos locales como condición para el consentimiento al arbitraje. Los Demandantes se asocian con la conclusión de la Decisión de que el recurso a estas medidas previas habría sido inútil habida cuenta de la Ley Cerrojo.
244. En cuanto a la condición de bonos y derechos sobre títulos, los Demandantes observan las conclusiones a las que se arribó en la Decisión de que el TBI y el Convenio CIADI se concentran en aspectos diferentes, aunque complementarios, de lo que constituye una “inversión”; que tanto los bonos como los derechos sobre títulos se ajustan a la definición del TBI y surgen de un “aporte” que cumple con los requisitos del Convenio; y que la inversión asociada se “realizó en el territorio de Argentina” porque los fondos generados en definitiva se pusieron a disposición de Argentina, en tanto las cláusulas de selección de foro carecían de relevancia a los fines de determinar el lugar de la inversión. Critican la opinión del árbitro disidente porque deriva de una noción fundamental de “inversión” indebidamente restrictiva, y cita en este sentido dos Acuerdos de Promoción Comercial suscriptos por los Estados

Unidos de América para demostrar que la reestructuración de deuda pública puede, en efecto, estar cubierta por el CIADI salvo que se la excluya en forma expresa. Los Demandantes critican asimismo la distinción adoptada por el árbitro disidente entre la emisión de bonos inicial y las comercializaciones en el mercado secundario, por la razón aprobada por la propia Decisión, a saber que, a pesar de sus diferencias técnicas, forman parte de una única e idéntica operación económica y sólo tienen sentido en conjunto, recordando en este sentido su argumento de que los instrumentos emitidos en el mercado secundario son simplemente porciones de la emisión global de bonos inicial y son análogos a las acciones a los fines de jurisdicción (asimilándose a los Demandantes con accionistas minoritarios en este respecto). Los Demandantes rechazan el requisito del árbitro disidente de que la inversión esté vinculada a un proyecto específico en el país receptor como la interpolación en el TBI de un elemento que no contiene, y que se cumple de todos modos en los hechos, dado los requisitos del derecho argentino y la manera en la cual se trataron los comprobantes de pago de las emisiones de bonos en las cuentas nacionales argentinas.

245. En cuanto a la naturaleza de múltiples partes del procedimiento, los Demandantes observan la inmensa diferencia entre aquellas del procedimiento presente y aquellas en *Abaclat* (74 demandantes frente a 60.000) y la conclusión de la Decisión de que el aspecto de múltiples partes está relacionado exclusivamente a modalidades e implementación, y por lo tanto a la admisibilidad, no a la jurisdicción. De todos modos, los Demandantes no aceptan que la caracterización del caso *Abaclat* como un procedimiento colectivo híbrido sea aplicable al presente arbitraje en tanto – “posiblemente a diferencia del caso *Abaclat*, en el que el TFA quizás tiene un papel de mayor intrusión al dirigir el litigio”– en el presente arbitraje cada tenedor de bono actúa en forma individual y tiene una relación directa con sus abogados. Los Demandantes repiten su argumento de que el consentimiento a los reclamos múltiples está implícito automáticamente por aceptación de la jurisdicción arbitral respecto de los bonos, los cuales, por definición son instrumentos masivos, y avalan en ese sentido la conclusión a la que se arribó en la Decisión; rechazan el análisis del árbitro disidente del significado del “silencio” en este sentido en los instrumentos de los tratados, plantean que, si indudablemente existiría la jurisdicción en el supuesto de que el procedimiento hubiese sido incoado por los suscriptores originales, es difícil entender por qué esa jurisdicción desaparecería como consecuencia de la colocación

en el mercado secundario en una pluralidad de acreedores. Finalmente acusan al árbitro disidente de exagerar la medida de las adaptaciones procesales que el Tribunal tendría que hacer en aras de manejar la multiplicidad de demandantes, y en especial en este caso donde la cantidad de demandantes es relativamente pequeña, y refuta la opinión del árbitro disidente de que en general los arbitrajes de múltiples partes anteriores se habían sustanciado con el consentimiento expreso o implícito de la demandada.

246. Por último, los Demandantes tratan brevemente unas pocas cuestiones menos fundamentales en las cuales la Decisión, en su opinión, respalda el caso presentado ante ellos en el presente procedimiento, a saber la irrelevancia del derecho italiano para el consentimiento al arbitraje de los Demandantes, el papel de NASAM, y la existencia de una violación *prima facie* del TBI (en contraposición a un mero reclamo contractual).

3. Los arbitrajes de *BGS, ICS, Daimler, y RosInvest*

247. Tal como se indicara en los párrafos 25 y 28 *supra*, el Tribunal admitió comentarios breves sobre los arbitrajes de *BGS, ICS, Daimler, y RosInvest*.

a. *La Demandada*

248. Mediante una carta de fecha 17 de febrero de 2012, la Demandada llamó la atención del Tribunal al hecho de que, en una decisión del mes anterior, un Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos había dejado sin efecto el laudo del tribunal en el procedimiento arbitral de *BG Group plc c. República Argentina* debido al incumplimiento del período de 18 meses para la resolución en los tribunales locales, según se establece en el TBI pertinente, antes de recurrir al arbitraje. Pidió asimismo al Tribunal que observe que en el arbitraje de *ICS c. República Argentina* el tribunal había rechazado el argumento de la demandante de que el requisito de recurrir en primera instancia a los tribunales locales era meramente permisivo y no imperativo, y había rechazado la jurisdicción sobre esa base, sosteniendo en ese sentido que “inutilidad” era diferente a “improbabilidad” y que no había sido establecida.
249. Mediante otra carta de fecha 14 de septiembre de 2012, la Demandada llamó la atención al énfasis agregado por el tribunal en el arbitraje de *Daimler Financial*

*Servicios AG c. República Argentina*¹⁰³ sobre la necesidad de establecer el consentimiento del Estado al arbitraje, y el alcance de dicho consentimiento, ninguno de los cuales podrían presumirse, así como la conclusión del tribunal de que, hasta tanto se hubieran cumplido las condiciones previas al consentimiento al arbitraje, una apelación a la cláusula de nación más favorecida en el TBI no era adecuada ante el tribunal. Llamó asimismo la atención al hecho de que las conclusiones sobre jurisdicción del tribunal en el arbitraje de *RosInvest Co UK Ltd. c. La Federación Rusa*, sobre la base de la aplicación de la cláusula de nación más favorecida en un TBI, y a la que hicieron referencia los Demandantes en sus escritos, habían sido desestimadas por los tribunales suecos¹⁰⁴.

b. Los Demandantes

250. En respuesta, los Demandantes, mediante carta del día 5 de marzo de 2012, afirmaron que la decisión en *BGS* fue adoptada por un tribunal de los Estados Unidos, aplicando el derecho de los Estados Unidos, y en relación con un TBI diferente, no idéntico en su letra al TBI que nos ocupa. El laudo de *ICS*, por otra parte, se diferenciaba, no sólo porque era en virtud de un TBI diferente, con una letra diferente en las cláusulas sobre jurisdicción y NMF, sino porque no estaba en discusión la Ley Cerrojo.
251. Mediante otra carta de fecha 16 de octubre de 2012, los Demandantes objetaron la relevancia del Laudo de *Daimler*, que también se fundó en un TBI diferente con una letra no idéntica incluso en su cláusula de NMF, y volvió la atención a la crítica del árbitro disidente del requerimiento del tribunal de “pruebas positivas” [Traducción del Tribunal] del consentimiento al arbitraje del Estado receptor. La carta afirmaba que en ese caso no se había decidido la cuestión de la inutilidad de las medidas previas al arbitraje, que se habían argumentado simplemente en la probabilidad, o de otro modo, de un fallo de los tribunales argentinos dentro de un período de 18 meses. En lo que se refiere al caso *RosInvest*, señalaba que el fallo del tribunal sueco fue en forma de una sentencia de cesación de pagos que no examinó el fondo de la cuestión, y afirmaba que los pasajes citados por la Demandada fueron tomados de las presentaciones de la demandada al tribunal sueco, no de la propia sentencia del tribunal.

¹⁰³ *Daimler* Laudo del día 22 de agosto de 2012, ratificando la excepción a la jurisdicción de Argentina sobre la base del incumplimiento de la Demandante de la condición del sometimiento previo de la controversia a los tribunales locales.

¹⁰⁴ Tribunal de Distrito de Estocolmo, Departamento 4, Caso N.º T 24891-07, Sentencia en Rebeldía, 9 de noviembre de 2011.

III. III. EL ANÁLISIS DEL TRIBUNAL

A. LAS CIRCUNSTANCIAS DEL ARBITRAJE

252. El Tribunal recuerda que la presente Decisión se relaciona sólo con las objeciones de carácter general de la Demandada a la jurisdicción del Tribunal para entender los reclamos de los Demandantes y a la admisibilidad de esos reclamos. Según se registrara en el Acta de la Primera Reunión:

Las partes convinieron en la necesidad de una etapa preliminar sobre jurisdicción y admisibilidad. La etapa preliminar resolverá solamente sobre las objeciones preliminares de carácter general, pero no con asuntos de jurisdicción que puedan surgir en relación de las demandantes individuales, la cuales serán resueltas en una etapa posterior si fuera necesario y apropiado.

253. Por consiguiente, el Memorial de excepciones a la Jurisdicción y Admisibilidad de la Demandada planteó una serie de objeciones formales tanto a la jurisdicción *ratione personae* como *ratione materiae*, sobre la base de la naturaleza del procedimiento incoado por los Demandantes, de la naturaleza de la representación de los Demandantes en el procedimiento, de supuestos defectos en el consentimiento al arbitraje tanto de los Demandantes como de la Demandada, de si se habían cumplido las condiciones previas necesarias para la incoación de procedimientos, y de si la controversia, tal como había sido incoada ante el Tribunal, es una controversia que puede ser legal y debidamente entendida en virtud del Convenio CIADI¹⁰⁵.

¹⁰⁵ Memorial, párr. 304. Las Excepciones de la Demandada, que se mantuvieron inalteradas en la audiencia oral y en el Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, rezaba en su totalidad de la siguiente manera:

La Demandada, la República Argentina respetuosamente solicita que el Tribunal dicte un Laudo:

- (a) Determinando que carece de competencia y que el CIADI carece de jurisdicción para tramitar acciones colectivas de esta naturaleza;
- (b) En la alternativa, que determine que carece de competencia y el CIADI carece de jurisdicción porque tanto la Argentina como los Demandantes no han provisto un consentimiento válido para este procedimiento y, asimismo, que el abuso de derechos de los Demandantes en iniciar este procedimiento –en nombre de un tercero- invalida cualquier posible consentimiento que los Demandantes pudieran haber ofrecido;
- (c) En la alternativa, determine que no hay violación prima facie del TBI Argentina-Italia;
- (d) En subsidio, determine que carece de jurisdicción *ratione materiae*;
- (e) En la alternativa, determine que carece de jurisdicción *ratione personae* o que los Demandantes carecen de legitimación para incoar este procedimiento;
- (f) En subsidio, determine que los Demandantes no cumplieron los requerimientos previos necesarios para iniciar un reclamo bajo el TBI celebrado entre la Argentina e Italia;
- (g) Ordene a los Demandantes pagar a la Argentina todos los costos,

254. Las cuestiones para la decisión del Tribunal en esta fase de Objeciones Preliminares no son nuevas. Ellas (o algunas de ellas) han sido examinadas en toda una serie de decisiones arbitrales recientes en procedimientos incoados por inversores contra la misma Demandada, la República Argentina. Las dos más cercanas en cuestión son la Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad de 4 de agosto de 2011 en *Abaclat y Otros c. República Argentina*¹⁰⁶, y aún más recientemente la Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad de fecha 8 de febrero de 2013 en el caso de *Ambiente Ufficio SPA y Otros c. República Argentina*¹⁰⁷, las cuales corresponden a activos de exactamente el mismo tipo que aquellos en cuestión en el presente Arbitraje, y las cuales están teniendo lugar en virtud del mismo tratado que el presente Arbitraje, a saber el Acuerdo de 22 de mayo de 1990 entre la República Argentina y la República de Italia para la Promoción y Protección de Inversiones (“el TBI”). El Tribunal selecciona para su mención particular el caso *Ambiente Ufficio*, ya que no sólo tiene estos elementos en común, sino que otro rasgo común es que los Demandantes están representados por la misma Representación tanto en ese caso como en este, y la Demandada es a su vez defendida por el mismo grupo de abogados en ambos casos. Nada de esto es en modo alguno confidencial; la existencia de estos procedimientos arbitrales exactamente paralelos era de conocimiento de todos los interesados durante el presente caso, y efectivamente las Representaciones de ambas partes reconocieron más de una vez en el curso del procedimiento oral que los argumentos que se propusieron en el presente arbitraje eran a todos los efectos idénticos a aquellos que se habían propuesto en *Ambiente Ufficio* (o, como se conocía en ese momento, *Giordano Alpi*).
255. Esta situación imperante requirió el siguiente comentario del tribunal de *Ambiente Ufficio* (refiriéndose en primer lugar a la decisión sobre jurisdicción anterior dictada por el tribunal de *Abaclat*):

10. A la luz de los importantes paralelismos entre el caso que nos ocupa y el caso *Abaclat*, en particular, del hecho de que la Demandada utilizó en gran medida los mismos argumentos que planteó en el

gastos y honorarios; y

(h) Otorgue cualquier otro remedio solicitado contra los Demandantes que el Tribunal considere apropiado.

¹⁰⁶ Anteriormente *Giovanna a Beccara y Otros c. República Argentina*. Caso CIADI N.º ARB/07/5. Véase asimismo la Opinión Disidente del día 28 de octubre de 2011.

¹⁰⁷ Anteriormente *Giordano Alpi y Otros c. República Argentina*. Caso CIADI N.º ARB/08/9.

presente caso o argumentos similares a ellos, y dado que ambos Tribunales han arribado a la misma conclusión, a saber, confirmar que el Tribunal goza de competencia y que los reclamos entablados por los Demandantes son admisibles, sería artificial que este Tribunal ignorara la Decisión adoptada por su par.

11. Como resulta bastante evidente, es muy común que los tribunales arbitrales, en general, y los tribunales CIADI, en particular, se inspiren en las decisiones de otros tribunales que han enfrentado cuestiones o situaciones similares. Sin embargo, no puede haber duda alguna de que existe una relación especial y particularmente estrecha entre el presente

caso y el caso *Abaclat* –más claramente, como ya se ha señalado, debido a la importante superposición de las cuestiones de hecho y de derecho que ambos Tribunales han enfrentado en sus casos respectivos

12. Por lo tanto, el presente Tribunal no dudará en aprovechar el razonamiento del Tribunal del caso *Abaclat* siempre que sea aplicable y adecuado. Lejos de adherir a alguna doctrina de *stare decisis* o considerarse legalmente obligado por las conclusiones del Tribunal del caso *Abaclat*, esto implica un proceso de compromiso crítico no sólo con la decisión mayoritaria, sino también con los argumentos en contrario incluidos en la Opinión Disidente del Profesor Abi-Saab. A lo largo del razonamiento subsecuente, se pondrá de manifiesto que el presente Tribunal coincide con muchas de las consideraciones y opiniones expresadas en la Decisión *Abaclat*, aunque no con todas, y el Tribunal hará referencia a estos paralelismos en el contexto pertinente.

13. No obstante, el Tribunal desea destacar que está muy al tanto de que debe resolver el caso presentado ante él por las Partes sobre la base de sus propias necesidades y cuestiones de fondo. Por consiguiente, el razonamiento de la Decisión *Abaclat* puede ser relevante para el presente Tribunal sólo en el supuesto de que las Partes en el caso que nos ocupa hubieran presentado argumentos similares a los introducidos en el caso *Abaclat* o compatibles con ellos, y en tal medida.

El Tribunal considera que estos comentarios constituyen puro sentido común, y los ha tenido debidamente en cuenta al llevar a cabo su propia tarea en las circunstancias que lo confrontan.

256. Estas son circunstancias inusuales. Es prácticamente indudable que, dado estas circunstancias, habría sido más eficiente, y casi con certeza habría redundado en un ahorro de tiempo y gastos, que el presente caso y el caso *Giordano Alpi* hubieran sido incoados conjuntamente como un único caso, o, incluso si se hubieran iniciado en forma separada, si las cuestiones generales actualmente en estudio se hubieran

consolidado en un único conjunto de procedimientos arbitrales, o si se hubieran hecho arreglos para que ambos tribunales se conformaran en forma idéntica, o al menos que los dos conjuntos de argumentos idénticos se hubieran entendido colectivamente. Sin embargo, todo eso trasciende las facultades de un tribunal del CIADI, y depende de los deseos y derechos procesales de las partes; un tribunal no puede hacer más que responder en forma constructiva en pos de su propia obligación autónoma de eficiencia y economía dentro de los límites de su propia jurisdicción. Sin embargo, dado el curso real de los hechos, el Tribunal opina que puede prescindir de la necesidad de exponer en detalle los antecedentes fácticos del presente Arbitraje o relatar en profundidad exagerada los argumentos propuestos por las Partes Demandante y Demandada. En cuanto a los primeros (los antecedentes fácticos), el Tribunal puede simplemente adoptar a los fines presentes la descripción dada por el tribunal de *Abaclat* en los párrafos 8 - 97 de su Decisión de 4 de agosto de 2011 tanto del proceso mediante el cual la República Argentina colocó emisiones de bonos en el mercado y la cesación de pagos y ofertas de canje subsiguientes con respecto a esos bonos. En cuanto a los segundos (los argumentos de las Partes) el Tribunal observa el relato cuidadoso e integral proporcionado en los párrafos 68-110, 173-203, 279-296, y 355-414 de la Decisión de 8 de febrero de 2013 por el tribunal de *Ambiente Ufficio*, que se corresponde de cerca con la forma en la cual se ha presentado el argumento en el presente procedimiento, salvo algunos matices menores de énfasis a los cuales no se les atribuye significancia material alguna.

B. JURISDICCIÓN Y ADMISIBILIDAD

257. El Tribunal, tal como se expusiera *supra*, enfrenta en este procedimiento una serie de objeciones preliminares de carácter general presentadas por la Demandada, sobre la base de que la aceptación por parte del Tribunal de alguna o de la totalidad de las objeciones como bien fundadas pondrían fin al arbitraje. En el otro procedimiento arbitral comparable al que se hizo referencia en forma reiterada en la presente, el tribunal en cuestión ha debatido *in extenso* si estas objeciones deberían clasificarse bajo el título de “admisibilidad” en lugar de bajo aquel de “jurisdicción”. El presente Tribunal no está convencido de que la distinción entre estos dos conceptos, tal como puede ser, plantee alguna dificultad importante; pero tampoco está convencido de que la distinción sea de particular importancia para desestimar las cuestiones actualmente ante sí.

258. El punto de partida es el Artículo 41 del Convenio CIADI, leído conjuntamente con la Regla 41 de las Reglas de Arbitraje. El Artículo 41, que aparece al comienzo de la Sección del Convenio que trata las facultades y funciones de un tribunal, en primer lugar convierte al Tribunal en juez de su propia “competencia”, antes de pasar a disponer que “[t]oda alegación de una parte que la diferencia cae fuera de los límites de jurisdicción del Centro, o que por otras razones el Tribunal no es competente para oírla”. Al ahondar en aspectos procesales, la Regla 41 está expresada en términos similares: “Toda excepción que la diferencia o cualquier demanda subordinada no cae dentro de la Jurisdicción del Centro, o que, por otras razones, no es de la competencia del tribunal deberá oponerse lo antes posible etc. etc. etc.”. En la versión en francés, los textos equivalentes hacen referencia a la “*compétence*” del Tribunal, a una “*déclinatoire de compétence... fondé sur le motif que le différend n’est pas de la compétence du Centre ou, pour toute autre raison, de celle du Tribunal*” y a “*Toute déclinatoire de compétence fondé sur le motif que le différend ou toute demande accessoire ne ressortit pas à la compétence du Centre ou, pour toute autre raison, à celle du Tribunal*”. Los textos en español hablan de la “jurisdicción” del Centro y la “competencia” del Tribunal.
259. Se verá que la terminología no es completamente uniforme, tampoco es coherente entre los idiomas. Sin embargo, estas disposiciones tomadas como un todo, y apreciadas dentro de su contexto, sirven sencillamente para reflejar los dos tipos de factores limitantes que van a determinar si un caso particular puede ser entendido debidamente por el tribunal establecido en virtud del sistema del CIADI, el primero siendo el ámbito general del arbitraje del CIADI, y el segundo siendo los factores pertinentes a la elección de un tribunal específico para entender una controversia específica. Es decir, el primero hace referencia al Artículo 25 del Convenio de Washington, como texto base, el cual al igual que el Artículo 41 está expresado en términos de “competencia del Centro” (“*compétence*” y “jurisdicción” en francés y español, respectivamente); el segundo, por contraste, atañe principalmente a factores tales como el consentimiento de las partes, la naturaleza de la controversia particular y otros factores similares, que normalmente se considerarían, en el habla cotidiana en inglés, como los elementos necesarios para fundamentar la “jurisdicción” del tribunal. Por lo tanto la cuestión que resta es si existen otras condiciones, además de estas más estrictamente “jurisdiccionales”, que se puedan invocar debidamente ante un tribunal

del CIADI como causal para negarse a entender el caso, aunque el caso caiga dentro de su “jurisdicción”. Si cualquiera de estas debiera calificarse de manera útil como “admisibilidad” está sujeto a discusión. El término, como señala Schreuer, no es utilizado tampoco en el propio Convenio ni en las Reglas;¹⁰⁸ además tanto el Convenio como las Reglas ubican a “otras razones” exactamente en la misma posición que aquellas relativas a la “jurisdicción” del Centro, y tratan a ambas como si plantearan cuestiones que hacen a la “competencia” del tribunal¹⁰⁹.

260. Por lo tanto, el Tribunal hará la siguiente división amplia al considerar el aluvión de objeciones preliminares que le han sido planteadas por la Demandada: entre aquellas objeciones que plantean la cuestión de si las Partes han otorgado su debido consentimiento a que la controversia se someta a arbitraje del CIADI (que recaen más sobre el lado “jurisdiccional” de la línea) y aquellas objeciones que plantean la cuestión de si, incluso en el supuesto de que las Partes hayan otorgado su debido consentimiento, existen, de todos modos, razones por las cuales el Tribunal debería negarse a entender la controversia en la forma en la cual esta es incoada ante sí, aunque posea competencia formal para hacerlo (que por lo tanto recaen más sobre el lado de “admisibilidad” de la línea). Una vez que se determine la posición en esa forma, la lógica dicta que se tomen en primer lugar las objeciones “a la jurisdicción”.

1. “Reclamos masivos”: el Convenio CIADI

261. Por las razones esgrimidas *supra*, y beneficiándose de los análisis integrales en los expedientes de los tribunales de *Abaclat y Ambiente Ufficio*, el Tribunal no considera necesario abordar las objeciones “a la jurisdicción” *seriatim* en la forma que han sido establecidas en las presentaciones escritas de la Demandada, sino que las ha agrupado y seleccionado de la siguiente forma *infra*. Sin embargo, antes de proceder a ese punto, el Tribunal abordará una objeción planteada por la Demandada que es de un carácter más fundamental, a saber, que se impida completamente la continuación del arbitraje, porque constituye una forma de procedimiento arbitral masivo o colectivo que simplemente no está dentro del ámbito del Convenio CIADI. Esta es una objeción que ha ocupado una parte considerable de los alegatos escritos y orales de ambas Partes. Es asimismo una objeción a la cual los tribunales de *Abaclat y Ambiente*

¹⁰⁸ Comentario de Schreuer (2.^a ed.), pág. 86

¹⁰⁹ Véase, en una línea parecida, la Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad del 8 de febrero de 2013 del tribunal en *Ambiente Ufficio*, párrs. 572-575.

Ufficio dedicaron considerable atención. Por consiguiente, el Tribunal considera mejor abordar la cuestión al comienzo de su decisión.

262. Los argumentos en conflicto de las Partes se presentan supra y no es necesario que se repitan; los escritos exhaustivos no han llevado a ningún angostamiento perceptible de la brecha entre ellos. Los Tribunales de *Abaclat* y *Ambiente Ufficio* han arribado a conclusiones contrarias a la Demandada respecto del punto en cuestión.
263. En la opinión del tribunal de *Abaclat*, el hecho de que el caso ante sí hubiera sido incoado en nombre de 180.000 demandantes, aunque posteriormente el número se redujera a 60.000, lo convertía en un procedimiento de “reclamos masivos”, y en efecto el primero en la historia del CIADI. Caracteriza al caso ante sí como “un tipo híbrido de procedimiento colectivo, en el sentido de que se inicia como un proceso agregado pero después adquiere características similares a las de un proceso representativo debido al elevado número de Demandantes involucrado¹¹⁰”. Concluye que el hecho de que el Convenio CIADI no mencione a los procedimientos de este tipo no debería considerarse como a lo que el tribunal se refiere como “silencio calificado”, sino como una laguna, y una laguna que un tribunal individual del CIADI está inherentemente facultado para subsanar estableciendo las disposiciones procesales necesarias en virtud del Artículo 44 del Convenio. Concluye además que el consentimiento del Estado receptor a la jurisdicción del Centro incluye reclamos incoados por Demandantes múltiples en un único procedimiento, y que había suficiente homogeneidad entre los reclamos ante sí¹¹¹ para justificar el trato en su conjunto a modo de procedimiento adaptado.
264. Estas conclusiones fueron refutadas vehementemente por el árbitro disidente, quien acusa a la mayoría de evadir las cuestiones reales en cuanto a la naturaleza del procedimiento y la homogeneidad de los reclamos; de invocar de manera ilegítima consideraciones tales como el “espíritu” del Convenio CIADI; de no prestar la debida atención a la cuestión crítica del consentimiento específico de la demandada al

¹¹⁰ Decisión de *Abaclat*, párr. 488.

¹¹¹ Sobre la base de: la identidad de los derechos y obligaciones en cuestión para todos los demandantes; el hecho de que los demandantes reclamaran con respecto a los mismos hechos, que los afectaban a todos de igual manera; el hecho de que la legislación argentina y los acuerdos de la OPC afectaran a la totalidad de los demandantes de la misma manera (Decisión de *Abaclat*, párr. 543). El tribunal hace una observación particular en este sentido, respecto del hecho de que los reclamos ante sí son, en su opinión, reclamos en virtud de un tratado de conformidad con el TBI, no reclamos contractuales (Decisión de *Abaclat*, párr. 541).

arbitraje, así como los requerimientos “estrictos y rigurosos” para el consentimiento a nivel internacional; y de arrogarse facultades injustificadas de ‘improvisación procesal’ sin el consentimiento de todas las partes, y sin la debida consideración de su impacto en los derechos al debido proceso de todas las partes, al adoptar una prueba inapropiada de ‘equilibrio de intereses’.

265. En *Ambiente Ufficio*, por otra parte, el tribunal, confrontado con 119 reclamos originales, posteriormente reducidos a 90, abordó la cuestión de una manera un tanto diferente. Rechaza las etiquetas de “reclamo masivo” o “acción de clase” en favor de descripciones fácticamente objetivas de demandantes múltiples, o procedimiento de múltiples partes, y trata el asunto como una cuestión que hace, en primer lugar, al ámbito del Convenio CIADI y, en segundo lugar, al alcance del consentimiento específico del Estado demandado en virtud del TBI, y observa en este respecto que el caso no era uno en el cual reclamos independientes habían sido incoados de manera individual (surgiendo ulteriormente la cuestión de su unificación o consolidación formal), sino un caso en el cual los reclamos habían sido presentados en forma conjunta o colectiva desde el comienzo. En lo que se refiere a la importancia del hecho de que ni el Convenio CIADI ni el TBI aborden expresamente situaciones de este tipo, el tribunal sostiene que, en los principios normales de interpretación de tratados, la utilización en cada uno de estos instrumentos de tratado del término “inversor”, en singular, no debería considerarse que excluya el plural, menos aún porque esto nunca ha sido interpretado de esa manera por tribunales anteriores del CIADI y porque el Artículo 8 del TBI efectivamente utiliza el término en su versión plural en dos ocasiones. Refuerza esta conclusión reuniendo pruebas de que (al menos de manera rudimentaria) se conocía el procedimiento de múltiples partes al momento en que el Convenio estaba en discusión, y mediante el argumento de que en cualquier caso ambos Estados debían saber de la existencia del procedimiento de múltiples partes cuando negociaron posteriormente el TBI, como lo confirma un gran número de arbitrajes del CIADI que involucran a múltiples partes, en ocasiones más de 100 partes, y por el hecho de que en la mayoría de ellos no se había planteado objeción alguna a ese respecto, aunque, en unos pocos casos en los cuales se había planteado una objeción, el tribunal no la había admitido. Se refiere en este sentido específicamente a los casos *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH y otros c. República Unida del Camerún* y *Société Camerounaise des Engrais* (Caso CIADI N.º

ARB/81/2), *Goetz c. Burundi*, *Bayview c. México*, *Alasdair Ross Anderson y otros c. República de Costa Rica* (Caso CIADI N.º ARB/(AF)/07/3), y *Canadian Cattlemen*, aunque observando al mismo tiempo que, en efecto, en ninguno de estos casos el tribunal se declaró competente (aunque siempre por razones distintas a la cuestión que nos ocupa); sin embargo había ocurrido lo contrario en el caso *Funnekotter c. Zimbabwe*, que involucró a 14 demandantes separados, donde el tribunal había investigado su propia jurisdicción *proprio motu* y la confirmó.

266. Una vez más estas conclusiones fueron refutadas enérgicamente por un árbitro disidente, que, si bien comparte la opinión de la mayoría de que el caso no es ni un “reclamo masivo” ni una “acción de clase”, ni tampoco algún tipo de procedimiento representativo, disiente con ellos acerca de su verdadera naturaleza, la cual, en su opinión debe ser reconocida como “una ‘acumulación de acciones’ en forma de ‘reclamo conjunto’” para el cual es necesario el consentimiento o al menos la aquiescencia de la Demandada, como lo demostrara la decisión de *Wintershall*¹¹². El árbitro disidente discrepa de la manera en que la mayoría deduce que la interpretación del Convenio CIADI permite los procedimientos colectivos simplemente porque no los excluye, lo que considera equivalente al mismo razonamiento adoptado por la mayoría en *Abaclat*. Es particularmente crítico de un enfoque interpretativo que utiliza la terminología de un TBI ulterior como medio para dar claridad a la intención del Artículo 25(1) del Convenio CIADI; en su opinión, el “contexto” aplicable (a los fines de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados) es el contexto individual de cada uno de estos dos instrumentos de tratados tomados por separado. El árbitro disidente da una interpretación diferente del Artículo 8 del TBI, ya que el inciso (párrafo 3) que efectivamente utiliza “inversores” en plural remite al sentido anterior de “controversia”, y que es uno que involucra a un “inversor” en singular; de manera similar para el Artículo 5(1)(c) que también forma parte del “contexto” pertinente. Analiza en detalle los siete casos citados por la mayoría, los cuales en su opinión no establecen ni que el arbitraje de múltiples partes sea una práctica generalmente aceptada en el sistema del CIADI ni que no sea un requisito el consentimiento específico adicional del Estado demandado.

¹¹² *Opinión Disidente de Santiago Torres Bernárdez* a la Decisión de *Ambiente Ufficio*, parr. 73, refiriéndose al laudo de *Wintershall*.

267. El presente Tribunal no observa ventaja alguna en involucrarse en una batalla de terminología. Ninguno de los términos mencionados repetidas veces en el argumento se puede encontrar en los dos tratados que rigen este Arbitraje ni en las normas procesales aplicables, y ninguno de ellos tiene un significado técnico reconocido y definido en el derecho internacional. En alguna medida estos términos pueden derivar de sistemas o prácticas jurídicas nacionales, aunque incluso allí sin coherencia ni uniformidad alguna; por otra parte, inclusive en el contexto local, algunos de los términos parecen ser utilizados de manera descriptiva, en lugar de normativa, como el empleo de “reclamos masivos” como indicador de su cantidad muy considerable – aunque posiblemente con la implicancia subyacente de que la gran cantidad de reclamos exija arreglos procesales especiales sin los cuales no podrían ser manejados de manera satisfactoria. Todo lo que el Tribunal necesita observar es, en primer lugar, que el número de Demandantes en este Arbitraje, entre 183 y 74 (véase *infra*) no se ajusta en el uso corriente al descriptor “masivo”; si en las circunstancias específicas los presentes reclamos requerirían arreglos procesales especiales es una cuestión diferente que será considerada *infra*. Y, en segundo lugar, que (según observara el tribunal de *Ambiente Ufficio* con relación a las circunstancias de ese caso) el procedimiento que nos ocupa no es de carácter representativo; cada Demandante reclama en su propio nombre, planteando su propia pérdida personal con respecto a su propia inversión identificada. No es un caso en el cual una persona declara representar los intereses de otros, así como los suyos propios, o en el cual un abogado declara o pretende tener facultad para actuar en nombre de personas que no le hayan impartido órdenes.
268. En cuanto a la pregunta relacionada del consentimiento necesario por parte del Estado demandado, el Tribunal no queda impresionado por ninguno de los dos argumentos en contrario: que un arbitraje de múltiples partes sólo puede ser incoado cuando haya habido un segundo consentimiento especial a ese fin; o (a la inversa) que el consentimiento específico de las partes (o de la demandada) no sea de relevancia especial, en el contexto particular de un arbitraje de múltiples partes, para el establecimiento de la jurisdicción del tribunal.
269. Puede concebirse que el primero de estos dos argumentos (la necesidad de un segundo consentimiento especial) derive del marco del Convenio CIADI o que sea relativo al

tratado de inversión u otro instrumento o instrumentos que establezcan el consentimiento específico de las partes para el arbitraje. La inferencia que hace el Tribunal de la forma en la cual el argumento es planteado por sus proponentes en este procedimiento es que se ajusta más naturalmente al Convenio CIADI. Sin embargo, aun así, el Tribunal no llega a comprender su esencia jurídica: si un procedimiento particular, en razón de su naturaleza, no cae dentro del sistema establecido por el Convenio CIADI, por definición no podría ser incoado dentro de ese sistema mediante un consentimiento adicional otorgado a tal fin por uno de los Estados Parte del Convenio, ya sea por sí o conjuntamente con un inversor o grupo de inversores de otro Estado Parte. El derecho de los tratados no lo permitiría, y el Convenio CIADI, refiriéndose como lo hace en su Artículo 25 al “consentimiento por escrito” y “consentimiento” no establece en ningún lugar un proceso organizado por el cual algunos tipos de consentimiento deban ser establecidos de manera diferente a otros. Si, a la inversa, el argumento se ajusta al consentimiento coincidente específico de las partes al arbitraje, entonces parece evidente para el Tribunal que no existe una cuestión separada; la cuestión simplemente se incorpora a la determinación normal del consentimiento de las partes que constituye el fundamento de todo arbitraje. Las acciones de las partes establecen el “consentimiento por escrito” o no lo establecen; el consentimiento no se vuelve más válido por haber sido otorgado dos veces, como tampoco es menos válido por haber sido otorgado sólo una. Por lo tanto, en un caso en virtud de un TBI, donde está en cuestión el consentimiento del Estado demandado, la pregunta que debe considerarse sigue siendo simplemente: ¿en la interpretación correcta del TBI, la demandada ha otorgado o no un consentimiento suficientemente amplio en alcance como para cubrir el procedimiento incoado (como en el caso que nos ocupa) por el grupo múltiple de co-demandantes?

270. El presente Tribunal tampoco le atrae el enfoque adoptado por el tribunal de *Abaclat* al plantearse la pregunta de si el hecho de que ni el Convenio CIADI ni el TBI trataran en términos expresos los arbitrajes de múltiples partes constituye lo que el tribunal denominó “silencio calificado” o si era simplemente una “laguna” a la espera de ser subsanada. Tras haber escuchado todo el argumento dedicado por las Partes a la cuestión, es difícil para el Tribunal arribar a la conclusión de que uno de los puntos esenciales objeto de la controversia en esta etapa preliminar del Arbitraje gire en torno a si los dos tratados emplean un sustantivo particular en singular en lugar de en

plural. Esto no es simplemente porque se entienda que en la redacción de convenios tanto a nivel internacional como nacional el singular pueda ser utilizado para incluir el plural, y *vice versa*¹¹³. En un nivel mucho más fundamental, este enfoque singularmente árido y formalista de la interpretación de tratados no encuentra fundamento alguno en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que el Tribunal, al igual que las Partes en su argumento frente a este último y los tribunales tanto en *Ambiente Ufficio* como en *Abaclat*, adopta como estándar aplicable. De ningún modo puede entenderse que el estándar establecido en el Artículo 31(1) de la Convención de Viena, de que un tratado deba ser interpretado de buena fe “conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado¹¹⁴”, imponga un tipo de literalismo lexicográfico. Cuando el Artículo habla del sentido corriente “que haya de atribuirse” a los términos del tratado, simplemente queda claro a primera vista (sin recurrir siquiera al trabajo preparatorio de la Comisión de Derecho Internacional que lo hace explícito) que puede haber en un caso dado más de un ‘sentido corriente’, y la cuestión para el intérprete es decidir cuál de ellos fue previsto por los negociadores, y para tal fin debe guiarse por el contexto (en su sentido más amplio) y por el objeto y fin, y asimismo por los medios adicionales y cuando corresponda los medios complementarios enumerados en el Artículo 31(3) y (4) y en el Artículo 32. En la opinión del Tribunal, esto significa que la pregunta que se debe responder en este caso es: ¿debe entenderse que las palabras “diferencias que surjan directamente de una inversión, entre un Estado Contratante... y el nacional de otro Estado Contratante” tal como están expresadas en el Artículo 25(1) del Convenio CIADI significan “controversia entre un Estado Contratante y un nacional de otro Estado Contratante, pero sólo uno”? Si la respuesta es negativa, no surge ninguna otra cuestión en virtud de las Reglas (ya sea las Reglas de Iniciación o las Reglas de Arbitraje), en tanto estas no pueden cambiar el alcance del Convenio, sino que deben interpretarse en armonía con sus términos. Pero finalmente, incluso si la respuesta fuera negativa, eso todavía no eliminaría la cuestión independiente de qué había consentido la Demandada en su “oferta permanente” en virtud del TBI. Ello se desprende del hecho fundamental de que el procedimiento conforme al Convenio puede ser empleado sólo si las partes de la controversia han otorgado su consentimiento a someter su controversia al arbitraje del CIADI, de modo que en un

¹¹³ Véase párr. 186 *supra*.

¹¹⁴ En el contexto de éste y a la luz del objeto y fin del tratado.

caso como el que nos ocupa el consentimiento de la Demandada en virtud del tratado debe ser coincidente con el/los consentimiento(s) de la parte o las partes que persiguen dicho arbitraje.

271. Al Tribunal le parece que, una vez planteada correctamente, la pregunta en cuestión se responde por sí sola. El Tribunal no observa fundamento razonable alguno para implicar en el texto del Artículo 25(1) tal como está, las palabras adicionales “pero sólo uno”. Naturalmente el Tribunal tiene conocimiento de que la cuestión de las controversias que involucran a más de dos partes se planteó en un momento en una reunión regional durante el proceso de redacción del Convenio pero no fue reflejada en los términos del texto. Tiene asimismo conocimiento de pruebas anecdóticas de un empleado anterior del Banco Mundial de que en un momento se consideró la posibilidad de los reclamos colectivos pero no se prosiguió y que en una reunión del Consejo Administrativo el 29 de septiembre de 1969 el Secretario General llamó la atención con respecto a la conveniencia de desarrollar reglas y reglamentaciones para regir a las controversias de múltiples partes que puedan incoarse ante el Centro¹¹⁵. El segundo de estos ítems no puede calificar en modo alguno como “trabajo preparatorio”, a los fines del Artículo 32 de la Convención de Viena, pero en cualquier caso, ninguno de los puntos es suficientemente decisivo para servir el fin particular establecido en el Artículo 32(a)¹¹⁶. Por lo tanto el Tribunal llega a la conclusión de que no existe nada en el contexto – tampoco en los materiales adicionales o complementarios descritos en la Convención de Viena – para avalar la importación en el texto del Artículo 25(1) la frase adicional mencionada *supra*. El Tribunal arriba a esta conclusión por aplicación de los principios normales de interpretación de tratados sin necesidad de convocar el respaldo de cualquier proposición general procedente de una evaluación posiblemente discutible del “objeto y fin” del Convenio CIADI, menos aún invocar conceptos no mencionados en la Convención de Viena de la cual ha sido tan crítica la Demandada en este caso¹¹⁷.

¹¹⁵ Declaraciones del Secretario General Aron Broches en la Tercera Reunión Anual del Consejo Administrativo del CIADI, 29 de septiembre de 1969,

¹¹⁶ “...para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31: (a) Deja ambiguo u oscuro el sentido...”.

¹¹⁷ Asimismo parece ser el caso que, después de la entrada en vigor del Convenio, el entonces Secretario General, Aron Broches, informó al Consejo Administrativo que se estaba considerando el desarrollo de cláusulas modelo para su inserción en los contratos de inversión a fin de cubrir las controversias de múltiples partes y que sería “útil” para que se desarrollen reglas y procedimientos para estos casos. Finalmente, parece que

272. El Tribunal tampoco observa que esta conclusión redundaría en una dificultad en la aplicación directa de los Artículos 27, 36, 38, o 39 del Convenio CIADI (cada uno de los cuales se refiere a “nacional” en singular), o si esos Artículos son considerados (como deberían serlo, siguiendo el Artículo 31(2) de la Convención de Viena) como parte del “contexto” para la interpretación del Artículo 25: en cada caso la aplicación del Artículo se ajusta naturalmente al hecho de que no haya simplemente una parte demandante sino más de una. El Artículo 36, por ejemplo, concierne a la solicitud de arbitraje, y es puramente procesal, no sustantivo. El Artículo 27, que contiene la obligación de no acordarle protección diplomática al demandante, es más sustantivo; sin embargo, operaría a la perfección en el caso de una pluralidad de demandantes que tengan en su totalidad la misma nacionalidad, ya que la obligación del Estado de origen sería igual e idéntica para todos ellos. Eso es aplicable de igual manera a los Artículos 38 y 39, en tanto regulan la nacionalidad de los miembros de un tribunal, en una situación en la cual (como en el presente caso) todos los demandantes se presentan como poseedores de la misma nacionalidad.

273. Dicho esto, el Tribunal no hace caso omiso del punto esencial que subyace el reclamo de la Demandada. Sin embargo, en la opinión del Tribunal la clave de esto, y de los aspectos relativos a las objeciones preliminares, radica en la noción de “una controversia”, y esta es una cuestión que volverá a abordar con relación a la interpretación y aplicación del TBI.

2. Las excepciones “a la jurisdicción”

274. Habiéndose dispuesto esta cuestión, en este momento el Tribunal analizará las demás Excepciones a la jurisdicción de la Demandada de acuerdo al siguiente esquema:-

- a. los Demandantes no han autorizado debidamente este procedimiento, y por lo tanto no han otorgado su consentimiento válido al arbitraje;
- b. no existe el consentimiento al arbitraje por parte de la Demandada;

este tipo de cláusulas o reglas y procedimientos especiales no fueron propuestos al Consejo Administrativo para su aprobación. El hecho de que el Secretario General considerara que el Convenio podría admitir arbitrajes de múltiples partes (aunque contractuales) sugiere que el Secretario General en primer lugar no entendía que la utilización de la letra del Artículo 25 “el nacional de otro Estado Contratante” impidiera estos arbitrajes. El hecho de que la Secretaría considerara estas cláusulas indica su opinión de que los arbitrajes de múltiples partes del CIADI activarían el consentimiento de las partes.

- c. no existe la jurisdicción *ratione materiae* en tanto los activos de los Demandantes no constituyen “inversiones” en virtud de los términos del TBI, tampoco se “realizaron en el territorio de Argentina”;
 - d. los Demandantes no han establecido una violación *prima facie* del TBI;
 - e. los Demandantes no han cumplido debidamente las condiciones previas al arbitraje establecidas en el TBI.
275. Las Objeciones Preliminares están enumeradas en esa forma sólo por conveniencia. Además, no existen en compartimientos herméticos; en particular, hay una superposición entre b. y e. Sin embargo, dada la gran cantidad de objeciones que han sido planteadas por la Demandada, ayudará a su disposición racional si las objeciones se tratan en ese esquema.
- a. *Falta de autorización o consentimiento válido por parte de los Demandantes*
276. La raíz de esta objeción radica en la manera en la cual los procedimientos arbitrales fueron incoados en nombre de una multiplicidad de Demandantes que de otro modo no están relacionados. La Demandada ha montado un ataque enérgico contra lo que se conoce como el “paquete del mandato de NASAM”, sobre la base descrita en mayor detalle en los párrafos 45, 51-52 y 139-145 *supra*. La esencia del reclamo de la Demandada, según lo entiende el Tribunal, es que, aunque los procedimientos se cursan en el nombre de cada uno de los Demandantes en forma individual, esto es en realidad una cortina de humo que enturbia el hecho de que los Demandantes fueron reclutados en un procedimiento conjunto en virtud de términos en los cuales los Demandantes no sólo no tuvieron voz propia respecto de quién los representaría a ellos y a sus intereses en el arbitraje, sino que renunciaron expresamente a cualquier control sobre la presentación o manejo de su caso. La Demandada reclama asimismo, en términos más acotados y más específicos, que los Poderes mediante los cuales se dice que los Demandantes han autorizado a los abogados a representarlos en este procedimiento contienen defectos que los invalida en virtud del derecho italiano, de modo que no deberían ser aceptados por este Tribunal a los fines del procedimiento arbitral del CIADI de acuerdo a la Regla 1 de las Reglas de Iniciación; y el que no se obtuviera la firma de los Demandantes individuales en la Solicitud de Arbitraje, según lo requieren los términos del paquete del mandato de NASAM, y el hecho de que los

documentos en el paquete no prevean en forma explícita el arbitraje del CIADI, tienen como efecto combinado que los Demandantes no hayan otorgado suficiente consentimiento válido para el arbitraje de modo de cumplir con los requisitos del Artículo 36(2) del Convenio CIADI y la Regla 2 de las Reglas de Iniciación.

277. Estas no son objeciones insignificantes, pero el Tribunal no las considera suficientemente fuertes para sustentar la proposición que la Demandada pretende derivar de ellas, a saber, que las circunstancias ante sí no son suficientes para establecer que los Demandantes hayan otorgado su consentimiento formal al arbitraje. Esto es por dos razones. La primera es que el Tribunal comparte la opinión concordante de los tribunales de *Abaclat y Ambiente Ufficio* de que no existe nada en los términos del Convenio y las Reglas del CIADI, ni tampoco en la intención evidente que subyace a esos términos, que sometería al otorgamiento del consentimiento del demandante al arbitraje o a la capacidad de la representación de comparecer ante un tribunal del CIADI a las reglas técnicas de cualquier sistema de legislación nacional. Tampoco, el propio Convenio ni las Reglas de Iniciación establecen requisito técnico alguno, más allá del requisito de que el consentimiento sea por escrito, en lo que se refiere a consentimientos o a la autorización de los abogados u otros representantes de las partes de un arbitraje. La deducción debe ser que a ambos, “consentimiento” y “autorización”, según son utilizados estos conceptos en el Convenio y las Reglas de Iniciación, se les debe asignar su sentido natural y corriente – que es de todas formas lo que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados exige como una cuestión de interpretación de tratados. Tomar la única palabra “debidamente”, según aparece delante de “autorizado” en la Regla de Iniciación 1(1), y leer en ella la intención de incorporar incidentes técnicos derivados de cualquier sistema de legislación nacional dado es, en la opinión del Tribunal, poner a prueba la credibilidad. Esa es una cuestión completamente distinta a la cuestión de si los abogados calificados pueden hallarse, en virtud de sus propias normas profesionales nacionales, sujetos a requisitos que definan las circunstancias en las cuales estarían facultados para representar a clientes en procedimientos jurídicos; pero, en el supuesto de que existieran esas normas, ni su control ni la cuestión de si son aplicables a un proceso de resolución de controversias internacionales son temas que incumban a un tribunal del CIADI. Tampoco tendría sentido, por ejemplo, imaginar que un tribunal del CIADI exija que una parte del arbitraje siguiera un

conjunto de normas jurídicas, y la parte opuesta otro, a los fines de establecer de manera válida la capacidad de sus representantes de comparecer uno contra otro ante el tribunal. Todo lo que exige el Convenio es “consentimiento” y “autorización”, y no existe nada en las circunstancias fácticas, según le fueron presentadas, que lleve al presente Tribunal a la conclusión de que ambos, en realidad, no estén presentes en lo que se refiere a los Demandantes. Al suscribir el paquete del mandato de NASAM, y al aportar el pago en efectivo exigido a cada uno de ellos en virtud de sus términos, cada uno de los Demandantes debe haber esperado que seguiría alguna acción en pos de la justificación de sus derechos jurídicos, y al Tribunal no le cabe duda alguna de que el campo de acción contemplado era suficientemente amplio como para incluir la iniciación de un arbitraje del CIADI. Eso es suficiente, en la opinión considerada del Tribunal, para descartar la cuestión del consentimiento de los Demandantes al presente arbitraje.

278. Sin embargo, habiendo dicho lo que antecede, el Tribunal se siente obligado a hacer mención de algunos aspectos de los arreglos para la representación de los Demandantes en este procedimiento. El Tribunal no acepta toda la gama de críticas realizadas por la Demandada en este sentido, en tanto muchos de los aspectos criticados son meramente características de las circunstancias de la financiación de terceros en arbitrajes de inversiones internacionales. Las opiniones individuales pueden diferir en cuanto a si la financiación de terceros resulta conveniente o beneficiosa o no, ya sea a nivel nacional como internacional, pero, a esta altura, la práctica está tan bien establecida tanto dentro de muchas jurisdicciones nacionales como dentro del arbitraje de inversión internacional que no ofrece fundamento alguno en sí misma para la objeción a la admisibilidad de una solicitud de arbitraje. Sin embargo, el presente no es un ejemplo típico de participación de terceros; el tercero no ha comprado los reclamos a fin de llevarlos adelante, ni tampoco su participación ha sido en respuesta a una solicitud de financiamiento por parte de los inversores a cambio de un incentivo en caso de éxito. Ambas partes admiten que los Demandantes en este arbitraje no son inversores internacionales sofisticados; que hayan sido reclutados por NASAM es igualmente un punto de acuerdo entre ambas partes; que el Dr. Parodi tenga un interés, aparentemente de naturaleza financiera en NASAM, y a la vez aparezca como tenedor individual de bonos en la lista de Demandantes, parecería surgir de los documentos presentados en el arbitraje. Nada de eso es en sí

necesariamente un motivo de preocupación. No obstante, lo que efectivamente hace que surja algún grado de preocupación en la opinión del Tribunal es la combinación de esos rasgos con el hecho de que los demandantes individuales, al conferir su mandato a NASAM, a la vez no sólo ceden su derecho a obtener más que un porcentaje del resultado *pro rata* de un Laudo final en su favor, sino que abandonen además cualquier derecho de control sobre la conducción del arbitraje (incluido el eventual acuerdo transaccional de sus reclamos); y que otorguen su Poder para representarlos a estos fines a un particular designado que nunca ha comparecido ante el Tribunal en su nombre ni ha cumplido rol alguno en el procedimiento con posterioridad a la Solicitud de Arbitraje¹¹⁸. En cambio, su representación como Demandantes ha sido organizada para ellos a través de la designación por parte del Dr. Parodi de un abogado adjunto, y todas las presentaciones ante el Tribunal en lo sucesivo¹¹⁹ han sido suscriptas por el abogado adjunto (con frecuencia firmando también por el Dr. Parodi *per pro*); la asistencia a todas las audiencias y reuniones, desde la primera Sesión del Tribunal en adelante, ha sido de manera similar por parte del abogado adjunto, o algunas de ellas, solos. Cuando esta situación fue cuestionada por la Demandada en una etapa bastante avanzada en el procedimiento, el Dr. Parodi presentó una carta de autoridad en favor de los Profesores Radicati y Barra como archivo adjunto a un correo electrónico, pero no fue presentado en el caso como un documento numerado en el arbitraje hasta que fuera anexado al Escrito Posterior a la Audiencia de los Demandantes.

279. El Tribunal no puede abstenerse de expresar un grado de sorpresa ante lo anterior, incluido ante el hecho de que un documento fundamental que establece la autoridad de los abogados comparecientes ante sí no fue presentado como una cuestión de rutina por los representantes de los Demandantes desde el comienzo mismo. La incomodidad del Tribunal no disminuye por el hecho de que la Solicitud de Arbitraje cite, como uno de los pocos adjuntos extremadamente importantes, un “poder otorgado a los abogados mencionados en el párrafo 6 *infra*¹²⁰,” [Traducción del Tribunal], eso simplemente no es correcto, en tanto el único abogado mencionado en el Poder suscripto es el Dr. Parodi, y la autorización de los Profesores Radicati y

¹¹⁸ Con la excepción de una cantidad limitada de correspondencia fechada el 24 de junio de 2010, el 21 y 26 de julio de 2010, y una firma al pie del Escrito de los Demandantes Posterior a la Audiencia (compárese con la Decisión en *Ambiente Ufficio*, párr. 271).

¹¹⁹ A excepción de la correspondencia limitada mencionada *supra*.

¹²⁰ Solicitud, párr. 5.

Barra (según se indicara) resulta únicamente de una subdelegación por parte del Dr. Parodi en virtud de la extensa lista de facultades a él conferidas conforme al Poder. Nada en los escritos presentados ante el Tribunal muestra si los Demandantes estuvieron de algún modo involucrados en este proceso, tampoco hay mención alguna de si habían sido informados de éste; esto sin perjuicio del hecho de que la designación pretenda conferir al abogado adjunto “la totalidad de las facultades” en virtud del Poder para representar y defender a los Demandantes (por lo tanto, supuestamente incluidas, las facultades para iniciar una acción jurídica o abandonar la controversia, o librar de la obligación al deudor, y disponer del dinero recibido), y permitir que estas facultades delegadas sean ejercidas de manera conjunta o individual. Si a estos hechos se agrega que se dice que estas consecuencias de gran alcance fluyen de la suscripción de los Demandantes individuales, que son presentados en su totalidad como pequeños inversores de nacionalidad italiana, y que los poderes suscriptos están redactados en idioma inglés, no es sorprendente que la Demandada haya indagado a fondo para ver si estos acuerdos cumplen con los requisitos para el arbitraje del CIADI. De no haber sido por el hecho de que existe efectivamente entre los escritos presentados en el caso una versión del poder en idioma italiano, y el hecho de que los acontecimientos han demostrado que los Demandantes individuales efectivamente retuvieron la facultad efectiva de controlar sus intereses, al menos por terminación, de conformidad con la Regla de Arbitraje 44¹²¹, el Tribunal podría haberse hallado ante una pregunta real en lo que se refiere a la debida autorización y por lo tanto en cuanto a la solidez del consentimiento de los Demandantes a este arbitraje¹²². De por sí, el Tribunal está satisfecho de que cualquier ausencia de consentimiento real se habría manifestado de un modo u otro, y por lo tanto no encuentra motivo alguno para desviarse de su conclusión en el párrafo 271 *supra*. Pero se siente obligado a dejar constancia de su sentimiento de que en algunos aspectos ha habido una desatención displicente de las sutilezas que cae por debajo de los estándares normalmente previstos en un arbitraje del CIADI.

¹²¹ Aparentemente por revocación del poder (Escrito Posterior a la Audiencia de los Demandantes, párr. 51).

¹²² El Tribunal observa en este respecto los comentarios del tribunal de *Abaclat*, en el párr. 466 de su Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, sobre posibles factores relativos al que viciarían el consentimiento individual de los demandantes individuales en ese caso.

b. La Demandada no prestó su consentimiento al arbitraje

280. El Tribunal ya ha descartado el argumento de que es necesario algún tipo de consentimiento especial de la Demandada en razón de la naturaleza supuestamente “masiva” de las reclamaciones del presente Arbitraje. Tal como se indicara en el párrafo 270, sin embargo, esto deja intacta la cuestión del consentimiento específico de la Demandada al efecto de las presentes actuaciones, y tal como se indicara en el párrafo 273, esa pregunta está íntimamente ligada a la noción de una “controversia”. En la opinión del Tribunal, esta es una de las cuestiones esenciales en esta fase del caso.
281. El argumento de los Demandantes es simplemente que, al iniciar el Arbitraje, se remiten a la oferta permanente de la Demandada contenida el artículo 8 del TBI Argentina-Italia. La respuesta de la Demandada es que la oferta permanente no se extiende a las circunstancias de este caso. Los términos pertinentes del artículo 8, bajo el encabezamiento “**Solución de Controversias entre Inversores y Partes Contratantes**” dicen lo siguiente¹²³:

Toda controversia relativa a las inversiones que surja entre un inversor de una de las Partes Contratantes y la otra Parte, respecto a cuestiones reguladas por el presente Acuerdo será, en la medida de lo posible, solucionada por consultas amistosas entre las partes en la controversia.

Si esas consultas no aportaran una solución, la controversia podrá ser sometida a la jurisdicción administrativa o judicial competente de la Parte Contratante en cuyo territorio está situada la inversión.

Si todavía subsistiera una controversia entre inversores y una Parte Contratante, luego de transcurrido un plazo de dieciocho meses desde la notificación del comienzo del procedimiento ante las jurisdicciones nacionales citadas en el párrafo 2, la controversia podrá ser sometida a arbitraje internacional.

A ese fin, y de conformidad con los términos de este Acuerdo, cada Parte Contratante otorga por el presente su consentimiento anticipado e irrevocable para que toda controversia pueda ser sometida al arbitraje.

Los párrafos siguientes se ocupan del desistimiento de las instancias judiciales locales, la elección del marco arbitral, la relación con la indemnización en virtud de

¹²³ En la traducción conjunta presentada por las partes.

pólizas de seguro, la ley aplicable, la ejecución de laudos arbitrales y demás cuestiones similares.

282. Se verá que el quid de este artículo es el concepto de “toda controversia relativa a las inversiones que surja entre un inversor de una de las Partes Contratantes y la otra Parte, respecto a cuestiones reguladas por el presente Acuerdo”¹²⁴. La Demandada afirma que el concepto no se extiende para cubrir una demanda colectiva o de grupo; y afirma que en todos los casos en que los tribunales de inversión han estado dispuestos, en principio, a aceptar múltiples reclamaciones, ha sido sobre la base del consentimiento expreso de la Demandada in casu o al menos del consentimiento tácito por no plantear ninguna excepción expresa en ese sentido. Añade más específicamente que el litisconsorcio sólo podría entrar en consideración si las reclamaciones derivaran de una única relación jurídica que uniera a los diversos demandantes. Los Demandantes replican que es un principio generalmente reconocido que se pueden llevar diversas acciones en un único procedimiento con el mismo título y causa, y que esto es particularmente apropiado para un TBI en la que un Estado hace la oferta de arbitraje a un número indefinido de víctimas potenciales de sus acciones. Invocan el hecho de que el Artículo 8(3) del TBI abarca “toda controversia” y sostienen que lo que cuenta es que todos los Demandantes pretenden la misma reparación por la misma ilegalidad sobre la misma base de los mismos fundamentos de hecho y de derecho. Rechazan la pertinencia del argumento de la Demandada en cuanto a la presencia de consentimiento específico en arbitrajes anteriores, sobre la base de que tiene por objeto introducir un requisito jurisdiccional adicional que no se encuentra ni en el Convenio CIADI ni en la jurisprudencia.

283. Los tribunales de *Abaclat* y *Ambiente Ufficio* debieron considerar argumentos similares. En su Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, el tribunal de *Abaclat* no aborda la cuestión en forma directa, y parecería que la trató como subsumida en gran parte en la discusión sobre los “procedimientos masivos”. En la medida en que aborda la cuestión, parece haber considerado la posibilidad de múltiples demandantes como algo que surge de forma automática de los tipos de inversión incluidos en el alcance del TBI. El tribunal de *Ambiente Ufficio* se ocupa de la cuestión de una manera más directa y satisfactoria. Este tribunal señaló in limine el hecho de que la

¹²⁴ ‘controversia relativa agli investimenti insorta tra una Parte Contraente ed un investitore dell’altra, riguardo problemi regolati dal presente Accordo’ en la versión original en idioma italiano.

situación que se le planteaba (como en el presente Arbitraje) no es ni una acumulación de reclamos separados *ex post* ni una consolidación de acciones individuales, y luego se centró en la cuestión de si el procedimiento estaba o no cubierto por el consentimiento de la Demandada al arbitraje, y llegó a la conclusión de que el procedimiento efectivamente estaba dentro de los términos del Artículo 8 del TBI según una correcta interpretación de dicha disposición, tanto de conformidad con sus propios términos como con el contexto pertinente. Entre las dos decisiones, este Tribunal se inclina más al enfoque adoptado por el tribunal de *Ambiente Ufficio*, aunque considera que es necesario considerar aún más cerca el sentido y el efecto del Artículo 8, teniendo en cuenta la importancia central del Artículo 8 como la fuente del consentimiento específico de la Demandada para el arbitraje.

284. El Tribunal comienza con el punto de que no está dentro de las facultades de un demandante o una demandada en un arbitraje CIADI llevar a cabo, por su sola voluntad, una acumulación o consolidación de procedimientos arbitrales independientes. Tal como señalara el tribunal de *Ambiente Ufficio*, esto no está previsto ni en las Reglas ni en el Convenio, ni se corresponde con los principios generales del arbitraje internacional, dado que se basa en el consentimiento de las partes. Pero, en cualquier caso, esta no es la situación del presente Arbitraje, donde nunca existió una serie de procedimientos arbitrales separados y paralelos, sino sólo un único procedimiento incoado contra la misma Demandada por un grupo múltiple de Demandantes. Si, de todos modos, la acumulación, o alternativamente consolidación, no fuera admisible como medida unilateral por un grupo de demandantes en arbitrajes separados pero paralelos, surge inevitablemente la siguiente interrogante: ¿de qué manera es la posición diferente si la agrupación se lleva a cabo de antemano, es decir, en la etapa de inicio del procedimiento de arbitraje a iniciativa unilateral de un número de demandantes individuales? En opinión del Tribunal, la respuesta radica –tal como se indicara *supra*– en el principio fundamental del consentimiento que subyace a toda la institución del arbitraje. Esto no significa, sin embargo, que el consentimiento deba entenderse de una manera simplista o mecánica; el consentimiento se puede manifestar de muchas maneras, y se puede determinar por diversos medios. Es común, por ejemplo, en el derecho de los tratados –que se basa igualmente en el principio fundamental del consentimiento– que la prestación del consentimiento no se limita a algún proceso formal único al momento de la adhesión a

un tratado, sino que el mutuo acuerdo válido puede interpretarse a partir de otras fuentes, incluidos la acquiescencia y los hechos posteriores a la celebración del tratado; la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados está repleta de situaciones en las que el consentimiento necesario o el mutuo acuerdo “conste de otro modo”. Eso incluye también los casos en los que el “acuerdo” no se produce de forma simultánea, sino que se construye en forma atenuada a partir de actos separados de prestación del consentimiento de las distintas partes. Este es un proceso común que no es ajeno al arbitraje en materia de inversión. Toda la institución de resolución de controversias en virtud de tratados bilaterales y multilaterales de inversión se basa en una oferta permanente hecha en general por los Estados receptores de las inversiones que los inversores individuales aceptan después de que surja una disputa; y entonces el conjunto se entenderá como el consentimiento mutuo necesario para el arbitraje u otros procesos de resolución de controversias.

285. Estos principios básicos se aplican con la misma bondad, en opinión del Tribunal, a la situación legal que precede al inicio de los procedimientos arbitrales que a la situación que los sucede. Por ello, el Tribunal no puede aceptar las alegaciones de los Demandantes según las cuales el consentimiento de la demandada no es de relevancia fundamental en aquellos casos anteriores en los que los arbitrajes han procedido sobre la base de múltiples partes; ni tampoco considera que el tribunal de *Ambiente Ufficio* haya prestado suficiente atención al asunto. A criterio del Tribunal, hay tres series de circunstancias en las que el arbitraje es posible con múltiples partes. Una de ellas sucede (hipotéticamente) cuando se la contempla específicamente, por ejemplo, en una serie de reglas de arbitraje o en un tratado aplicable, o en otro instrumento que establezca el consentimiento de las partes al arbitraje, como por ejemplo el Capítulo XI del TLCAN y varios tratados posteriores que contienen una disposición específica según la cual un “tribunal de acumulación” podrá ordenar que las reclamaciones se consoliden con otras sobre la base de que hay cuestiones en común de hecho o de derecho. Otra de ellas sucede cuando se recibe la aprobación particular de ambas partes *ad casum*. Esta aprobación podría ser expresa, por ejemplo, en el marco de los arreglos procesales formulados por el tribunal al inicio del arbitraje, o se podría inferir, por ejemplo, a partir de la contestación de la demandada a la demanda de los demandantes y de la continuación con el arbitraje sin plantear excepciones al hecho de que existe una pluralidad de demandantes. Esta segunda posibilidad ha sido la más

común en la práctica, y es lo que el Tribunal entiende que ha sucedido en los casos *Klöckner c. Camerún*, *Goetz c. Burundi* y *Funnekotter c. Zimbabwe*, así como también en *Gemplus, S.A., SLP, S.A. y Gemplus Industrial, S.A. de C.V. c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI N.º ARB/(AF)/04/3) y *Talsud, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI N.º ARB/(AF)/04/4). Una variante de esta posibilidad es la situación en la que, frente a múltiples reclamos individuales, una demandada está de acuerdo, al menos a efectos de las excepciones preliminares, con que las reclamaciones individuales tramiten en un único procedimiento (con el razonamiento de que si su excepción se admite, se deshará de todas las reclamaciones). Esto es lo que ocurrió en el marco de los casos *Bayview c. México* y *Canadian Cattlemen c. Estados Unidos* (y parece haber ocurrido en *Anderson c. Costa Rica*, que al igual que *Bayview* y *Canadian Cattlemen*, se desestimó luego de celebrada una audiencia sobre jurisdicción). Aunque no consta en el Laudo, en *Bayview* los escritos de México (disponibles en Internet¹²⁵) muestran que a pesar de la excepción planteada por México al hecho de que los demandantes acumularon sus reclamos en un único procedimiento en forma unilateral, prestó su consentimiento para que la jurisdicción del tribunal se determinara para todos los reclamos en un único procedimiento. En *Canadian Cattlemen*, la Resolución Procesal N.º 1 del tribunal registró el hecho de que la fase jurisdiccional se estaba llevando a cabo en un único procedimiento con el consentimiento de todas las partes.

286. No obstante, entre esas dos clases de casos radica una tercera clase. Este es el caso en el que se afirma que se puede interpretar adecuadamente, sobre la base de los hechos particulares del caso, que el instrumento que establece el arbitraje o el consentimiento de la Demandada para el arbitraje abarca la pluralidad particular de los demandantes dentro de ese consentimiento. Esta es la situación que se le plantea al Tribunal en este caso, y requiere que el Tribunal analice el Artículo 8 del TBI y lo aplique a los hechos específicos del presente caso.

287. Tal como consta *supra*, el Artículo 8 gira en torno al concepto de una “controversia relativa a las inversiones”. A esto se refieren el inicio y el final del Artículo 8 (1), el Artículo 8(2), y ambos párrafos del Artículo 8(3). El Artículo 8(3) indica, mediante el

¹²⁵ El Memorial de México sobre Jurisdicción (cf. párr. 126) se encuentra disponible en el sitio Web del Secretario de Economía:
http://www.economia.gob.mx/files/comunidad_negocios/solucion_controversias/inversionista-estado/casos_concluidos/Bayview/esc_excep_mxhv_060419_ing.pdf.

uso del término “inversores” en plural tanto en las versiones originales en español e italiano, que las Partes Contratantes contemplaron en ese momento que en circunstancias oportunas podría haber más de un inversor involucrado en una “controversia”. El Tribunal se basa en este uso para llegar a la inferencia opuesta a la propuesta por el árbitro disidente en *Ambiente Ufficio*¹²⁶. El hecho de que pueda haber más de un inversor, sin embargo, no determina en sí misma si esto es así en un caso en particular. Sin embargo, sea que haya sólo un inversor o más de uno, debe haber “una controversia”. En este respecto, la terminología del Artículo 8 es uniforme: El término “controversia” aparece en singular, y su connotación en singular no se ve alterada por el hecho de que la palabra que la precede a veces es “una”, a veces “la” y a veces “toda”. Dado el contexto, queda claro que –al igual que la situación en virtud del Artículo 25 del Convenio CIADI (párrafos 266 *supra* y 288 *infra*) – se debe entender que el uso del singular presupone una unidad sustantiva en la “controversia” sometida a arbitraje.

288. En consecuencia, el Tribunal debe proceder a determinar si lo que los múltiples Demandantes han interpuesto ante él en este caso es “una controversia”. En muchos casos esa interrogante (o su equivalente según el instrumento jurídico rector) se responde a sí mismo. Los casos son aquellos que el Comentario del Profesor Schreuer¹²⁷ describe como “normalmente la consecuencia de que las empresas presenten reclamos conjuntos con sus controlantes o sus filiales y la cesión, en parte, de los derechos del inversor a un inversor adicional” [Traducción del Tribunal]. Otros casos, de los que el presente es un ejemplo al igual que los arbitrajes de *Abaclat* y *Ambiente Ufficio*, implican a una serie de demandantes que reclaman en paralelo en virtud de la afirmación de que sus reclamaciones individuales son idénticas o se asemejen tanto en esencia como para que sea adecuado tratarlas como una única controversia. Los ejemplos más notables son los arbitrajes de *Bayview*, *Canadian Cattlemen* y *Funnekotter*. Ninguno de ellos sirve, sin embargo, al efecto del caso que nos ocupa: *Bayview* y *Canadian Cattlemen* porque había acuerdo entre las partes desde el primer momento para la consolidación de las reclamaciones, al menos para los fines de la etapa jurisdiccional, y *Funnekotter* dado que tal como el tribunal lo explica en su Laudo, la demandada declaró en sus escritos que no tenía excepciones a

¹²⁶ Véase los párrs. 267-268 *supra*.

¹²⁷ Segunda edición (2001), §§25.277-280.

la jurisdicción, por lo que el caso, de hecho, cayó dentro de la segunda categoría descrita en el párrafo 281 *supra*.

289. El tribunal que entendió en *Abaclat* no consideró la cuestión. Se planteó el interrogante: “[s]uponiendo que el Tribunal tiene jurisdicción sobre las reclamaciones de varias Demandantes individuales, es difícil establecer por qué y cómo perdería esa jurisdicción cuando el número de Demandantes supera cierto umbral. En primer lugar, ¿cuál es el umbral pertinente? Y en segundo lugar, ¿puede el Tribunal realmente ‘perder’ una jurisdicción que ya tiene en el caso de las Demandantes en forma individual?”¹²⁸. En opinión de este Tribunal, era la pregunta incorrecta, ya que la forma de abordar la cuestión presupuso que la existencia de la jurisdicción (= consentimiento) con respecto a cada individuo implicaba automáticamente la existencia de jurisdicción (= consentimiento) con respecto a un procedimiento con múltiples demandantes. Al abordar la cuestión de esta manera, el tribunal de *Abaclat* planteó la interrogante de la jurisdicción que requería una respuesta, y lo sublimó en un asunto de mera “admisibilidad”¹²⁹. Del mismo modo, aunque su tratamiento de las cuestiones planteadas por las múltiples reclamaciones es más persuasivo que el del tribunal de *Abaclat*, el tribunal de *Ambiente Ufficio* tampoco se refirió directamente a este punto. Después de haber descartado los argumentos generales en contra de la admisibilidad de los procedimientos de múltiples partes en virtud del Convenio CIADI y el TBI, el tribunal de *Ambiente Ufficio* pasó al encabezado *La cuestión de la necesidad de un vínculo entre los reclamos en disputa*, con el fin de responder a lo que describió como un nuevo argumento de la Demandada. Al Tribunal se le ha planteado un argumento similar del Estado Demandado en el presente caso¹³⁰, y las Partes han llegado a un acuerdo en su posterior argumento escrito de que debe haber un “vínculo razonable y significativo” entre las reclamaciones de los demandantes individuales, a la vez que los Demandantes admiten que no sería posible dirimir las reclamaciones no relacionadas en un único arbitraje. Sin embargo, las Partes disienten respecto del siguiente punto: para los Demandantes, el criterio aplicable está

¹²⁸ Decisión de *Abaclat*, párr. 490, primer tiret.

¹²⁹ *Ibid*, párrs. 515 y ss.; véanse también los párrs. 256-260 *supra*.

¹³⁰ “... no existe ninguna relación entre los Demandantes. Los propietarios de derechos a títulos valores son personas (físicas o jurídicas) que han asumido sus transacciones de manera unilateral. Ni los reclamos ni los Demandantes en este caso comparten las características que comúnmente se requieren para permitir el tratamiento conjunto conforme a los regímenes de acciones colectivas. Los Demandantes están iniciando acciones sobre 50 clases distintas de bonos, que están regidos por normas, fechas de emisión, tipo de moneda, y montos distintos”, Memorial de Excepciones a la Jurisdicción y Admisibilidad, párr.111.

ampliamente satisfecho, porque todos los reclamos surgen de lo que en su opinión es una situación fáctica y jurídica sustancialmente idéntica¹³¹; mientras que para la Demandada sería un quebrantamiento grave de las prácticas actualmente aceptadas extender la consolidación del caso de una única operación de inversión con partes estrechamente relacionadas a un caso en el que operaciones no relacionadas y demandantes que adquirieron sus inversiones en diferentes momentos y en diferentes condiciones sólo están vinculados por las medidas del Estado contra las que se quejan¹³².

290. El tribunal de *Ambiente Ufficio* se ocupa de la cuestión de una manera tentativa en los párrafos 152-163 de su Decisión. En el párrafo 153 manifiesta que “tendría sus dudas” acerca de si una pluralidad de personas podían entablar reclamos totalmente desvinculados en el marco de un único e idéntico procedimiento arbitral, en referencia en este contexto a los requisitos previos que se suelen encontrar en los sistemas jurídicos nacionales, pero luego parece de inmediato establecerlo como irrelevante para un proceso internacional en el marco del Convenio CIADI. Deja asentada su conclusión en los siguientes términos:

Cualquiera que sea el estándar mínimo que podría ser aplicable en virtud del art. 25 del Convenio CIADI respecto del vínculo necesario entre los reclamos en el marco de un procedimiento de múltiples partes, y a la cuestión que consiste en determinar si tal requisito existe efectivamente, puede dejarse abierto por el presente Tribunal. En particular, no considera necesario ni útil desarrollar la cuestión en abstracto, ya sea que se requiera que los reclamos sean ‘homogéneos’ o ya sea que sea suficiente que sean ‘suficientemente similares’, etc., ni intentar diseñar un umbral o estándar general en ese aspecto.

Una vez dicho esto, el tribunal procede a una discusión sobre si un vínculo contractual entre varios demandantes es un requisito necesario, y determina que no es el caso, citando en este respecto los casos de *Bayview c. México* y *Goetz c. Burundi*, con la confirmación final en el Laudo de *Funnekotter c. Zimbabwe*. Su conclusión final tiene dos partes: que el vínculo necesario entre las partes se encuentra en su reclamación en virtud del tratado, sobre la base de la misma alegación de ilegalidad, el mismo petitorio, y los mismos antecedentes de hecho; y que las diferencias entre la situación de los demandantes individuales que destaca el Estado demandado se refieren todas a

¹³¹ Véase el párr. 92 *supra*.

¹³² Véase los párr. 132-133 *supra*.

los potenciales reclamos contractuales de los demandantes, que no son relevantes para el procedimiento arbitral.

291. No obstante, la mayoría de este Tribunal no considera, con todo el debido respeto al tribunal de caso *Ambiente Ufficio*¹³³, que esa sea una forma adecuada de disponer de una interrogante que estima fundamental para la actual fase de este caso. En primer lugar, se trata de una interrogante que requiere una respuesta; no es, en la opinión de este Tribunal, una interrogante que pueda dejarse de lado sobre la base de “dudas” ni una que pueda dejarse abierta en el contexto de una decisión vinculante en favor de la jurisdicción. Tampoco entiende que la distinción entre reclamaciones en virtud de tratados y en virtud de contratos, junto con la identidad de la presunta ilegalidad, la reparación solicitada y los antecedentes de hecho, ofrezca una solución totalmente adecuada. De hecho, el mismo acuerdo de las Partes para restringir el alcance de esta fase del procedimiento¹³⁴ reconoce que las circunstancias de los demandantes individuales pueden diferir, y que tales diferencias podrían tener consecuencias jurisdiccionales. En esta etapa del proceso no se puede descartar, por ejemplo, que el momento y las circunstancias de la adquisición de la inversión de un demandante pueda plantear cuestiones relativas a la naturaleza de las expectativas del demandante, que a su vez podrían influir en una reclamación sobre la base del tratado. Pero dejando los hechos del presente caso a un lado, si el criterio del tribunal de *Ambiente Ufficio* se aplicara a una situación hipotética en la que un Estado receptor, en un acto de discriminación consciente, decidiera imponer un impuesto penal a todas las inversiones de los ciudadanos de un país extranjero en particular en represalia por un desacuerdo político entre los dos Estados en un área no relacionada, se permitiría a todos los inversores afectados pero por lo demás situados de manera diferente unirse en un procedimiento arbitral común mediante la invocación de las cláusulas contra la discriminación y de trato justo y equitativo del tratado bilateral de inversión entre ambos Estados. Del mismo modo, en un escenario alternativo hipotético en el que el Estado receptor simplemente expropiara toda la propiedad extranjera, como respuesta todos los nacionales de un determinado Estado extranjero que posea propiedades en el primer Estado podrían iniciar un procedimiento de arbitraje conjunto en su contra. Sin embargo, las Partes presentes han acordado que estas situaciones no serían

¹³³ Tal como se indicara *supra*, el Tribunal considera que el tribunal del caso *Ambiente Ufficio* estuvo errado al considerar que la decisión pronunciada en *Bayview* respaldaba su conclusión.

¹³⁴ Véase párr. 252 *supra*.

admisibles, y obviamente, esta tampoco fue la intención del tribunal en el marco del caso *Ambiente Ufficio*. De ello se desprende, a juicio de este Tribunal, que el criterio no está totalmente a la altura del rol que debe cumplir, y por lo tanto necesita fortalecerse. El Tribunal entiende que esta conclusión se ve avalada por la consideración de que las tres decisiones arbitrales invocadas por el tribunal de *Ambiente Ufficio* no respaldan en realidad la tesis que extrae de ellas. Tal como se indicara en el párrafo 288 *supra*, en estos tres casos el tribunal estaba en presencia del consentimiento, expreso o implícito, para entender de los reclamos en conjunto por parte del Estado demandado. Además, en la medida en que el tribunal de *Funnekotter* fue más allá de ello en la investigación de su propia jurisdicción *propriu motu*¹³⁵, su decisión sobre la cuestión de la jurisdicción es parte integral de su Laudo sobre el fondo; un punto que el presente Tribunal considera de cierta importancia, tal como se verá *infra*. El coárbitro Böckstiegel, quien también es miembro del tribunal del caso *Ambiente Ufficio*, no comparte las críticas anteriores y entiende que las consideraciones del tribunal de *Ambiente Ufficio* son correctas y suficientes.

292. En la búsqueda, por lo tanto, de un elemento que defina de manera más satisfactoria el vínculo que debe existir entre un grupo de demandantes y sus reclamos, en ausencia de consentimiento por parte de la demandada para la tramitación de los reclamos en conjunto, el Tribunal ha llegado a la conclusión que la respuesta radica en el concepto de “controversia”. Para volver a lo básico, la jurisdicción creada por el Artículo 25(1) del Convenio CIADI “se extenderá” (que en el contexto significa que se limitará) “a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión”. Los tribunales del CIADI siempre han tratado a este requisito con importancia deliberada. Han examinado si las partes están de hecho en controversia; si se trata de una controversia de naturaleza jurídica; si la controversia surge de una inversión; y si surge “directamente” de una inversión. Los casos se enumeran en el Comentario del Profesor Schreuer en las págs. 93 y ss. El texto del Artículo 25(1), sin embargo, contiene una condición adicional que puede no ser tan obvia, a saber, que debe ser “la” diferencia. El enfoque en “la” diferencia continúa tanto en las Reglas de Iniciación del CIADI (Artículo 2), como en las Reglas de Arbitraje del CIADI (Regla 1). Existe una coincidencia total con los términos de la cláusula de resolución de

¹³⁵ Un punto que sigue siendo poco claro, dado que el tribunal no lo analizó en los párrs. 91 a 95 de su Laudo, limitándose a las cuestiones de nacionalidad, la naturaleza de la inversión, y la oportunidad.

controversias en el artículo 8 del TBI, en virtud del cual la Demandada hizo su oferta permanente de arbitraje, que se refiere de forma secuencial a “toda controversia”, “la controversia” y “una controversia”¹³⁶. La intención y el efecto son evidentes. Estas cláusulas de tratados proporcionan un mecanismo para la solución de conflictos individuales; no (en ausencia de un acuerdo especial a tal efecto o para la acumulación) proporcionan un mecanismo para la solución conjunta de una colección de disputas distintas. Esto sin embargo no significa que se deba dar un sentido acotado o demasiado técnico al concepto de “controversia”. El Tribunal ya ha indicado que es perfectamente posible, en su opinión, que “una controversia” tenga más de una parte del lado demandante. Sin embargo, el interés representado en cada lado de la controversia debe ser idéntico en todos los aspectos esenciales para todos los involucrados en ese lado de la controversia. Hasta el presente, en la mayoría de los casos esa cuestión se ha resuelto prácticamente sola. Una de las razones es que se ha producido normalmente una sola inversión, a pesar de que más de una persona o entidad pueden haber participado en la toma de esa inversión o en su gestión. Otra razón es que en la mayoría de los casos se ha realizado algún tipo de discusión previa al arbitraje o negociación con la parte demandada, que ha servido para el propósito de establecer con mayor o menor precisión cuál es la “controversia”, y por lo tanto, quienes son parte de ella. El problema en este caso es que ninguno de esos factores está presente: por un lado, está en disputa entre las Partes tanto si los Demandantes individuales deben considerarse como inversores por derecho propio o como participantes en una inversión o inversiones originales en Argentina, y también si los derechos de los Demandantes individuales que son relevantes para este Arbitraje son efectivamente los mismos con independencia de la inversión en particular que hayan adquirido y de los términos de su adquisición individual; y por otro lado las Partes están de acuerdo en que no se siguieron los pasos previos al arbitraje según lo previsto en los términos literales del Artículo 8 del TBI.

293. Cuando y si el Tribunal llegara al punto de pronunciarse sobre el fondo de la “controversia” planteada en el presente Arbitraje, tendría que tener en cuenta los derechos de los Demandantes y cómo estos derechos se vieron afectados por los actos (u omisiones) de la Demandada, a fin de decidir si ese efecto era o no contrario a los derechos de los que gozaban los Demandantes en virtud del TBI. Donde, como en este

¹³⁶ ‘qualsiasi controversia’, ‘una controversia’ y ‘la controversia’ en idioma italiano.

caso, la esencia de la reclamación de los Demandantes es una privación de derechos o el incumplimiento de las expectativas, el Tribunal tendría que determinar cuáles eran esos derechos y expectativas y si o hasta qué punto cada uno de los Demandantes fue privado de ellos. Para ello, el Tribunal debería aplicar a los hechos del caso la legislación que se especifica en el Artículo 42(1) del Convenio CIADI, es decir, (salvo acuerdo en contrario entre las Partes) “la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables”. Esta no es, a juicio de un Tribunal, una cuestión que puede prevenirse mediante la invocación de una supuesta distinción entre reclamaciones contractuales y reclamaciones en virtud de tratados¹³⁷. Tampoco se la puede simplemente subsumir al debate sobre la jurisdicción *ratione materiae* (véase *infra*) trazando una presunta inferencia de la intención de las partes respecto del alcance de la definición de “inversión”¹³⁸. Hasta que se encuentre en la posición adecuada para ello, el Tribunal no puede determinar, con la fuerza que una Decisión formal preliminar requiere, si los derechos reales de todos los Demandantes (conforme la ley argentina y las normas de derecho internacional que sean aplicables) y si el efecto real (conforme la ley argentina y las normas de derecho internacional que sean aplicables) sobre aquellos derechos (o las expectativas asociadas) de la conducta de Argentina fueron suficientemente similares como para constituir una sola “controversia” sobre las obligaciones de Argentina en virtud del TBI, incluso dentro del sentido amplio y laico de una “controversia” que corresponde conforme al Artículo 8 del TBI leído en conjunto con el Artículo 25 del Convenio CIADI. Esta es, sin embargo, sólo una manera complicada de decir que la sustancia de esta cuestión jurisdiccional está tan íntimamente relacionada con el desacuerdo sustancial entre las Partes, tanto de hecho como de derecho, que se la debe unir al fondo de la controversia. El Tribunal así lo decide, de conformidad con el Artículo 41(2) del Convenio y el Artículo 41(4) de las Reglas de Arbitraje.

294. Dado el impacto de esta conclusión, el Tribunal ha por supuesto examinado en detalle cómo se compara con los casos anteriores –anteriores, es decir, a los relacionados con los bonos argentinos en el presente– en los que los tribunales en materia de inversión se habían enfrentado, no a un único nexo de inversión, sino a conjuntos de reclamos

¹³⁷ Cf. *Ambiente Ufficio*, párr. 162.

¹³⁸ Cf. *Abaclat*, párrs. 331-332.

paralelos. Habiendo realizado este análisis, no encuentra contradicción alguna. El caso *Bayview*, tramitado de conformidad con el Mecanismo Complementario del CIADI y el TLCAN, involucró 46 demandantes, algunos eran personas físicas y otras instituciones públicas, que alegaban la interferencia de México en sus derechos al agua mediante el desvío de las aguas del Río Grande. Tal como se señalara *supra*¹³⁹, la fase jurisdiccional del caso *Bayview* procedido con el consentimiento de todas las partes (la demandada se reservó la excepción a la autoconsolidación de los reclamos de los demandantes de otro modo) y en todo caso la demandada tuvo éxito con su excepción a la jurisdicción. En el caso *Canadian Cattlemen*, un caso del TLCAN tramitado de conformidad con el Reglamento CNUDMI, había 109 productores ganaderos demandantes que se quejaban contra una medida de sanidad animal de Estados Unidos, pero cada demandante envió una notificación separada del arbitraje, y estas luego se consolidaron en un único procedimiento por acuerdo, según consta en el Punto 4 de la Resolución Procesal N.º 1 del tribunal¹⁴⁰; y en cualquier caso, una vez más el tribunal se negó a confirmar su jurisdicción sobre otra base. Quizás pueda encontrarse un paralelo más cercano en el caso *Funnekotter*, un caso tramitado ante el CIADI, que involucró a 14 demandantes que se quejaban de actos separados de desposesión de sus campos en Zimbabwe, ya que en este caso el tribunal confirmó su jurisdicción y pronunció un laudo sobre el fondo de la controversia. Sin embargo, tal como se señalara *supra*¹⁴¹, el tribunal de *Funnekotter* señaló en forma expresa la aceptación del Estado demandado respecto de su jurisdicción. Lo que reviste mayor importancia, sin embargo, es que el tribunal de *Funnekotter* confirmó *ex officio* su propia jurisdicción como parte del Laudo sobre el fondo de la controversia¹⁴². En otras palabras, en la medida en que se puede afirmar que el tribunal de *Funnekotter* decidió tratar una reclamación conjunta de múltiples demandantes no relacionados en contra de la misma política del gobierno de la demandada como algo que no planteaba un problema, sólo lo hizo después de haberse puesto en la posición, a la luz de la totalidad de las pruebas y los argumentos de hecho y de derecho, de asegurarse que las diversas reclamaciones ante sí constituían realmente “una controversia”. Este es exactamente el enfoque que el Tribunal tiene la intención de aplicar a este caso. Al abordar el caso de esta forma, el Tribunal debe hacer constar su opinión de que para

¹³⁹ Párr. 286.

¹⁴⁰ Véase el Laudo de *Canadian Cattlemen*, párr. 14.

¹⁴¹ Véase párr. 288 *supra*.

¹⁴² Véase párr. 291 *supra*.

estar en condiciones de hacer la determinación descrita debe tener una apreciación suficiente de las circunstancias individuales de cada Demandante y cualquier otra prueba específica de los demandantes de potencial relevancia. Este será el objeto de una resolución procesal que se publicará después de que el Tribunal reciba los comentarios de las Partes sobre la logística de la fase combinada de jurisdicción y del fondo de la controversia.

295. El hecho de que el Tribunal ha unido esta excepción preliminar específica al fondo de la controversia es sin perjuicio de las consecuencias que pudieran seguir si en su momento encontrara mérito sustancial en la excepción. Tampoco, por otra parte, elimina la necesidad de investigar las restantes excepciones preliminares planteadas por la Demandada, cada una de las cuales es teóricamente capaz, si se confirma, de llevar el arbitraje a su fin.

c. Falta de jurisdicción ratione materiae

296. En este respecto, la cuestión central es determinar si los activos de los Demandantes constituyen "inversiones" en el sentido del TBI. No obstante, no es un asunto que requiera una dedicación exhaustiva del Tribunal, ya que el Tribunal se encuentra en este respecto de acuerdo con el tratamiento integral que le han dado los tribunales que entendieron en *Abaclat y Ambiente Ufficio*. No hay nada en el propio Convenio CIADI que represente un obstáculo para considerar que los bonos pueden constituir inversiones. El Tribunal observa en este respecto que, durante las negociaciones relativas al Convenio, los bonos soberanos se utilizaron en efecto como un ejemplo de la amplitud potencial del alcance del Convenio en cuanto a qué tipo de controversias futuras se podrían plantear a los tribunales del CIADI¹⁴³. En lo que concierne al TBI, el argumento de la Demandada se basa fundamentalmente en su deseo de dar una importancia decisiva al hecho de que ninguna de las versiones lingüísticas originales de la cláusula de definiciones en el Artículo 1 del TBI utiliza un término que se refiera expresamente a los "bonos", incluso aunque tal término sí existe en la lengua española¹⁴⁴. Los Demandantes alegan, por el contrario, que la redacción más general

¹⁴³ Durante las consultas con expertos jurídicos en Bangkok, Tailandia, en el contexto de una discusión sobre la ley aplicable, el Asesor General del Banco, Aron Broches, observó: "No había ninguna duda de que una emisión de bonos extranjeros de un país constituía una inversión por parte de los inversores extranjeros en ese país, pero no necesariamente se registraría por la legislación local." Documentos relativos al origen y a la formulación del Convenio, Volumen II, Parte 1, pág. 514.

¹⁴⁴ Aunque no, al parecer, en idioma italiano.

que se utiliza en el Artículo 1(1)(c) es completamente adecuada para abarcar los bonos junto con otras formas similares de inversión. El desacuerdo entre las Partes acerca del punto se encapsula en las variantes de las traducciones al inglés ofrecidas por ellos: para los Demandantes, “*bonds, public or private securities or any other right to performance or services having an economic value, as well as capitalized income*”, y para la Demandada, “*obligations, public or private securities or any other right to benefits or services with an economic value, as well as capitalized income*”. El Tribunal, por su parte, no puede interpretar que ninguna de las versiones de la frase, tomada por sí misma (es decir, incluida la versión propuesta por la Demandada) contenga una restricción implícita que descarte que las inversiones puedan tomar la forma de bonos¹⁴⁵, suponiendo, naturalmente, que se cumplan los demás criterios establecidos en el TBI. Esta conclusión, que es la misma a la que arribaron los tribunales que entendieron en *Abaclat y Ambiente Ufficio*, se ve bien reforzada por el hecho de que toda la interpretación del Artículo 1(1) trata expresamente los casos descritos en sus incisos (a) - (f) sólo como ejemplos ilustrativos y se aclara que no son exclusivos, y de que están expresamente colocados bajo la amplia redacción que encabeza el párrafo: “independientemente de la forma jurídica elegida o de cualquier otro ordenamiento jurídico de conexión, todo aporte o bien invertido o reinvertido por personas físicas o jurídicas de una Parte Contratante en el territorio de la otra, de acuerdo a las leyes y reglamentos de esta última”¹⁴⁶. En cualquier caso, el Tribunal entiende que dado que la cuestión controvertida entre las Partes es si lo que los Demandantes tienen son “bonos” o algún otro activo derivado de otro tipo, no habría ninguna base para que fundamente su decisión sobre la cuestión jurisdiccional en la determinación de si la definición contenida en el TBI se refirió o no en forma expresa a los “bonos” como tales. Basta con que el Tribunal considere que el activo original en tenencia de los bancos colocadores era, sin dudas, *ratione materiae* capaz de recaer dentro de las definiciones del Artículo 1¹⁴⁷; todas las demás cuestiones en cuanto a la naturaleza precisa de los activos individuales de los Demandantes individuales entran en el mismo análisis del párrafo 293 *supra*, y sólo podrían ser evaluados por el Tribunal sobre la base de los argumentos completos en la etapa del fondo de la controversia.

¹⁴⁵ Sean emitidos por el propio Estado o por otras instituciones públicas o privadas.

¹⁴⁶ Traducción de la Demandada; la traducción de los Demandantes es substancialmente similar.

¹⁴⁷ A pesar de que la mayoría si no todos los bancos colocadores no habrían tenido derecho *ratione personae* a la protección en virtud del TBI Argentina-Italia, por no tener la nacionalidad italiana.

297. Hay una cuestión controvertida más entre las Partes en cuanto a si los activos de los Demandantes (aun suponiendo que fueran “inversiones” en el sentido tanto del Convenio CIADI como del TBI) fueron inversiones realizadas “en el territorio” de Argentina, como lo exige el Artículo 1(1). La Demandada ha hecho una serie de argumentos sustanciales a este respecto (véase el párrafo 60, *supra*). Sin embargo, estos son asuntos que requerirían una evaluación detallada sobre la base de la argumentación completa. Están, además, tan íntimamente vinculados con la cuestión de la naturaleza exacta y la clasificación de los derechos de propiedad de los Demandantes individuales que, por las razones ya expuestas en el párrafo 293 *supra*, este análisis se debe aplazar hasta la etapa del fondo de la controversia.

d. Ausencia de violación prima facie del TBI

298. Invocando jurisprudencia arbitral establecida, la Demandada argumenta que toda parte demandante en el marco de un arbitraje CIADI debe demostrar *prima facie* que, si se establecen debidamente, las cuestiones de que se queja pueden constituir una violación del TBI; a tal efecto, el tribunal asumirá *pro tempore* la corrección de las alegaciones de hecho de la parte demandante, pero sin perjuicio de la carga que pesa sobre la parte demandante de probar los hechos que invoca, conforme al estándar de prueba adecuado, si el procedimiento llega a la fase de fondo y en ese momento. De la misma manera, la demostración de que los hechos debidamente establecidos, de hecho, constituyen una violación del TBI también es una cuestión que pertenece a la fase de fondo. Los Demandantes no se oponen a esto, sino que afirman que, en los argumentos y pruebas que presentaron ante el Tribunal, han efectuado la demostración *prima facie* requerida.

299. El argumento principal de los Demandantes en este aspecto (que el Tribunal acepta) consiste en que los hechos relativos al incumplimiento formal por parte de la República Argentina respecto de su deuda externa representada en bonos y las Ofertas de Canje posteriores han cobrado mucha notoriedad y no son objeto de debate. En función de ello, invocan incumplimientos de las garantías en virtud del TBI de trato

justo y equitativo y de prohibición de la expropiación excepto contra el pago de una indemnización adecuada, efectiva y sin demora¹⁴⁸.

300. El Tribunal no tiene duda alguna de que, sobre la mera base de los hechos admitidos y en función del supuesto adicional de que los Demandantes efectivamente son inversores en los términos del TBI, las quejas planteadas por ellos en el contexto del presente arbitraje pueden constituir una violación de una o más disposiciones del TBI mencionado en el párrafo anterior. El hecho de que, en las circunstancias específicas, constituyeran una violación es una cuestión eminentemente de fondo y no tiene efecto alguno como cuestión de jurisdicción. La respuesta de la Demandada, resumida en su Escrito Posterior a la Audiencia¹⁴⁹, yace en la distinción que realiza entre reclamos en virtud de un contrato y reclamos en virtud de un tratado; afirma que los reclamos que nos ocupan son reclamos de incumplimiento contractual, como lo demuestra el hecho de que los bonos subyacentes fueran colocados en forma consciente y deliberada fuera de la jurisdicción argentina; la Demandada agrega que el Estado argentino no hizo más que comportarse exactamente del mismo modo que cualquier deudor privado que no pudiera satisfacer sus deudas. Al Tribunal no le convencen las conclusiones a las que la Demandada intenta llegar. Si bien la distinción entre reclamos en virtud de un contrato y reclamos en virtud de un tratado es innegable y se encuentra bien establecida, el mero hecho de que exista un recurso contractual a disposición de la parte demandante no descarta en sí mismo la existencia de un reclamo en virtud de un tratado por actos realizados por el Estado, en tal calidad, que afecten derechos privados de manera de afectar una garantía en virtud de un tratado. Según la naturaleza exacta de sus derechos de propiedad respecto de los bonos subyacentes, bien puede ocurrir que algunos de los Demandantes o todos ellos efectivamente tengan un recurso contractual en una jurisdicción ajena a Argentina en particular con arreglo a una cláusula de jurisdicción exclusiva contenida en los títulos representativos de bonos, como en efecto lo sugieren las referencias incluidas en los escritos a demandas entabladas en Italia por determinados tenedores de bonos¹⁵⁰. Pero no puede negarse que, a través de una combinación de política gubernamental y

¹⁴⁸ Los Demandantes también invocan (mediante la cláusula de nación más favorecida contenida en el Artículo 3 del TBI) un incumplimiento de la obligación de mantener la protección y seguridad plenas previstas en el tratado bilateral de inversión entre Argentina y los EE. UU, Memorial de Contestación, párr. 403.

¹⁴⁹ Párrs. 115-126.

¹⁵⁰ Aunque el Tribunal no ha sido informado acerca de la naturaleza exacta de la causa de acción ni de la reparación pretendida.

acción legislativa – a saber, actos soberanos propiamente dichos – la República Argentina fue más allá de una simple mora en el pago de las sumas que les debía a sus acreedores en virtud de un contrato, y que esto sucedió en circunstancias que no se encuentran entre los controles y recursos legales habituales que existen en favor de los acreedores en el caso de concurso o quiebra privada. El Tribunal no considera que pueda argumentarse seriamente que esta combinación de circunstancias no pueda constituir un incumplimiento de las garantías contenidas en el tratado (cualesquiera que sean las defensas que puedan oponerse oportunamente como causal de justificación) y esto es todo lo que se necesita en la fase jurisdiccional. Huelga decir que, en el supuesto de que un reclamo en virtud de un tratado prosperara, la parte demandante sólo tendría derecho a los recursos correspondientes a una violación del tratado; el hecho de que, a los ojos de la Demandada, el recurso que los Demandantes invocan en el presente caso sea un recurso de la misma clase que el que podrían invocar ante un tribunal local en virtud de un reclamo contractual carece de relevancia.

e. Las condiciones previas al arbitraje establecidas en el TBI no se han cumplido debidamente

301. La oferta de arbitraje permanente de Argentina se encuentra contenida en el Artículo 8(3) del TBI, pero es precedida por dos párrafos relativos a la resolución de controversias entre un inversor y el Estado receptor de la inversión: conforme al párrafo (1) cualquier controversia se resolverá mediante consultas amigables “en la medida de lo posible”; mientras que, conforme al párrafo (2) si estas consultas no derivan en una resolución, la controversia “podrá ser sometida” a un proceso administrativo o judicial competente del Estado receptor. Esto lleva al párrafo (3) que, de acuerdo con su primera parte, “[s]i todavía subsistiera una controversia entre inversores y una Parte Contratante, luego de transcurrido un plazo de dieciocho meses desde la notificación del comienzo del procedimiento ante las jurisdicciones nacionales citadas en el párrafo 2, la controversia podrá ser sometida a arbitraje internacional”, luego de lo cual la segunda parte del párrafo la completa diciendo que cada Parte Contratante presta “su consentimiento anticipado e irrevocable” al arbitraje. Por lo tanto, a primera vista, el Artículo 8 establece tres pasos previos antes de abrir la vía del arbitraje: consultas amistosas – seguidas de procedimiento local – seguido de 18 meses.

302. Los Demandantes admiten que no han intentado atravesar estas etapas previas. Justifican este hecho argumentando lo siguiente: en relación con las consultas amistosas, que, en función de las pruebas disponibles, estas habrían resultado inútiles y, después de la sanción de la Ley Cerrojo, efectivamente fueron excluidas por los actos de la Demandada; en relación con el procedimiento local, que (una vez más, en función de las pruebas disponibles, citando, en particular, el caso *Galli* ante la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina) no había ninguna perspectiva realista de resarcimiento a partir de un procedimiento administrativo o judicial en Argentina y, en cualquier caso, no dentro del plazo de 18 meses. Mediante la cláusula de nación más favorecida contenida en el Artículo 3 del TBI, también pretenden invocar el beneficio de la cláusula de resolución de controversias incluida en el TBI Argentina-EE. UU., que no prevé requisito alguno para recurrir a los tribunales locales¹⁵¹. La Demandada rechaza los fundamentos tanto de hecho como de derecho de estas explicaciones al señalar que, además, los Demandantes “no hicieron el más mínimo intento” de cumplir con los requisitos del Artículo. También rechaza la invocación de la cláusula de nación más favorecida tanto en sí misma como por extemporánea.
303. Los requisitos anteriores descriptos *supra* – sean los establecidos en este tratado en particular o en otros tratados bilaterales de inversión de redacción equivalente – han sido objeto de consideración y decisión en una extensa serie de decisiones arbitrales en los últimos años. Los tribunales han adoptado opiniones divididas respecto de la cuestión. Algunos tribunales han adoptado la opinión según la cual los requisitos anteriores son orientativos y no obligatorios, y, en consecuencia, pueden dejarse sin efecto en las circunstancias pertinentes; otros han resuelto que los requisitos son aplicables en todos los casos, pero se encuentran sujetos a una excepción general de conformidad con el derecho internacional en virtud de la cual el recurso a los recursos locales no es obligatorio cuando sería inútil. El tribunal del caso *Abaclat* concluye que existe una diferencia entre condicionar el consentimiento a la jurisdicción del CIADI al cumplimiento de una condición previa y condicionar la implementación efectiva de dicho consentimiento al cumplimiento de una condición previa semejante. Puesto que considera que no hay dudas en cuanto a la aceptación del arbitraje CIADI por parte de Argentina, el tribunal de *Abaclat* concluye que las condiciones previas se

¹⁵¹ Escrito Posterior a la Audiencia de los Demandantes, párrs. 165-185.

relacionan simplemente con la implementación efectiva del consentimiento de Argentina y, por consiguiente, se encuentran bajo el encabezamiento de admisibilidad y no de jurisdicción. Luego de hacer eso, concluye que el incumplimiento de las condiciones previas no constituye una barrera a la admisibilidad de los reclamos, sobre la base de una mezcla de conclusiones de hecho e inutilidad, invocando, en este contexto, consideraciones más amplias acerca de “la idea de justicia y eficiencia” como guía para la interpretación del Artículo 8 del TBI. Reformula la cuestión sometida a decisión en el sentido de “si se privó a la Argentina de una oportunidad justa de tratar la controversia en el marco de su propio sistema jurídico nacional debido a que las Demandantes no respetaron el requisito de los 18 meses de litigio”, y procede a responder a la pregunta estableciendo un equilibrio entre lo que considera los intereses de las partes de cada lado de la controversia. Este aspecto de la Decisión del tribunal se encuentra con una crítica muy sólida de parte del árbitro disidente.

304. Por otro lado, el tribunal del caso *Ambiente Ufficio* adopta un enfoque completamente más sesgado respecto de la cuestión, al que el presente Tribunal adhiere casi en su totalidad. El tribunal de *Ambiente Ufficio* comienza por destacar los enfoques diferentes, y, en algunos aspectos, incoherentes, adoptados por los tribunales arbitrales, y, más en general, en la resolución de controversias internacionales, hacia las condiciones previas del tipo contenido en los párrafos (1) y (2) del Artículo 8 del TBI, antes de recordar que la tarea de cada tribunal u órgano judicial consiste en aplicar las disposiciones legales particulares que rigen el caso ante él y en hacerlo en el contexto de tales disposiciones, incluido el marco institucional y procesal específico en el que se encuentran incorporadas. El presente Tribunal coincide. Su tarea no consiste en determinar el régimen legal general aplicable a las disposiciones de este tipo, sino en decidir la cuestión muy específica destinada a establecer si Argentina ha prestado o no su consentimiento irrevocable al arbitraje en las circunstancias en que los Demandantes han iniciado el arbitraje que nos ocupa. La cuestión se rige en su totalidad por el Artículo 8 del TBI, que contiene la oferta de arbitraje de ambos Estados parte en el tratado y que (como el tribunal de *Ambiente Ufficio* observa de manera pertinente¹⁵²) “no marca una diferencia entre los requisitos ‘obligatorios’ y ‘no obligatorios’ así como entre requisitos previos ‘jurisdiccionales’,

¹⁵² Decisión de *Ambiente Ufficio*, párr. 572.

‘de admisibilidad’ o ‘procesales’”. El Tribunal también tiene bien en claro que la cuestión objeto de decisión aquí no se ve afectada de ninguna u otra manera (como el tribunal de *Abaclat* parecía creer) por el hecho de que ambas Partes en el TBI sean Partes en el Convenio CIADI. Como el árbitro disidente en dicho caso señaló, el Convenio CIADI no puede interpretarse correctamente en el sentido de conceder alguna forma de consentimiento previo a arbitraje – ni conforme a sus propios términos ni, en particular, a la luz de las declaraciones categóricas contenidas, tanto en su Preámbulo, según el cual “[l]a mera ratificación, aceptación o aprobación de este Convenio por parte del Estado Contratante, no se reputará que constituye una obligación de someter ninguna diferencia determinada a ... arbitraje”, como en el Artículo 25(4), en virtud del cual la indicación por un Estado parte de los tipos de controversias que consideraría someter a la jurisdicción del Centro “no se entenderá que constituye el consentimiento a que se refiere el apartado (1) anterior”. De ello se desprende inexorablemente que el consentimiento operativo necesario tiene que buscarse en otro lugar, y que, en el caso que nos ocupa, significa el Artículo 8 del TBI, que – a los ojos del Tribunal – se encuentra redactado precisamente con miras a dicho objetivo, en particular, en el segundo párrafo del Artículo 8(3), que reza lo siguiente: “A ese fin, y de conformidad con los términos de este Acuerdo, cada Parte Contratante otorga por el presente su consentimiento anticipado e irrevocable para que toda controversia pueda ser sometida al arbitraje”. Esta frase despeja toda duda imaginable al establecer que el Artículo 8 es el que contiene el consentimiento permanente de cada Parte Contratante, como posible Estado demandado, al inicio de un arbitraje por parte de los inversores. La redacción establece con igual claridad que el consentimiento allí prestado es “de conformidad con los términos de este Acuerdo”.

305. De acuerdo con la opinión del Tribunal, esto no supone que el inversor tenga algún tipo de “obligación” de realizar los pasos previos descritos en los párrafos (1) - (3) del Artículo 8; el propósito del Artículo 8 no consiste en imponer obligaciones a los inversores, que, por definición, no son parte en tratados de esta naturaleza. Lo que el Artículo hace es generar y dejar constancia de la oferta de arbitraje permanente delineada en los párrafos recién mencionados. El derecho según el cual el nexo jurisdiccional luego se completa con la aceptación de la oferta por parte de un inversor, que se manifiesta tácitamente por el inicio del procedimiento de arbitraje por su parte invocando sus términos es bastante trillado. El proceso es secuencial,

aunque, en la actualidad, sus efectos jurídicos se reconocen en forma universal, dado que la aceptación de la oferta de la parte demandada crea la relación jurídica necesaria entre ellos, como si hubieran celebrado un acuerdo específico a tal efecto. Pero seguramente no requiera ninguna otra demostración de que estos efectos jurídicos puedan producirse sólo si el inversor acepta la oferta conforme a los términos establecidos por el Estado receptor; no puede ni reescribir la oferta ni “aceptar” una oferta distinta de la que el Estado receptor ha realizado. Las condiciones establecidas en el Artículo 8 son vinculantes para una posible parte demandante exclusivamente en ese sentido. Sin embargo, se concluye, de todas formas, que, en la medida en que los Demandantes argumenten que los pasos previos descritos en el Artículo 8(1) y (2) son “no obligatorios”, ese argumento debe rechazarse¹⁵³.

306. El derecho conferido a los inversores italianos de someter una controversia con Argentina a arbitraje con arreglo al Artículo 8(3) es contingente, y cabe observar que las condiciones a las que está sujeto no son producto de algún acto de voluntad unilateralmente restrictivo de parte de Argentina, sino el resultado de un acuerdo entre Italia y Argentina que condiciona el recurso a arbitraje. Se trata de un acuerdo no sólo formal, sino también recíproco; exactamente las mismas condiciones se impondrían a un nacional argentino que deseara iniciar un arbitraje en contra de Italia respecto de una diferencia relativa a inversiones. El Tribunal no encuentra justificación alguna para modificar o dejar sin efecto alguno de los elementos de su consentimiento a arbitraje que las Partes Contratantes han expresado en el TBI, ni considera que ha recibido un mandato para hacerlo en el Convenio CIADI o en el TBI. No obstante, esto es lo que el tribunal de *Abaclat* parece haber procedido a hacer. También es lo que los Demandantes efectivamente le están pidiendo a este Tribunal cuando argumentan que, cuando el Artículo 8(2) del TBI dice que una controversia “podrá” ser sometida a una jurisdicción local competente¹⁵⁴, esto significa sólo que ese representa un posible curso de acción al igual que otros. Esta línea argumental no le parece convincente al Tribunal. Toda la estructura del Artículo 8 está en su contra; el Tribunal acepta el argumento planteado por la

¹⁵³ También es posible deducir una analogía, como lo hace el árbitro disidente en el caso *Ambiente Ufficio*, con el Artículo 36(2) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, según el cual un tercer Estado puede aprovechar un derecho conferido por un tratado *inter alios acta* sólo si cumple con las condiciones prescriptas para el ejercicio del derecho, nota al pie 312 de la *Opinión Disidente de Santiago Torres Bernárdez* a la Decisión de *Ambiente Ufficio*.

¹⁵⁴ ‘may be submitted’ en la traducción al inglés, ‘potrà essere sottoposta’ en el original en italiano.

Demandada según el cual el Artículo 8 estaba claramente destinado a establecer una secuencia de pasos estructurada que derivara finalmente en el arbitraje. El Tribunal no puede atribuirle ningún otro significado a las palabras que aparecen al comienzo del Artículo 8(3) e inmediatamente antes del consentimiento a arbitraje: “Si todavía subsistiera una controversia entre inversores y una Parte Contratante, luego de transcurrido un plazo de dieciocho meses desde la notificación, etc., etc.”¹⁵⁵. El Tribunal resalta que las Partes Contratantes emplean precisamente la misma frase, “podrá ser sometida a” en el Artículo 8(3)¹⁵⁶ a efectos del propio consentimiento a arbitraje. Por lo tanto, este uso dual de la frase constituye un elemento contextual pertinente en su interpretación conforme a la regla básica establecida en el Artículo 31(1) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; en otras palabras, en ausencia de manifestación en contrario, debería entenderse que la frase tiene el mismo sentido tanto en el primer párrafo como en el que le sigue. Sin embargo, esta conclusión dejaría a los Demandantes sin palabras cuando pretendan invocar la frase como fundamento de su argumento en virtud del cual el Artículo 8(3) les concede un derecho a arbitraje irrevocable a su elección. El Tribunal no tiene dudas de que el Artículo 8(3) es la disposición controlante y que su significado, en contexto, es el siguiente: “una vez que esta condición se cumpla con respecto a una controversia en particular, será posible desde un punto de vista jurídico que el inversor someta la controversia a arbitraje internacional”. De modo similar, los párrafos (1) y (2) del Artículo 8, considerados en contexto, significan lo siguiente: “debe hacerse un intento por resolver la controversia mediante consultas amistosas, pero, si fracasan, ni el Estado receptor ni sus órganos están autorizados a resistirse a que el inversor la someta a una jurisdicción judicial o administrativa local, so pena de reconocer que, si tampoco se llega a un acuerdo por esa vía, dentro del período establecido, la cuestión puede pasar a arbitraje internacional a discrecionalidad del inversor”.

¹⁵⁵ El Tribunal tiene algunas dificultades para seguir el argumento de los Demandantes basado en una distinción de las disposiciones en materia de “bifurcación”, dado que el Artículo 8 es tan claramente secuencial. De la misma manera, encuentra poca ayuda en las autoridades citadas por los Demandantes (*Ethyl Corp. c. Canadá*, *Lauder c. República Checa*, *Bayindir c. Pakistán* y *SGS c. Pakistán*) todas las cuales, en realidad, luego de un examen más riguroso, previendo debidamente sus circunstancias de hecho particulares, parecen aludir a la cuestión de la probabilidad, o, en subsidio, inutilidad, del acuerdo amistoso a través de consultas. Lo mismo ocurre en la Opinión Disidente Conjunta del *Presidente Owada*, *Jueces Simma*, *Abraham and Donoghue* y *Juez ad hoc Gaja* emitida en el marco del caso *Georgia c. Federación Rusa*, Decisión del 1 de abril de 2011 ante la CIJ, que los Demandantes invocan en su Escrito Posterior a la Audiencia, nota al pie 245.

¹⁵⁶ En ambos idiomas auténticos.

307. En consecuencia, la defensa sustantiva de los Demandantes en contra de la alegación según la cual no recurrieron a las vías indicadas en los párrafos (1) y (2) del Artículo 8 se reduce a los argumentos alternativos: en primer lugar, que no es obligatorio recurrir a tales vías si se establece en forma suficiente que el recurso a ellas sería inútil; en segundo lugar, en subsidio, que tienen derecho a invocar, mediante la cláusula de nación más favorecida prevista en el Artículo 3 del TBI, los beneficios de las cláusulas de arbitraje incluidas en otros TBI de Argentina que no contienen las mismas condiciones previas.
308. La primera de estas defensas consiste en un argumento relativo a la interpretación de los tratados. Sostiene que no es razonable entender, de buena fe, que la intención subyacente de las Partes Contratantes exige que un inversor agote una vía de resarcimiento que sería ineficaz (o se había demostrado que lo era). Los Demandantes afirman que la inutilidad de intentar una solución consensuada con anterioridad a la OPC de 2005 se ha visto ampliamente demostrada sobre la base de los hechos y que, luego de la sanción de la Ley N° 26.017 (la Ley Cerrojo), la solución consensuada se tornó formalmente imposible. Descartan el argumento según el cual puede que haya existido la posibilidad teórica de que el poder legislativo argentino, en algún momento futuro, cambiara su postura y aprobara una oferta revisada a los tenedores de bonos, en particular, debido a las sanciones penales implementadas por la Ley Cerrojo por considerarlo totalmente insustancial. En cuanto a la cuestión del recurso a los tribunales locales, los Demandantes sostuvieron en todo momento la posición de que una serie de decisiones judiciales reales emitidas por los tribunales argentinos, que llegaban a la Corte Suprema¹⁵⁷, habían establecido, ya en 2005, no sólo la escasa probabilidad de que un procedimiento legal llegara a su fin dentro del plazo de 18 meses fijado en el Artículo 8(2) del TBI, sino que también habían demostrado la ausencia de recursos eficaces para los tenedores de bonos ante los tribunales de Argentina, lo que era aún más importante. Las respuestas de la Demandada, resumidas en el Escrito Posterior a la Audiencia, son las siguientes: que la inutilidad de la negociación no puede establecerse sin primero intentarla; que la Ley Cerrojo impedía exclusivamente la solución sin aprobación del Congreso y no la negociación que conducía a ella; como lo demuestra la OPC revisada; y que, ante los

¹⁵⁷ *Galli, Pico Estrada, Ghiglini Zubilar y Claren Corporation c. Argentina*, decisión de la Corte de Primera Instancia del 2 de marzo de 2010, y *Claren Corporation c. Argentina*, decisión de la Corte de Apelaciones del 15 de febrero de 2011.

tribunales argentinos, existía una diferencia entre los derechos en virtud de una ley y los derechos en virtud de un tratado.

309. Al enfrentarse con los mismos argumentos, el tribunal de *Ambiente Ufficio* abordó la cuestión de la siguiente manera. Clasificó la obligación de consultar prevista en el Artículo 8(1) como una obligación de medios y no una obligación de resultado. Luego, evaluó la importancia de la inclusión de la frase condicionante “en la medida de lo posible” y concluyó que el Artículo 8(1) debería interpretarse conforme a sus propios términos en el sentido de que la obligación no se incumplió “si se determina que: a) se celebraron, o al menos se ofrecieron, la cantidad mínima de consultas, o que b) no fue posible, en primer lugar, celebrar consultas amistosas a fin de resolver el caso”¹⁵⁸. Sostuvo que los hechos establecían que, si bien había habido intentos de parte de los grupos de bonistas de entablar negociaciones con Argentina, los demandantes particulares en dicho arbitraje no habían hecho tal intento directamente y, por ende, correspondía considerar si habría sido posible proceder a consultas significativas a fin de resolver la controversia; con respecto a ello, el tribunal concluyó que el efecto de la Ley N° 26.017 (la Ley Cerrojo), sancionada mientras la OPC de 2005 era susceptible de aceptación, era “que no existió posibilidad realista alguna de realizar consultas significativas para resolver la controversia con el Gobierno argentino”¹⁵⁹. Asimismo, resolvió que el hecho de que no hubieran iniciado consultas en virtud del Artículo 8(1) con anterioridad a la sanción de la Ley no podría invocarse en contra de los demandantes, puesto que el Artículo no contenía disposición alguna que impusiera una condición temporal de ese tipo.
310. Dado que las circunstancias de hecho pertinentes son, a todo efecto, idénticas en los dos arbitrajes, el presente Tribunal comparte todas las conclusiones expuestas *supra*, con sujeción a una leve diferencia, en tanto este Tribunal se inclina por interpretar la frase condicionante “en la medida de lo posible” en el sentido de que guarda una relación más directa con la perspectiva de llegar a una solución amistosa de la controversia que con la posibilidad de realizar consultas. Pero esa mínima diferencia de evaluación sólo sirve para reforzar la conclusión a que arribó el tribunal de *Ambiente Ufficio* en virtud de la cual, si se lo interpreta correctamente, el Artículo 8(1) del TBI, incorpora lo que podría denominarse una “excepción de inutilidad”.

¹⁵⁸ Párr. 583.

¹⁵⁹ Párr. 585.

311. Según el Tribunal, una vez que se llega a tal conclusión, es lógico deducir que al Artículo 8(2) le corresponde un análisis similar, con su requisito de recurso a las jurisdicciones judiciales o administrativas locales. Esto sucede aunque el Artículo 8(2) no contenga ninguna frase que sea directamente equivalente al “en la medida de lo posible” del Artículo 8(1), ya que la ausencia es explicada fácilmente por la razón expuesta en el párrafo 306 *supra*, a saber, que la frase limitativa alude al resultado del proceso (es decir, a la resolución de la controversia), y ese es un concepto que no figura directamente en el Artículo 8(2). Pero la lógica subyacente es la misma. Por un lado, no puede suponerse que dos gobiernos entendidos pudieran haber pretendido que los inversores extranjeros tuvieran que entablar una acción ante los tribunales o las autoridades administrativas locales sólo en apariencia. Desde un punto de vista lógico, el supuesto subyacente debe haber sido que los tribunales o las autoridades administrativas locales estarían en condiciones de dictar una solución definitiva y vinculante de la controversia; eso resulta evidente a partir de las palabras iniciales del Artículo 8(3) con la insinuación obvia de que, dentro del plazo establecido, la controversia podría haber dejado de “existir”. Por otro lado, la especificación del plazo mismo demuestra en forma inequívoca, de acuerdo con el Tribunal, que los Estados Contratantes tenían en vista como paso intermedio un proceso que pudiera ser eficaz para resolver la cuestión objeto de debate.
312. Por ende, lo que debe considerar el Tribunal sigue siendo si las pruebas que tiene ante sí demuestran (como los tribunales de *Abaclat* y *Ambiente Ufficio* han resuelto respecto de casos similares) que ningún curso de procedimiento anterior ofrecía una probabilidad realista de resolución de la controversia.
313. El Tribunal comienza por destacar que los Demandantes son los que plantean una excusa a fin de justificar el hecho, admitido por ellos, de no haber seguido literalmente el curso de acción previsto en los párrafos (1) – (3) del Artículo 8 del TBI. De conformidad con los principios habituales, puede deducirse que los Demandantes tienen la carga de establecer los hechos en que basan la justificación descrita en el párrafo 307 *supra* de manera de satisfacer al Tribunal.
314. En primer lugar, los Demandantes argumentan que no había ninguna posibilidad realista de resolver la controversia mediante consultas amistosas a la luz de las políticas adoptadas por el gobierno argentino y (con posterioridad a 2005) del efecto

jurídico de la Ley Cerrojo; en segundo lugar, alegan que no había ninguna posibilidad realista de obtener un recurso eficaz de los tribunales argentinos a la luz de las decisiones judiciales que dichos tribunales habían emitido antes del inicio del presente arbitraje. Basan la primera parte de este argumento fundamentalmente en la afirmación según la cual la OPC de 2005 (al igual que la OPC de 2010) se presentó sin brindar posibilidad de negociación alguna, con un plazo de aceptación muy breve, suponía un sacrificio de los recursos legales alternativos, y muy pronto quedó consolidada en la Ley Cerrojo¹⁶⁰. Aceptan que había habido debates con los tenedores de bonos en diversos formatos antes de la presentación de la OPC, pero señalan que la OPC no fue el resultado de un acuerdo con los representantes de los tenedores de bonos, y comprendió sólo algunas concesiones limitadas respecto de los derechos que los tenedores de bonos habían invocado¹⁶¹. Basan la segunda parte del argumento directamente en la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en el marco del caso *Galli*, confirmada por los demás casos citados¹⁶², en que la Corte Suprema declaró que la restructuración de la deuda nacional se encontraba dentro del ámbito de competencia del poder político, al que el poder judicial debía adherir, toda vez que las medidas del poder político fueran razonables y no discriminatorias, y resolvió, asimismo, que el hecho de que un tenedor de bonos no aceptara la OPC era un acto voluntario cuya consecuencia era la pérdida del derecho de plantear reclamos en Argentina. La respuesta de la Demandada depende en el establecimiento de una distinción de principio entre los reclamos contractuales (conforme a los propios títulos representativos de bonos) y los reclamos en virtud de un tratado (por ejemplo, en virtud del TBI). Sostiene que la Ley N° 26.017 sólo afecta los reclamos contractuales conforme a los títulos representativos de bonos, pero que “no tiene impacto alguno sobre posibles negociaciones que se entablen en relación con reclamos bajo dichos tratados”, y agrega que la Ley no hizo más que recuperar la facultad del Poder Legislativo de transar, pero no impidió que el Poder Ejecutivo negociara acuerdos que tendrían que volver al Poder Legislativo para su aprobación – que es precisamente lo que ocurrió en relación con la OPC revisada en 2010. En este contexto, hace referencia a la declaración

¹⁶⁰ Párr. 34 *supra*.

¹⁶¹ Párr. 223 *supra*

¹⁶² Véase nota al pie 155 *supra*.

testimonial del Dr. Molina acerca de los muchos contactos entre el gobierno y los tenedores de bonos.

315. Al enfrentarse a argumentos similares, o, de hecho, idénticos, los tribunales de los casos *Abaclat* y *Ambiente Ufficio* abordaron la cuestión del siguiente modo. El tribunal de *Abaclat* trató los debates que habían tenido lugar con anterioridad a 2005 entre las autoridades argentinas y Task Force Argentina (“TFA”) como si efectivamente comprendieran los derechos de todos los tenedores de bonos italianos, sea que los demandantes particulares en el arbitraje fueran o no parte en el mandato formal de TFA. Sobre la base de dicho fundamento, resolvió que Argentina no podía invocar el hecho de que los demandantes ante él no hubieran realizado consultas con arreglo al Artículo 8(1). En cuanto al requisito de recurrir a los tribunales locales de conformidad con el Artículo 8(2), además de las diversas consideraciones adicionales que carecen de relevancia en el caso que nos ocupa, el tribunal llegó a la conclusión de que las acciones interpuestas ante los tribunales de Argentina estaban condenadas al fracaso a la luz de los términos de la Legislación de Emergencia. El tribunal de *Ambiente Ufficio*, por otro lado, resolvió como conclusión de hecho que “al menos desde que se sancionó [la Ley N.º 26.017], quedó claro que no existió posibilidad realista alguna de realizar consultas significativas para resolver la controversia con el Gobierno argentino”, y, de la misma manera, concluyó que el resultado no se veía afectado por el hecho de que el Congreso Argentino, en algún momento, pudiera haber suspendido o eliminado la prohibición respecto de las consultas y negociaciones y que, efectivamente, lo hiciera en 2010 en aras de preparar el terreno para la nueva Oferta de Canje. Concluyó que la consideración fundamental era que el posible socio negociador no estaba en condiciones de actuar de esa forma mientras la ley estuviera en vigencia (es decir, a partir de 2005) y que el motivo por el cual las consultas significativas por parte del Congreso Argentino no estaban disponibles era, sobre todo, la adopción de la Ley N.º 26.017¹⁶³. Con respecto a la cuestión del recurso previo a los tribunales locales, el tribunal cita el Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) sobre Protección Diplomática de 2006 como prueba de una regla general según la cual los requisitos de este tipo se tratan en el derecho internacional como si estuvieran sujetos a una excepción de inutilidad. El tribunal encuentra un sólido paralelo estructural entre la cláusula típica que aparece en las

¹⁶³ Decisión de *Ambiente Ufficio*, párrs. 585-586.

disposiciones en materia de resolución de controversias de los tratados de inversión y las disposiciones tendientes al agotamiento de los recursos locales en que ambas fueron diseñadas para permitir que el sistema jurídico local corrija un posible incumplimiento antes de que la responsabilidad legal internacional del Estado se vea comprometida; la diferencia importante entre ambas radica en la existencia de un plazo en el primer caso, mientras que el segundo, por lo común, no contiene ninguno, pero el tribunal concluye que el plazo sirve exclusivamente para reforzar el argumento en sustento de la aplicación de una excepción de inutilidad habitual. Al combinar esto con los hechos del caso e invocar, una vez más, el estándar enunciado por la CDI¹⁶⁴, el tribunal se niega a aplicar como criterio tanto la molestia y el gasto en que se pondría a un demandante como la probabilidad real de que se dicte sentencia dentro del plazo de 18 meses fijado en el Artículo 8(3), pero concentra su atención en la principal cuestión de importancia, a saber, si el recurso a los tribunales argentinos les habría ofrecido a los demandantes una posibilidad razonable de resarcimiento eficaz. Su conclusión de que, dadas las circunstancias, dicha posibilidad no habría existido se basa en la decisión adoptada en el marco del caso *Galli* así como en la resolución adicional de la Corte Suprema en el caso *Brunicardi* según la cual la responsabilidad internacional se ve impedida en el derecho internacional cuando un Estado suspende o modifica el pago de la deuda externa por razones de necesidad financiera.

316. Este Tribunal comparte el análisis y las conclusiones del tribunal del caso *Ambiente Ufficio*. Si bien encuentra una leve incongruencia entre los fragmentos extraídos de la Comisión de Derecho Internacional invocados y el estándar efectivamente aplicado por el tribunal, considera que el criterio aplicado por el tribunal es el correcto y, en realidad, el único importante. En las circunstancias particulares, el efecto de la Ley N° 26.017 interpretada y aplicada en el contexto del caso *Galli* demuestra que (en los términos de la CDI) el sistema judicial argentino no “tiene la capacidad necesaria para ofrecer un resarcimiento eficaz”, con la consecuencia de que “un resultado exitoso [no] es probable o posible”; en otras palabras, las dos proposiciones confluyen en una sola y no existe verdadero contraste entre ellas.

¹⁶⁴ “El estándar no consiste en determinar si un resultado exitoso es probable o posible, sino si el sistema local del Estado demandado tiene la capacidad necesaria para ofrecer un resarcimiento eficaz. Esto debe determinarse en el contexto del derecho local y de las circunstancias imperantes” [Traducción del Tribunal]. (Comentario al Proyecto de Artículo 15).

317. Por lo tanto, por las razones expuestas *supra*, el Tribunal concluye que los Demandantes han cumplido con la carga de demostrar que el intento de proceder a consultas amistosas con las autoridades argentinas o de interponer una acción ante los tribunales argentinos no habría logrado ningún propósito importante. En consecuencia, resuelve que el hecho de que los Demandantes no hayan procedido a hacerlo, como bien admiten, no actúa como impedimento jurisdiccional para que inicien un arbitraje CIADI. En vista de ello, no es necesario que el Tribunal siga considerando el reclamo subsidiario de los Demandantes a fin de invocar la cláusula de nación más favorecida contenida en el Artículo 3 del TBI, que (comprensiblemente) ha sido objeto de vigorosa contienda entre las Partes.

3. Las excepciones a la “admisibilidad”

318. En consecuencia, el Tribunal procede a considerar las excepciones preliminares que la Demandada ha clasificado (párrafo 260 *supra*) como más afines al lado de la “admisibilidad” que al lado “jurisdiccional” de la línea, sobre la base del fundamento según el cual – por una razón de política judicial o de otra índole – conducirían al Tribunal a decidir no ejercer una jurisdicción de la que él mismo había concluido que gozaba. Por supuesto, un motivo de esa naturaleza tendría que ser sólido, puesto que todo tribunal CIADI tiene el deber de ejercer la jurisdicción que se le ha conferido. Las razones que la Demandada ha planteado bajo este encabezamiento son las siguientes y serán consideradas en forma separada:

- a. que el arbitraje en materia de inversión es una manera intrínsecamente inadecuada e inaceptable de abordar la cesación de pagos de una deuda soberana en bonos;
- b. que la multiplicidad de Demandantes y las diferencias entre ellos requieren innovaciones procesales que exceden las facultades de un tribunal CIADI y no podrán proteger los derechos de debido proceso de la Demandada.

a. *Default de la deuda soberana*

319. El argumento de la Demandada bajo este encabezamiento no se articuló cabalmente en su Memorial sobre Jurisdicción y Admisibilidad. Sin embargo, puede resumirse en el fragmento del Memorial citado en el párrafo 43 *supra*:

Siguiendo la misma regla, los tenedores de intereses sobre los bonos que optan por no participar en una reestructuración no pueden esperar razonablemente que el deudor soberano pueda pagarles una suma superior a la que aceptaron los acreedores que sí participaron de la reestructuración. Dado que todo el proceso es por naturaleza voluntario, ningún tenedor de intereses elegiría participar en él si supiera, o incluso tuviera la expectativa razonable, de que otra persona, en una posición similar, recibiría luego una mejor oferta. Es por ello que la premisa fundamental del proceso de reestructuración de deuda es que el Estado ofrecerá el mismo tratamiento a todos los acreedores que se encuentren en una posición similar.

En el caso de la Oferta de Canje de 2005 de la Argentina, este principio se vio reflejado en una cláusula, que estableció que si la Argentina ofreciera mejores condiciones a los holdouts, debería otorgar los mismos términos mejorados a los acreedores que previamente aceptaron la Oferta. Dado que la Oferta de Canje se basó en términos que le permitirían a la Argentina pagar su nueva deuda en el largo plazo, ofrecer pagarle una suma efectivamente superior a cualquier otro en una fecha posterior habría desconocido el objetivo de la reestructuración inicial, y habrían conducido a la Argentina nuevamente a la posición de endeudamiento insostenible que existía antes de la Oferta de Canje.

320. Puesto que el argumento no se desarrolló posteriormente en detalle, el Tribunal no se siente obligado a tratarlo como una alegación formal. No obstante, el punto en cuestión se plasmó en cierto detalle en la decisión del caso *Abaclat* y es posible que corresponda hacer un breve comentario al respecto. El Tribunal tiene conocimiento de las cuestiones planteadas por la Demandada que bien puede entender que podrían considerarse cuestiones serias en los mercados internacionales de bonos. Incluso en ese caso, eso no responde, sin embargo, a la pregunta relativa a su relevancia para el presente arbitraje en materia de inversión en virtud del TBI entre Italia y Argentina que define el rol y las funciones de este Tribunal. Como cuestión de principio básico, si se concluye que un reclamo planteado ante un tribunal CIADI se encuentra dentro de su jurisdicción, el tribunal tiene el deber de ejercer dicha jurisdicción. Este es el corolario necesario (aunque, con frecuencia, sobreentendido) del principio reflejado en las disposiciones en materia de anulación contenidas en el Artículo 52 del Convenio según el cual el tribunal no puede extralimitarse en sus facultades. Pero se la considera concretamente en la serie de decisiones adoptadas por los comités *ad hoc* en virtud de las cuales el propio hecho de no ejercer jurisdicción puede en sí mismo

constituir una extralimitación manifiesta en las facultades a efectos del Artículo 52¹⁶⁵. Esto significa que la única cuestión pertinente para este Tribunal consiste en determinar si los bienes de los Demandantes constituyen o no “inversiones en el territorio de Argentina” en los términos del TBI – cuestión respecto de la cual el análisis provisorio del Tribunal se establece en los párrafos 296-297 *supra*. Si la respuesta es afirmativa, entonces el Tribunal no debe incorporar una excepción a los términos del TBI – ni ello se encuentra entre sus facultades –. Lo que eso implicaría puede verse claramente ilustrado cuando la proposición se compara con los términos del Artículo 8 del TBI, que comprende expresamente “toda” controversia relativa a inversiones y no puede interpretarse en el sentido de concederle al Tribunal una facultad implícita de decidir que “toda” tiene otro significado menos abarcativo. Como hecho de la vida económica internacional, las emisiones de bonos soberanos se encontraba lisa y llanamente dentro del ámbito normal de contemplación de las Partes Contratantes al momento de la negociación del TBI, y ellas bien podrían haber introducido una excepción en ese aspecto en el lugar adecuado del TBI si así lo hubiesen deseado. Por consiguiente (con el debido respeto por el árbitro disidente del caso *Abaclat*), la aseveración de la Demandada radica, en primer lugar, no en pedirle al Tribunal que importe consideraciones de política en un ámbito mientras las rechaza con énfasis en otros, sino en un análisis sobrio que consiste en determinar si, dado que las emisiones originales de Bonos bien podían estar comprendidas en el concepto de “inversión en el territorio de Argentina” en virtud del TBI¹⁶⁶, lo mismo es aplicable necesariamente a los derechos derivados similares a los que tienen los Demandantes. Y, en segundo lugar, también radica en la proposición fundamental según la cual (como la propia Demandada ha insistido en reiteradas oportunidades) los Demandantes no pueden utilizar el presente arbitraje como medio para hacer valer sus derechos contractuales en calidad de “tenedores de bonos”, sino exclusivamente los derechos (y los recursos vinculados) que puedan invocar en calidad de “inversores” conforme al TBI.

¹⁶⁵ Por ejemplo, *Compañía de Aguas del Aconquija, Soufraki, Industria Nacional de Alimentos, S.A. and Indalsa Perú, S.A.* (anteriormente conocido bajo el nombre de *Empresas Lucchetti; S.A. and Lucchetti Perú, S.A.*) c. *República del Perú*, Caso CIADI N.º ARB/03/4; véase también el Comentario de Schreuer (2.ª ed.), págs. 947-948.

¹⁶⁶ Con sujeción al punto incluido en la nota al pie 147 *supra*.

b. Procedimiento: Debido Proceso

321. La Demandada resume su excepción bajo este encabezamiento como la imposibilidad de manejar el procedimiento, debido al gran número de Demandantes individuales, a la necesidad de poder investigar en cada caso si el Demandante cumple con los requisitos de nacionalidad del TBI y la naturaleza diferenciada de las “inversiones” invocadas a la luz tanto de las diversas emisiones de bonos involucradas como de los diversos momentos y circunstancias en que puede suponerse que los Demandantes han adquirido sus “inversiones”. También se queja de la falta de respuesta por parte de los Demandantes a las solicitudes justificadas de información pertinente en este aspecto y afirma que el efecto combinado consiste en privar a la Demandada de la capacidad de defenderse en forma apropiada¹⁶⁷. El punto particular relativo a los requisitos de nacionalidad debe analizarse en el marco del Protocolo Adicional del TBI¹⁶⁸, que incorpora criterios adicionales (tanto negativos como positivos) en materia de domicilio.
322. La respuesta de los Demandantes a lo que antecede es que se ha ofrecido información suficiente tanto en materia de ciudadanía como de residencia con respecto a cada uno de los Demandantes, y que, si la Demandada desea impugnar la titularidad de algún Demandante, tiene la carga de establecer el fundamento de hecho de tal impugnación. Su Escrito Posterior a la Audiencia describe los problemas relativos a la identificación de la cantidad e identidad exacta de los Demandantes como meramente administrativos, pero también se queja de la ausencia de cooperación plena entre las Partes en cuanto al registro del desistimiento de algunos de los Demandantes originales. Desestima las preocupaciones de la Demandada por el debido proceso por considerarlas no más que meras cuestiones de gestión del caso.
323. El Tribunal puede comenzar por decir que, si efectivamente concluyera que las circunstancias intrínsecas del caso obstaculizaron la preservación de la igualdad entre las Partes o amenazaron con negarle a uno u otro lado la oportunidad plena y amplia de plantear su postura, tendría que considerar seriamente si podría permitir que el arbitraje prosiga o que continúe en su forma actual. Esto se debe a que – sin importar el hecho de que el Artículo 52 del Convenio CIADI incluya expresamente “un

¹⁶⁷ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párrs. 37-41.

¹⁶⁸ Que es parte integrante del tratado; véase el epígrafe del Protocolo Adicional.

quebrantamiento grave de una norma de procedimiento” entre las causales de anulación – tanto el principio de igualdad de condiciones como el derecho a ser escuchados son vitales para el proceso judicial. Por ende, ambos principios legales se distinguen automáticamente de las cuestiones de política económica o financiera similares a las que se analizan en el párrafo 320 *supra*.

324. Dicho esto, el Tribunal acepta la opinión planteada por la Demandada según la cual la mera conveniencia o el simple ahorro de costos para uno o más demandantes no bastarían en sí mismos para justificar procedimientos que, en otras circunstancias, serían cuestionables – aunque la misma proposición se aplica en dirección opuesta, esto es, la mera ineficacia (como la Demandada afirma aquí) no puede justificar privar a uno o más demandantes del derecho a ser escuchados que, de otro modo, tendrían. No obstante, la interrogante anterior consiste en determinar si la naturaleza del procedimiento que nos ocupa tiene algo que dé lugar a dudas justificadas desde el punto de vista del debido proceso. Esta es una interrogante que, comprensiblemente, preocupó a los tribunales de los casos *Abaclat* y *Ambiente Ufficio*, ambos de los cuales decidieron, luego de otorgar la consideración debida al asunto, que los problemas particulares que pudieran surgir podrían considerarse (como los Demandantes han sugerido) cuestiones de gestión del caso. Al Tribunal le consta por fuentes externas que ambos arbitrajes están atravesando la etapa de fondo y que, en el marco del caso *Abaclat*, se han emitidos numerosas resoluciones procesales a fin de regular el procedimiento¹⁶⁹. La conclusión general a la que arriba el tribunal de *Ambiente Ufficio* en este aspecto se expresa en los siguientes términos en su Decisión¹⁷⁰:

El Tribunal no considera que el mero número de Demandantes en el presente caso tornaría al procedimiento “inmanejable”, como ha sugerido la Demandada, violaría los principios fundamentales de debido proceso o sería injusto para la Demandada, ni en la fase jurisdiccional actual ni en la fase de fondo del procedimiento.

Durante la Primera Sesión, las Partes acordaron que la “fase preliminar abordaría las excepciones preliminares de carácter general exclusivamente, pero no respecto de las cuestiones jurisdiccionales que pudieran surgir con relación a los demandantes individuales, que se abordarían en una etapa posterior toda vez que fuera necesario y

¹⁶⁹ Que, en el caso *Abaclat*, han sido publicadas por el Centro.

¹⁷⁰ Párrs. 166-170.

adecuado” [Traducción del Tribunal]. En virtud de este hecho, el Tribunal no puede ratificar las críticas de parte de la Demandada según las cuales la imposibilidad de analizar las circunstancias específicas de cada uno de los Demandantes tan pronto como en la fase jurisdiccional supondría una limitación de los derechos de defensa de Argentina (*R II § 149; R IV pág. 11; R V pág. 6*). En este sentido, en esta fase preliminar del procedimiento, el Tribunal debe limitarse a una evaluación general de la cuestión que consiste en determinar si goza de competencia para resolver la controversia objeto de debate. El hecho de que existan varias decenas de Demandantes involucrados en este procedimiento no afecta en absoluto la evaluación que el Tribunal debe realizar a esta altura del procedimiento.

Sin embargo, incluso en la posterior fase de fondo del procedimiento, el Tribunal no puede advertir ningún problema fundamental al momento de admitir pruebas relativas al caso particular de todos y cada uno de los 90 Demandantes que continuarían persiguiendo el caso y evaluarlas. La cuestión que consiste en determinar si es necesario y adecuado convocar a cada uno de los Demandantes al estrado y someterlos a un contrainterrogatorio allí a efectos de salvaguardar los principios fundamentales del debido proceso, como la Demandada parece sugerir (*R I § 109; R II § 148; R III § 35*), deberá resolverse en el momento apropiado en función de los hechos pertinentes y conforme a las normas jurídicas aplicables. El Tribunal no adopta postura alguna respecto de esta cuestión en este momento.

El Tribunal coincide plenamente con la Demandada en que, al momento de resolver la presente disputa, se encuentra en un todo sujeto al art. 44 del Convenio CIADI y a la Regla 19 de las Reglas de Arbitraje, y el Tribunal tendrá en cuenta este marco jurídico en forma absoluta al momento de cumplir con su deber de control y dirigir el desarrollo del procedimiento a través de resoluciones procesales. En vista de las circunstancias del presente caso, principalmente el considerable pero limitado número de Demandantes, el Tribunal no consideraría que la controversia específica relativa al alcance de la facultad de un tribunal CIADI de diseñar las “adaptaciones necesarias” del procedimiento estándar del CIADI que surgió en el contexto del caso *Abaclat* y al que las Partes han hecho referencia (*C III § 88; R III § 26; R IV págs. 10, 11; Tr pág. 231/2*), sería relevante para el caso que nos ocupa.

En particular, el Tribunal no puede advertir de qué manera el claro derecho de ambas Partes a que el procedimiento se desarrolle conforme a los principios de justicia y debido proceso se vería cercenado y qué derecho de defensa de la Demandada podría verse limitado o de otro modo perjudicado por el simple hecho de que el Tribunal admitiera que 119 o 90 Demandantes, respectivamente, pueden incoar procedimientos de múltiples partes en virtud del art. 25 del Convenio CIADI.

En función de la similitud esencial entre dicho procedimiento de arbitraje y el que nos ocupa, incluso con respecto a la cantidad de demandantes ante el tribunal en cada caso, y teniendo en cuenta también que los argumentos planteados ante ambos tribunales en cuanto a la cuestión del debido proceso eran básicamente los mismos, este Tribunal no encuentra razón válida para arribar a una conclusión diferente de la del tribunal de *Ambiente Ufficio*.

325. En este sentido, el Tribunal resuelve que – dejando de lado las cuestiones de jurisdicción que todavía se encuentran pendientes – los reclamos planteados en el contexto del presente arbitraje son admisibles. Previa consulta a las Partes, el Tribunal emitirá una resolución procesal, que establecerá el marco aplicable a la próxima etapa del presente arbitraje, y, al momento de preparar dicho marco, el Tribunal considerará las opiniones de todas las partes cuidadosamente en aras de garantizar el cumplimiento pleno de los requisitos del debido proceso.

C. PARTES, TÍTULO Y COSTAS

326. Por último, el Tribunal debe abordar una cuestión que también se ha planteado en los arbitrajes *Abaclat* y *Ambiente Ufficio*, a saber, la identificación de una lista precisa y confiable de los Demandantes que deberían ser considerados parte en el procedimiento en la etapa actual del Arbitraje, y las consecuencias que ello podría tener para la determinación de un título por el cual el caso pueda conocerse.
327. Como se explica al comienzo de esta Decisión en los párrafos 1 y 31 *supra*, parecería que, al inicio del presente procedimiento de Arbitraje, había 183 Demandantes en total. Ellos se encuentran enumerados por nombre en un cuadro incluido en la Solicitud de Arbitraje de los Demandantes. Según los Demandantes, el número actual de los que quedan es 74. Al igual que en el marco de los arbitrajes *Abaclat* y *Ambiente Ufficio*, la reducción puede atribuirse, en gran medida, al hecho de que algunos de los Demandantes originales hayan aceptado la OPC de 2010 y canjeado sus títulos de deuda a fin de aprovecharla; ellos representan 62 de los 183 Demandantes originales. Sin embargo, en menor medida, aunque todavía considerable, la reducción puede atribuirse al hecho de que los Demandantes originales hayan vendido sus títulos de deuda (42) o los hayan entregado al Banco emisor (2). La prueba documental de la cifra de 74 de los Demandantes se encuentra en un anexo de su Escrito Posterior a la Audiencia y en la presentación que contiene

sus comentarios acerca de la Decisión del tribunal de *Abaclat*¹⁷¹. No obstante, quedan ciertas discrepancias que el Tribunal no logra resolver sobre la base de la documentación que tiene ante él, y que tendrán que retomarse junto con las Partes en la próxima etapa del procedimiento.

328. Durante la suspensión del procedimiento con motivo de la OPC de 2010 que consta en los párrafos 14-18 *supra*, el Tribunal emitió una Orden el día 29 de julio de 2010 que exigía que la Representación de los Demandantes indicara, a más tardar, el día 12 de agosto de 2010, siguiendo las instrucciones de las personas interesadas, si alguno de los Demandantes deseaba terminar su reclamo en el marco del procedimiento, e identificara a dichas persona por su nombre. Posteriormente, la Representación de la Demandada debía confirmar, dentro del plazo de dos semanas, si la Demandada aceptaba la terminación de los reclamos en cuestión a efectos de las Reglas de Arbitraje CIADI. El Tribunal también señaló que luego ordenaría formalmente la eliminación de tales reclamos del expediente para las etapas posteriores del procedimiento.
329. En una orden adicional del día 13 de agosto de 2010, el Tribunal indicó que, en ausencia de respuesta a estas solicitudes, el procedimiento continuaría en nombre de todos los Demandantes que constaban en el expediente, y que cualquier solicitud de terminación futura se trataría de conformidad con las Reglas 43-45 de las Reglas de Arbitraje.
330. La Dúplica de Jurisdicción de los Demandantes se presentó el día 1 de septiembre de 2010. Incluía el siguiente párrafo:

En cumplimiento de esa orden [la Orden del Tribunal de 29 de julio de 2010], los Abogados de los Demandantes adjuntan...un listado con los nombres de los Demandados [Sic] que han desistido del proceso al 1 de septiembre de 2010. Debido al período de vacaciones en Europa, durante el cual también las oficinas de NASAM han estado cerradas por varias semanas, lo que hace imposible verificar la total exactitud de esta información, los Abogados respetuosamente solicitan autorización para actualizar este listado en las próximas semanas, en base a la información que recibirán directamente de los Demandantes o por intermedio de NASAM.

¹⁷¹ Párrs. 242 y ss *supra*.

Asimismo, alegaba que la Demandada ya había prestado su consentimiento al desistimiento en forma tácita al requerir, como condición previa a la participación en la OPC de 2010, que los tenedores de bonos abandonaran todos los procedimientos legales en contra de Argentina.

331. Luego de proceder a una deliberación, el Tribunal decidió admitir esta solicitud y ordenó que la Representación presentara, a más tardar, el día 21 de septiembre de 2010, “un listado actualizado completo de los Demandantes que hayan decidido terminar el procedimiento” [Traducción del Tribunal]. La Demandada tuvo hasta el día 5 octubre de 2010 para indicar “si se opone a la terminación por parte de los Demandantes que aparecen en el listado actualizado” [Traducción del Tribunal].
332. Mediante una carta del día 21 de septiembre de 2010, la Representación de los Demandantes presentó un listado actualizado (con detalles relativos a la identificación) de Demandantes “que decidieron terminar el procedimiento” [Traducción del Tribunal], y, mediante una carta del día 5 de octubre de 2010, la Demandada señaló que, conforme a la Regla de Arbitraje 44, no se oponía a la terminación del procedimiento “en relación con aquellos Demandantes que, entre los incluidos en la Lista Actualizada, entraron al Canje de 2010”, y, en este contexto, solicitó que el Tribunal le ordenara a los Demandantes que presentaran información inmediata en cuanto a cuáles de ellos habían canjeado sus títulos en la OPC. La carta de la Demandada también indicaba que, dado que los términos de la OPC disponían que Argentina no sería responsable de las costas relativas a un procedimiento terminado en virtud de la aceptación de la OPC, el Tribunal debería ordenar oportunamente que los Demandantes que terminaron el procedimiento compartieran en partes iguales las costas del arbitraje con la Demandada y que cada uno de ellos se hiciera cargo de sus propias costas.
333. Mediante una carta del día 22 de marzo de 2011, como parte de los preparativos para la audiencia oral, el Tribunal invitó a las Partes a llegar a un acuerdo a fin de analizar un proceso destinado a confeccionar una lista definitiva y consensuada de los Demandantes que todavía eran parte en el caso, y de los que habían terminado, y de determinar los cambios (en su caso) que deberían introducirse en el título del arbitraje en función del retiro del Sr. Alemanni. Las Partes debían comunicarse nuevamente con el Tribunal, a más tardar, a fines del mes de abril. Al no recibir respuesta alguna,

el Tribunal les recordó a las Partes en el curso de la audiencia oral que la cuestión todavía estaba pendiente, y la Demandada le informó al Tribunal que daría respuesta formal a la lista de los Demandantes oportunamente. En los Escritos Posteriores a la Audiencia, los Demandantes presentaron otra lista actualizada y adoptaron la posición según la cual ambos lados coincidían en que los Demandantes que habían aceptado la OPC de 2010 ya no eran parte en el procedimiento, pero que quedaba una cuestión pendiente en cuanto a los Demandantes que habían vendido sus títulos de deuda a terceros durante el período intermedio; mientras que la Demandada, por su parte (sin hacer referencia expresa a las listas de los Demandantes) sostenía que seguía habiendo “gran incertidumbre de cuáles son los verdaderos y reales reclamantes”.

334. Mediante cartas de los días 9 de septiembre y 8 de noviembre de 2011 y 11 de abril de 2012, el Tribunal solicitó una vez más la opinión de las Partes respecto del efecto de los cambios de los participantes en el título del caso. En otra carta del día 18 de junio de 2012, el Tribunal dejó constancia de que lamentaba que, a pesar de las reiteradas solicitudes, no había habido ni respuesta a la pregunta ni indicación alguna al Tribunal de que las Partes hubieran llegado a un acuerdo en cuanto a cuáles de los demandantes originales debería considerarse que terminaron el procedimiento de conformidad con la Regla 44 de las Reglas de Arbitraje CIADI. La carta incluía la siguiente resolución en la materia: “con respecto a la identificación de las Partes Demandantes restantes, si, en el caso, la decisión del Tribunal acerca de las Excepciones Preliminares de la Demandada tiene como efecto la continuación del caso a la fase de fondo, el Tribunal, en una etapa temprana posterior, establecerá un procedimiento, previa consulta a los abogados, que lo pondrá en condiciones de determinar de manera formal y concluyente la identidad de las Partes en la fase sustantiva del procedimiento de arbitraje” [Traducción del Tribunal].
335. De lo anterior surge claramente que el Tribunal todavía no está en condiciones de resolver en su propia mente ciertas discrepancias no resueltas que ha identificado en la enumeración de los que supuestamente son los Demandantes restantes que continúan en el presente arbitraje. Tampoco está en condiciones de evaluar cuál es la “gran incertidumbre” a la que la Demandada se ha referido en más de una ocasión o cuál es la naturaleza exacta del desacuerdo entre las Partes respecto de esta cuestión, ni – lo que es aún más importante – cuáles son las razones subyacentes a dicho

desacuerdo. En otras palabras, el Tribunal continúa en la posición esbozada en la carta del día 18 de junio de 2012 según la cual, en la actualidad, no puede pronunciarse acerca de quiénes son las Partes en el procedimiento que nos ocupa del lado de los Demandantes. Esta constituye, no obstante, una cuestión de naturaleza primaria que debería haberse resuelto con efecto definitivo en una etapa mucho más temprana. La evidente dificultad que los abogados de los Demandantes han tenido oportunamente al momento de reunir información precisa y confiable acerca de las personas que representan ante el Tribunal debe necesariamente exacerbar aún más las inquietudes que el Tribunal ha manifestado en los párrafos 278-279 *supra*; a su vez, el hecho de que la Demandada no se esforzara por resolver las cuestiones pendientes acerca de las listas como el Tribunal se lo pidió en reiteradas ocasiones debe plantear necesariamente preguntas en cuanto a la verdadera gravedad de las dificultades invocadas. El Tribunal no advierte cómo los intereses de cualquiera de los lados puede servir para perpetuar esta incertidumbre, y, por ende, no puede sino expresar su decepción ante la ausencia del grado mínimo de cooperación entre los dos lados que les habría permitido resolver estas cuestiones elementales mediante un acuerdo o someter al Tribunal (previo acuerdo mediante) las cuestiones definidas respecto de las cuales se solicitaba que el Tribunal se pronunciara. Conforme al estado de situación de cosas, y aunque sea contrario al buen orden que así sea, la cuestión deberá permanecer sin resolver hasta que se la resuelva con arreglo al fallo del Tribunal del día 18 de junio de 2012 (párrafo 334 *supra*).

336. Por último, el Tribunal procede a analizar la cuestión de las costas planteadas por la Demandada (párrafo 332 *supra*). A pesar de la incertidumbre permanente acerca de la enumeración precisa de los Demandantes que continúan en el arbitraje, al menos, se acepta que un número considerable de los Demandantes iniciales se encuentran fuera del procedimiento por haber aceptado la OPC de 2010. La Demandada basa su argumento en favor de una resolución parcial en materia de costas contraria a ellos en el hecho de que los Demandantes son los que iniciaron el arbitraje y en una cláusula incluida en la OPC (párrafo 332 *supra*). Un argumento similar parece haber prosperado ante los tribunales de los casos *Abaclat* y *Ambiente Ufficio*. Sin embargo, a este Tribunal le parece evidente que la cuestión es prematura en el estado actual del presente arbitraje; sin una determinación autorizada de quiénes entre los Demandantes originales deben considerarse que han desistido del procedimiento, un cálculo de las

costas sería difícil, cuando no imposible, excepto en abstracto, y, en ningún caso, sería posible emitir una resolución en materia de costas en contra de personas no identificadas.

337. Independientemente de lo anterior, el Tribunal aun tiene que ser persuadido de que una distribución proporcional de las costas similar a la que se realizó en los dos arbitrajes citados *supra* estaría justificada. En primer lugar, la invocación por parte de la Demandada de una cláusula incluida en la OPC no reviste más que importancia secundaria para el marco que rige el presente arbitraje. La OPC, al igual que el endeudamiento en bonos subyacente a ella, es un arreglo contractual entre los acreedores y el deudor, cuyos términos no son vinculantes para este Tribunal y no dan lugar en sí mismos a derecho o recurso alguno en el contexto del presente arbitraje. Los principios que rigen la asignación de las costas por este Tribunal son autónomos y se encuentran sujetos a la amplia discrecionalidad que el Artículo 61 del Convenio CIADI le confiere. Sin embargo, en un nivel más fundamental, el Tribunal considera que el supuesto de un prorrateo de costas eminentemente numérica según el número de Demandantes que desistieron del procedimiento en relación con el número de Demandantes originales es erróneo desde una perspectiva conceptual, dado que esta fase inicial del arbitraje se ha diseñado expresamente para abordar cuestiones generales relativas a todos los Demandantes y para excluir la consideración específica de los Demandantes individuales. En tales circunstancias, el costo marginal en que la Demandada ha incurrido a fin de hacer frente a estas cuestiones en contra de 183 Demandantes en forma colectiva en comparación con (aproximadamente) sólo 74 de ellos – si es que ha habido algún costo extra marginal – no es para nada obvio. Por lo tanto, en general, estas cuestiones quedarán pendientes de resolución hasta el momento en que el Tribunal se pronuncie definitivamente respecto de la cuestión del desistimiento, etapa en la que, en caso de ser necesario, requerirá el planteo de argumentos específicos en materia de costas de ambos lados.

IV. CONCLUSIONES

Por las razones expuestas *supra*, el Tribunal resuelve lo siguiente:-

- i. Se rechaza la Excepción Preliminar de la Demandada basada en la ausencia de consentimiento por parte de los Demandantes.

- ii. Se rechaza la Excepción Preliminar de la Demandada basada en la naturaleza de la representación legal de los Demandantes.
- iii. Se rechaza, en parte, la Excepción Preliminar de la Demandada basada en la multiplicidad de demandantes, y, en parte, se acumula al fondo como se describe en más detalle en los párrafos 287-294 *supra*.
- iv. Se rechaza, en parte, la Excepción Preliminar de la Demandada basada en la ausencia de inversión, en los términos del TBI, en el territorio de Argentina, y, en parte, se acumula al fondo como se describe en más detalle en los párrafos 293 y 297 *supra*.
- v. Se rechaza la Excepción Preliminar de la Demandada basada en la ausencia de demostración *prima facie* de una violación del TBI.
- vi. Se rechaza la Excepción Preliminar de la Demandada basada en el hecho de no haber cumplido con los pasos previos establecidos en el Artículo 8 del TBI por las razones particulares expuestas en los párrafos 313-317 *supra*.
- vii. Se rechaza la Excepción Preliminar de la Demandada basada en consideraciones en materia de debido proceso.
- viii. Se reserva la decisión en materia de asignación de las costas de esta fase del procedimiento.

Hecho en inglés y español, ambas versiones siendo igualmente auténticas.

[FIRMADO]

Sir Franklin Berman KCMG, QC
Presidente del Tribunal

[FIRMADO]

[FIRMADO]

Profesor Karl-Heinz Böckstiegel
Árbitro

Sr. J. Christopher Thomas QC
Árbitro

V. Opinión Concurrente del Sr. J Christopher Thomas QC

1. Las cuestiones planteadas por la naturaleza de multiplicidad de partes del procedimiento me han resultado muy difíciles, pero, al final, he adherido al curso trazado por el Tribunal. Ante la situación en que todos los Demandantes habrían tenido *prima facie* un fundamento para invocar el TBI si hubieran planteado sus reclamos en forma individual, la cuestión presentada ante el Tribunal ha consistido en determinar si el hecho de que entablaran una única acción colectiva sin el consentimiento de la Demandada modifica fundamentalmente la naturaleza de los reclamos de modo de privar al Tribunal de la jurisdicción para entender en ellos.

2. El Tribunal ha concluido que si de hecho se le plantea una “única controversia”, se encuentra dentro del consentimiento escrito de las Partes requerido por el Artículo 25 del Convenio; el Tribunal no advierte ningún requisito adicional a efectos del consentimiento especial¹⁷². Los reclamos se consideran una única controversia dentro de la jurisdicción del Tribunal o no. No sin cierto recelo, he llegado a coincidir con esta decisión.

3. En primer lugar, en mi opinión, el Convenio CIADI puede servir de sustento para el arbitraje de múltiples partes. Durante la Tercera Reunión Anual del Consejo Administrativo CIADI, en 1969, el entonces Secretario General, Aron Broches, analizó la intención del Secretariado de desarrollar reglas y procedimientos destinados a tales arbitrajes¹⁷³. El objetivo pretendido consistía en redactar modelos de “Cláusulas de Consentimiento Especiales” y considerar qué “Regulaciones y Reglas especiales” podrían ser necesarias para los arbitrajes de múltiples partes del CIADI¹⁷⁴.

4. Si bien el Sr. Broches realizó estos comentarios en vista del arbitraje contractual y no del arbitraje en virtud de un tratado, ellos dan cuenta de la opinión según la cual el Convenio tiene una redacción suficientemente amplia como para poder comprender este tipo de arbitraje, y, según mi interpretación del Convenio, esto es así. También indican su opinión, al menos, de que se necesitarían cláusulas de consentimiento especiales y, quizá, regulaciones y reglas especiales para que el Convenio le brinde un apoyo adecuado a dichos procedimientos¹⁷⁵. Sin embargo, al final, el Consejo Administrativo del CIADI no desarrolló ni aprobó ninguna cláusula, regulación o regla de tal naturaleza, y, desde los comienzos del

¹⁷² Decisión, párrafos 280-292.

¹⁷³ Tal como destacara el Tribunal en el párrafo 271 de la Decisión.

¹⁷⁴ Discurso de A. BROCHES, Secretario General, a la Tercera Reunión Anual del Consejo Administrativo CIADI (29 de septiembre de 1969): “...como observé en nuestra reunión del año pasado, muchos importantes arreglos internacionales en materia de inversión involucran a más de sólo dos partes, y, para ellas, sería conveniente insertar en los acuerdos relacionados disposiciones destinadas a la resolución de controversias entre múltiples partes. En ese momento, sugerí que podría ser de utilidad promulgar Regulaciones y Reglas especiales en aras de facilitar dichos procedimientos, pero, mientras este Consejo aún no ha adoptado una medida semejante, estamos formulando un conjunto de Cláusulas de Consentimiento Especiales que las partes podrían insertar en los contratos en materia de inversión entre múltiples partes” [Traducción del Tribunal].

¹⁷⁵ Soy consciente de que las declaraciones del Secretario General no encuadran en las fuentes interpretativas habituales establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. No obstante, debe admitirse el rol trascendental que el Sr. Broches desempeñó en la concepción y el desarrollo del Convenio. A sus opiniones debe otorgársele una importancia particular.

arbitraje CIADI, las diversas iteraciones de las Reglas de Arbitraje CIADI no se han apartado de lo que me parece un supuesto de las controversias bilaterales.

5. Desde entonces, diversos tribunales CIADI han considerado reclamos planteados por más de una parte demandante; tal como resaltara el Tribunal, la mayoría de estos reclamos se tramitaron sobre la base del fundamento según el cual los codemandantes tenían intereses diferentes en el mismo vehículo de inversión¹⁷⁶.

6. La posibilidad de someter a arbitraje controversias de múltiples partes en virtud de tratados de inversión no surgió hasta inicios de la década del noventa. Entonces, partiendo del TLCAN, pares y agrupaciones de Estados comenzaron a considerar la posibilidad de que distintas partes con cuestiones comunes de hecho y/o de derecho plantearan múltiples reclamos mediante la inclusión de disposiciones en materia de acumulación en sus tratados. Dichas disposiciones permiten que cualquier parte (una de entre una serie de demandantes o una parte demandada) solicite a un “tribunal de acumulación” la acumulación de reclamos separados que tengan cuestiones comunes de hecho y/o de derecho¹⁷⁷. En función del ejemplo del TLCAN, muchos Estados han incluido posteriormente disposiciones en materia de acumulación en sus tratados¹⁷⁸. La propia existencia de disposiciones en materia de acumulación reconoce que las características comunes entre los reclamos en virtud de un tratado pueden ser tan fuertes como para justificar que se las considere conjuntamente en todo o en parte y que esto puede exigir la

¹⁷⁶ Decisión, párrafo 285.

¹⁷⁷ Artículo 1126 del TLCAN, Acumulación de Procedimientos.

¹⁷⁸ Desde entonces, disposiciones en materia de acumulación similares al Artículo 1126 del TLCAN en muchos tratados bilaterales de inversión y tratados de libre comercio celebrados por cada una de las Partes en el TLCAN han sido negociadas con otros Estados Contratantes del CIADI y adoptadas por otros Estados ajenos al TLCAN en su práctica de redacción de tratados. Estados tan diversos como Alemania, Australia, Austria, Belarús, Bélgica, Brunei, Chile, China, Corea, Costa Rica, El Salvador, Eslovaquia, las Filipinas, Guatemala, Honduras, India, Islandia, Italia, Japón, Jordania, Malasia, Marruecos, Nicaragua, Nueva Zelanda, Omán, los Países Bajos, Panamá, Perú, el Reino Unido, la República Dominicana, Rwanda, Singapur, Suecia, Suiza, Tailandia y Uruguay han celebrado tratados de inversión que contienen disposiciones en materia de acumulación. Por ejemplo, Estados Unidos ha incluido la facultad conferida al tribunal acumular procedimientos en tratados de libre comercio posteriores con capítulos en materia de inversión, tales como el CAFTA-DR, Chile, Corea, Jordania, Marruecos, Omán, Panamá, Perú y Singapur. Todos se encuentran disponibles en: <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements>. Véase también el Artículo 33 del Modelo de Tratado Bilateral de Inversión de los EE. UU. de 2012. Para la proliferación de cláusulas de acumulación, denominadas indistintamente "Acumulación" o "Acumulación de Múltiples Reclamos" en los tratados de México, véanse diversos tratados bilaterales de inversión celebrados por México con distintos miembros de la Unión Europea y otros Estados como: Australia, China, Corea, India, Islandia y Suiza. Todos se encuentran disponibles en: http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch_779.aspx. Del mismo modo, Canadá ha celebrado una serie de Tratados de Protección de Inversiones Extranjeras (*FIPA*, por sus siglas en inglés) y tratados de libre comercio posteriores al TLCAN que efectivamente preveían la acumulación de reclamos. Estos pueden encontrarse en <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/index.aspx?view=d>. El Tratado de Inversión Comprensivo ASEAN también incluye una disposición en materia de acumulación al igual que el Acuerdo que establece el Tratado de Libre Comercio ASEAN-Australia-Nueva Zelanda (<http://www.asean.fta.govt.nz/>). La lista precedente de Estados Contratantes del CIADI que han acordado disposiciones en materia de acumulación en tratados recientes no pretende ser taxativa.

acumulación forzosa de reclamos separados a pesar de la objeción de una o más partes contendientes¹⁷⁹.

7. Dicho proceso contiene características procesales importantes. Todas las partes – demandantes y demandados por igual – pueden realizar presentaciones ante un tribunal en favor o en contra de la acumulación. Esto establece un equilibrio, reconoce la igualdad entre las partes y tiene en cuenta los intereses de todas las partes. En otras palabras, ninguna parte tiene una opinión dominante en cuanto a si los reclamos serán acumulados, puesto que la determinación está en manos del tribunal. Decidirá si los reclamos procederán en forma separada o conjunta, en todo o en parte. (En esencia, decide si hay una “única controversia” en el sentido utilizado por este Tribunal¹⁸⁰).

8. Sin embargo, hay muchos tratados – incluido el Tratado que rige la presente controversia – que carecen de una disposición semejante, con la consecuencia de que, ante la decisión de uno de los lados de plantear los reclamos en forma colectiva, retrotraen a las partes y los tribunales a los primeros principios.

9. En mi opinión, los Demandantes han “autoacumulado” sus reclamos individuales con eficacia al plantearlos como un reclamo colectivo. Tal como se observara en el párrafo 284 de la Decisión, en el marco del Arbitraje que nos ocupa, no existen conjuntos de procedimientos paralelos separados, “sino sólo un único procedimiento incoado contra la

¹⁷⁹ En un Trabajo de Análisis preparado para la CNUDMI por Jan Paulsson y Georgios Petrochilos, cuando la CNUDMI lanzó el proceso de revisión de su Reglamento de Arbitraje de 1976, el Artículo 1126 del TLCAN fue descrito como “notablemente amplio” [Traducción del Tribunal] al llegar tan lejos como para permitir la acumulación incluso cuando las partes no son las mismas y permitir que la acumulación proceda a pesar de las objeciones de las partes demandantes. Véase “Revision of the UNCITRAL Arbitration Rules”, Informe de Jan Paulsson y Georgios Petrochilos, Freshfields Bruckhaus Deringer, Paris, párrafo 126 y nota al pie 138. Disponible en: http://www.uncitral.org/pdf/spanish/tac/events/hond07/arbrules_report.pdf. La descripción de los autores es una muestra de cuán radicalmente diferente era la disposición en materia de acumulación con base en un tratado de las prácticas existentes del arbitraje comercial internacional. En los términos del Reglamento CNUDMI 1976 al momento del proceso de revisión, “la acumulación sólo es posible cuando las partes lo acuerdan expresamente”. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Grupo de Trabajo II (Arbitraje), Solución de controversias comerciales: Revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, U.N. Doc. A/CN.9/WG.II/WP. 143 (20 de julio de 2006), párrafo 68. (A RA 301.) El Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 2010 continúa destacando el rol central del consentimiento de las partes. Garth Schofield en “The 2010 UNCITRAL Arbitration Rules: Changes and Implications for Practice”, pág. 5. Disponible en: <http://www2.americanbar.org/calendar/section-of-international-law-2011-spring-meeting/Documents/Friday/Changing%20the%20Rules/THE%202010%20UNCITRAL%20ARBITRATION%20RULES.pdf>, observó que el Reglamento CNUDMI 2010 prevé expresamente la acumulación de terceros, con la condición de que cualquiera de dichas partes adicionales fuera también parte en el acuerdo de arbitraje subyacente, pero no incorporó propuestas más amplias, incluida la acumulación no consensuada de partes que no sean parte en el acuerdo de arbitraje original ni la acumulación de arbitrajes relacionados que surjan en virtud de instrumentos diferentes.

¹⁸⁰ *En la materia relativa al: Tratado de Libre Comercio de América del Norte; y en el asunto sobre: Solicitud de los Estados Unidos Mexicanos de Acumulación de las reclamaciones en: Corn Products International, c. Estados Unidos Mexicanos (Caso CLADI N.º ARB (AF)/04/1) y Archer Daniels Midland Company y Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos (Caso CLADI N.º ARB(AF)/04/5)*, disponible en: <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0242.pdf>; *Canfor Corporation c. Estados Unidos de América y Tembec et al c. Estados Unidos de América y Terminal Forest Products Ltd. c. Estados Unidos de América*, Resolución del Tribunal de Acumulación, disponible en: <http://www.state.gov/documents/organization/53113.pdf>.

misma Demandada por un grupo múltiple de Demandantes”. La lógica y el atractivo de este enfoque desde la perspectiva de los Demandantes puede entenderse completamente dadas las cuestiones de hecho y de derecho que es evidente que sus reclamos comparten (por ejemplo, su adquisición de títulos de deuda derivados de bonos emitidos por la República Argentina, el hecho del *default* de la deuda soberana y la sanción de la Ley Cerrojo), así como las ventajas en materia de costas y eficiencia que derivan de un proceso de tal naturaleza. Tenía la ventaja adicional de plantearle a la Demandada un *fait accompli* (o más precisamente, a la luz de la Decisión del Tribunal, algo similar a un *fait accompli*) respecto del desarrollo del procedimiento como colectivo a pesar de las excepciones opuestas con vehemencia por la Demandada.

10. Como el Tribunal ha señalado, en casos como *Canadian Cattlemen y Bayview*, las partes demandadas insistían en que (en ausencia de una solicitud formal ante el tribunal de acumulación) tenían que prestar su consentimiento a la acumulación de los reclamos individuales que se pretendía que se analizaran conjuntamente¹⁸¹. Por lo tanto, en la práctica, como el Tribunal ha reconocido, hay ejemplos de partes demandadas que insisten en su supuesto derecho al consentimiento a que el tribunal entienda en sus reclamos individuales en forma colectiva (y esto reitera el comentario del Sr. Broches acerca de la necesidad de contar con una Cláusula de Consentimiento Especial a efectos de los arbitrajes CIADI de múltiples partes). Esto se debe al hecho de que es posible que el hecho de proceder al registro de un grupo de reclamos individuales como un único procedimiento tenga un impacto positivo y negativo en la capacidad de cada Parte de plantear su postura.

11. En ausencia de una disposición en materia de acumulación, el Tribunal ha abordado la cuestión del siguiente modo. Luego de haber advertido que hay sólo un único procedimiento iniciado en contra de la misma Demandada por un grupo múltiple de Demandantes, comenta lo siguiente: “Si, de todos modos, la acumulación, o alternativamente consolidación, no fuera admisible como medida unilateral por un grupo de demandantes en arbitrajes separados pero paralelos, surge inevitablemente la siguiente interrogante: ¿de qué manera es la posición diferente si la agrupación se lleva a cabo de antemano, es decir, en la etapa de inicio del procedimiento de arbitraje a iniciativa unilateral de un número de demandantes individuales?”¹⁸². El Tribunal ha respondido a esta pregunta al sostener, en los párrafos 292-294, que un número de demandantes individuales puede tener la iniciativa unilateral de plantear sus reclamos en forma conjunta si existe una única controversia entre los demandantes y la parte demandada.

12. En mi opinión, la búsqueda por parte del Tribunal de la existencia de una única controversia cuando, por un lado, todos los Demandantes han sentido el efecto de las medidas de la Demandada, pero, por el otro, han adquirido títulos de deuda diferentes en emisiones de bonos diferentes en momentos diferentes y en circunstancias diferentes, representa la mejor solución posible en vista de las circunstancias imperantes, teniendo en cuenta lo siguiente: (i) la ausencia de una cláusula de consentimiento especial y de reglas y procedimientos especiales en materia de arbitrajes CIADI de múltiples partes; (ii) la ausencia de una disposición en materia de acumulación en el Tratado; y (iii) los preceptos fundamentales del arbitraje CIADI (a saber, igualdad de armas y oportunidad plena de

¹⁸¹ Decisión, párrafos 285, 288.

¹⁸² Decisión, párrafo 284.

plantear la propia postura). En el caso de que el Tribunal encuentre una controversia semejante, habrá consentimiento al arbitraje de múltiples partes que nos ocupa.

13. Esto conduce a mi última reflexión, que consiste en subrayar la constancia que deja el Tribunal en el párrafo 294 de la necesidad de que haya suficientes pruebas propias de las Partes en el expediente a fin de convencerse de la existencia o no de un única controversia y de garantizar que todas las partes tengan la oportunidad plena de plantear sus respectivas posturas. En mi opinión, esto es de vital importancia para la correcta administración de justicia en este caso.

[FIRMADO]

J. Christopher Thomas QC