

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

Abertis Infraestructuras, S.A.

c.

República Argentina

(Caso CIADI No. ARB/15/48)

RESOLUCIÓN PROCESAL No. 2
Sobre la Solicitud de Bifurcación presentada por la Demandada

Miembros del Tribunal

Sr. Eli Whitney Debevoise II, Árbitro
Dr. Eduardo Valencia-Ospina, Árbitro
Sr. Rodrigo Oreamuno B., Presidente del Tribunal

Secretaria del Tribunal

Sra. Ana Constanza Conover Blancas

27 de marzo de 2017

I. Introducción

1. El 3 de febrero del 2017 la República Argentina (en adelante Argentina o la Demandada) presentó una Solicitud de Bifurcación de este procedimiento (en adelante la Solicitud).
2. En la sección II de su Solicitud la Demandada explicó en “forma preliminar” las razones por las que considera que este Tribunal carece de competencia y el CIADI de jurisdicción para resolver la presente disputa.
3. El 28 de febrero del 2017, Abertis Infraestructuras, S.A. (en adelante Abertis o la Demandante) presentó su Respuesta a la Solicitud de Bifurcación (en adelante la Respuesta) en la que indicó que no estaba de acuerdo con la Solicitud.
4. Según el Artículo 41 (2) del Convenio del CIADI (el Convenio), el Tribunal está facultado para decidir si resolverá las objeciones a la jurisdicción del CIADI y a la competencia del Tribunal como una cuestión previa o conjuntamente con el fondo.
5. El párrafo 14.3 de la Resolución Procesal número 1 del 11 de octubre del 2016 establece lo siguiente:

“En el evento de que la Demandada solicitara bifurcar el procedimiento, a fin de que sus eventuales objeciones a la jurisdicción del Tribunal sean decididas por el Tribunal en una etapa previa a la del fondo, la Demandada lo informará a la Demandante en un plazo no superior a los 25 días después de que haya recibido el Memorial sobre el Fondo. En dicha comunicación, la Demandada informará cuáles son los fundamentos básicos de sus objeciones y de la solicitud de bifurcación del procedimiento (sin que sea necesario anticipar o desarrollar en dicha comunicación todas las objeciones; la no presentación de alguna de ellas no implica la renuncia a su presentación con sus Objeciones a la Jurisdicción). La Demandante informará a la Demandada, dentro de los 25 días siguientes de recibida dicha comunicación, su posición respecto de la eventual bifurcación. En caso de desacuerdo de las partes, el Tribunal Arbitral decidirá, dentro de los 25 días siguientes a la comunicación de la Demandante, si el procedimiento debe bifurcarse”.

6. En las siguientes secciones de esta resolución el Tribunal resumirá las posiciones de las partes con respecto a la Solicitud, y decidirá sobre el asunto que le fue planteado en ese escrito.

II. Posición de la Demandada

7. Argentina argumentó en la Solicitud, que la presentación de excepciones a la jurisdicción es un derecho que debe serle garantizado y que el párrafo 14.3 de la Resolución Procesal número 1 estableció expresamente la posibilidad de que esa Nación solicitara la bifurcación del proceso.
8. También señaló la Demandada en la Solicitud que, como la Demandante no cumplió con los “requisitos jurisdiccionales” establecidos en el artículo X del Acuerdo para la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República Argentina, firmado el 3 de octubre de 1991 y vigente desde el 28 de septiembre de 1992 (en adelante el TBI o TBI Argentina-España) esta “controversia se encuentra fuera de la jurisdicción del Tribunal”.¹
9. La Demandada afirmó, además, que ha sido práctica de Argentina solicitar la bifurcación y que solo en uno de los casos que enfrenta esa Nación, la solicitud de bifurcación fue rechazada.
10. Argentina indicó también que la experiencia demuestra la conveniencia de que, el requisito jurisdiccional denominado de “18 meses” sea evaluado de manera preliminar. “Más aún cuando, como en este caso, la parte Demandante reconoce expresamente que no ha aceptado los términos de la oferta de arbitraje realizada por la República Argentina en el TBI Argentina-España que incluye el hecho de que el inversor debe, previo a iniciar un arbitraje someter la controversia a la jurisdicción local del Estado receptor. En consecuencia, el consentimiento para someter esta controversia al arbitraje no se encuentra perfeccionado”.²
11. Argentina citó los casos *Wintershall* e *ICS* presentados contra esa Nación, en los cuales los demandantes no cumplieron el requisito de los 18 meses fundados en la Cláusula de la Nación más Favorecida (CNMF); en ambos casos, la excepción se declaró con lugar.³
12. Argentina se refirió también al tema de los gastos innecesarios de un proceso y citó como ejemplo el caso *Daimler c. Argentina* en el que el tribunal no bifurcó el procedimiento y,

¹ Solicitud de la República Argentina de Bifurcación del Procedimiento, 3 de febrero del 2017, ¶ 16.

² Id., ¶ 4 y también ¶ 6.

³ Id., ¶ 5.

luego de una larga discusión sobre el fondo, declaró que no tenía jurisdicción por la falta de cumplimiento del mismo requisito alegado en este caso (los 18 meses).⁴

13. Argentina también alegó motivos de eficiencia procesal y reiteró la necesidad de que el Tribunal resuelva prontamente las objeciones sobre jurisdicción y el fondo de esta disputa. Se fundamentó en los casos *Tulip Real Estate c. Turquía*; *Philip Morris Asia Limited c. Australia*, *Caratube c. Kazajstán*; *Glamis Gold c. Estados Unidos* y *Churchill Mingin and Planet Mining Pty Ltd c. Indonesia*.⁵
14. La Demandada indicó que numerosos tribunales han decidido que la CNMF solo puede comprender la resolución de controversias si ello está expresamente previsto.⁶
15. Argentina señaló que le sorprendió que la Demandante afirmara en su Demanda, que recurrir a las cortes argentinas resultaría en “... una situación de ineficiencia e inequidad” que le generaría gastos adicionales,⁷ pues la Demandante dejó transcurrir catorce años entre las medidas que alega la perjudicaron y el inicio del proceso arbitral, lo cual no es un plazo razonable y, además produce “la extinción del reclamo por aplicación de las reglas de prescripción extintiva y liberatoria bajo el derecho internacional”.⁸
16. Por lo anterior Argentina aseguró que no se ha perfeccionado el consentimiento para someter la controversia al arbitraje.⁹
17. La Demandada también alegó que la bifurcación facilitaría el litigio eficiente del reclamo, como lo indicó el Tribunal del caso *William Ralph Clayton y otros c. Canadá* y, además promovería el balance procesal de los derechos de las partes.¹⁰
18. Fundada en lo anterior, Argentina solicitó bifurcar la etapa jurisdiccional de la eventual etapa de fondo y manifestó que se reservaba el derecho a “modificar y/o agregar nuevas excepciones a la jurisdicción”.¹¹

⁴ Id., ¶ 7.

⁵ Id., ¶¶ 9-15.

⁶ Id., ¶ 19.

⁷ Id., ¶ 21 (al citar la Demanda, ¶¶ 180-187).

⁸ Id., ¶ 22.

⁹ Id., ¶ 23.

¹⁰ Id., ¶ 24.

¹¹ Id., párrafo introductorio (sin número) y ¶ 27.

III. Posición de la Demandante

19. La Demandante afirmó que corresponde bifurcar el proceso si la bifurcación produce mayor eficiencia.¹² Citó las Reglas de Arbitraje del CIADI y de la CNUDMI, así como los casos *Glamis Gold* y *Apotex Holdings*, ambos contra Estados Unidos de América. Señaló que en el primero, el Tribunal identificó algunos factores en relación con la eficiencia y, con base en lo resuelto en *Philip Morris c. Australia*, indicó que el análisis debe hacerse a la luz de las circunstancias específicas de cada caso.¹³ Por lo tanto, para la Demandante, el Tribunal debe considerar si las circunstancias específicas del particular proceso arbitral (no lo sucedido en otros arbitrajes como lo pretende Argentina), hacen que la bifurcación aumente la eficiencia del proceso. La Demandante indicó que el Tribunal debe analizar:
- a. Las probabilidades de éxito de las objeciones jurisdiccionales.
 - b. La posibilidad práctica de bifurcar, teniendo en cuenta la vinculación de las cuestiones jurisdiccionales con las de fondo.¹⁴
20. Abertis indicó que la CNMF prevista en el artículo IV del TBI es aplicable “[e]n todas las materias regidas por [dicho] Acuerdo” y afirmó que así se confirmó en seis casos en los que se aplicó ese tratado.¹⁵
21. Con base en los casos *Camuzzi c. Argentina* y *Glamis Gold c. Estados Unidos de América*, la Demandante indicó que la objeción de Argentina no es sustancial.¹⁶
22. La Demandante señaló que en la Solicitud, Argentina citó casos en los que la CNMF no se aplicaba a “todas las materias” de los respectivos tratados, o la aplicación que se pretendía de esa cláusula era diferente a la que plantea Abertis en este caso.¹⁷
23. Abertis indicó, además, que los tribunales que dictaron las últimas decisiones (*Urbaser, Teinver, Ambiente Ufficio* y *Alemanni*) contra Argentina sobre este tema, rechazaron las mismas objeciones planteadas por la Demandada en este caso.¹⁸

¹² Respuesta a la Solicitud de Bifurcación, 28 de febrero del 2017, ¶¶ 3 y 4.

¹³ Id., ¶¶ 6-7.

¹⁴ Id., ¶ 9.

¹⁵ Id., ¶ 13 (citó los casos *Maffezini c. España*; *Gas Natural c. Argentina*; *Telefónica c. Argentina*; *Suez-InterAguas c. Argentina*; *Suez-Vivendi c. Argentina*; y *Teinver c. Argentina*).

¹⁶ Id., ¶ 14.

¹⁷ Id., ¶ 15.

¹⁸ Id., ¶ 15.

24. La Demandante también afirmó que aunque no pudiera ampararse en la CNMF, tiene que ser dispensada del trámite de someter la disputa a los tribunales locales por carecer ese sometimiento de efectividad.¹⁹ Luego de citar varias decisiones de tribunales arbitrales, señaló que no hay posibilidad de que durante el plazo de dieciocho meses se produzca ningún resultado en los tribunales argentinos. También indicó que para acudir a los tribunales locales tendría que pagar aproximadamente USD\$37 millones por concepto de la “tasa de justicia” y, para desistir de la demanda que planteara tendría que asumir las costas que podrían superar los USD\$300 millones; además ese desistimiento requeriría el consentimiento de Argentina. Lo anterior significaría una carga muy gravosa y dejaría al arbitrio de Argentina la posibilidad de la Demandante de recurrir al arbitraje internacional previsto en el TBI.²⁰
25. En relación con la supuesta falta de impedimentos para que Abertis demandara en los tribunales argentinos, la Demandante señaló que ese sería un argumento relevante si su alegato hubiera sido la imposibilidad de someter la controversia a esos tribunales, no si el argumento es el de la futilidad de hacerlo.²¹
26. Sobre la supuesta tardanza de Abertis para presentar su reclamo en un plazo razonable, la Demandante indicó que ese es un argumento sobre el fondo que debe rechazarse por oportunista. Señaló que en *Kardassopoulos c. Georgia* el Tribunal dijo que ese tema debe ser analizado según las circunstancias del caso. También citó al profesor Schreuer en lo referente a la valoración de la prueba en una audiencia final.²²
27. Abertis concluyó que “... aun si este Tribunal considerara que la objeción de Argentina a la aplicación de la cláusula de nación más favorecida para evitar el litigio local por 18 meses tuviera posibilidades de prosperar, la bifurcación no procedería. Ello por cuanto el tribunal todavía tendría que decidir acerca del argumento de Abertis referente a la futilidad de ese requisito, a la luz de la objeción de Argentina por el supuesto retraso irrazonable de Abertis en presentar su demanda arbitral”.²³ Evidentemente, el Tribunal no puede decidir

¹⁹ Id., ¶ 17.

²⁰ Id., ¶ 17.

²¹ Id., ¶ 18.

²² Id., ¶¶ 26 y 27.

²³ Id., ¶ 27.

si el alegado retraso de Abertis fue irrazonable sin analizar la evidencia y argumentos relativos al fondo de la disputa.²⁴

28. En los párrafos 20 y 21 de la Respuesta, la Demandante afirmó que la bifurcación del procedimiento, causará una demora en la decisión final de este proceso lo cual le resultaría perjudicial a ella.
29. Por lo anterior, la Demandante le solicitó al Tribunal que deniegue la Solicitud; decida conjuntamente las objeciones jurisdiccionales con los reclamos de fondo; ordene presentar el Memorial de Contestación 110 días después de la decisión; que dicte y le “ORDENE a Argentina el reembolso a Abertis de los costos y gastos incurridos por ella en respuesta a la Solicitud de Bifurcación.”²⁵

IV. Análisis y decisión

30. El Tribunal considera necesario manifestar que la decisión sobre bifurcación que dicte, cualquiera que sea su contenido, en nada afectará el derecho que Argentina correctamente alega tener, para plantear las excepciones a la jurisdicción del CIADI y a la competencia del Tribunal que considere necesarias.
31. El Tribunal también estima conveniente expresar que la práctica que una Parte tenga en cuanto a la bifurcación de procesos y la cantidad de casos en los que esa Parte haya logrado una decisión favorable o contraria sobre las solicitudes de bifurcación que haya planteado, no vincula de ninguna manera a este Tribunal, el que debe decidir basado en las circunstancias propias de este caso concreto.
32. Aun cuando la Demandada no planteó formalmente una excepción de jurisdicción, en vista de que del texto de la Solicitud se desprende que cuestiona la competencia del Tribunal y la jurisdicción del CIADI y, además, la Demandante no objetó ese proceder, en aplicación del principio de la informalidad, propio del arbitraje, el Tribunal tendrá esa excepción de jurisdicción por opuesta y procederá en consecuencia.
33. Las Partes citaron varios casos relacionados con la Solicitud pero ninguna de ellas cuestionó la potestad y el poder discrecional del Tribunal para decidir sobre la bifurcación.

²⁴ Id.

²⁵ Id., ¶ 28 (d).

34. También conviene indicar que el Tribunal no puede considerar ante una solicitud de bifurcación, las probabilidades de éxito de las objeciones jurisdiccionales planteadas o, en este caso, de las que pudieran oponerse posteriormente cuyo contenido desconoce.
35. En la Solicitud la Demandada cuestionó la jurisdicción del Centro y la competencia del Tribunal, y se reservó el derecho de presentar posteriormente otras excepciones sobre jurisdicción.
36. También afirmó la Demandada, en forma preliminar, que la Demandante no había aceptado la oferta de arbitraje de la República de Argentina, en los términos establecidos en el Artículo X del TBI Argentina-España.
37. La Demandante admitió no haber sometido la controversia a los tribunales argentinos, antes de presentar la solicitud de arbitraje ante el CIADI. Afirmó que no estaba obligada a ello, en virtud de la CNMF contenida en el Artículo IV del TBI.
38. El párrafo 14.3 de la Resolución Procesal número 1, le permite a la Demandada oponer otras excepciones jurisdiccionales, además de aquella en la que funda su Solicitud de Bifurcación. Para explicar su punto de vista con mayor claridad, seguidamente el Tribunal transcribirá ese párrafo, destacando las partes que confirman esa interpretación:
- “En el evento de que la Demandada solicitara bifurcar el procedimiento, a fin de que sus **eventuales objeciones a la jurisdicción del Tribunal** sean decididas por el Tribunal en una etapa previa a la del fondo, la Demandada lo informará a la Demandante en un plazo no superior a los 25 días después de que haya recibido el Memorial sobre el Fondo. En dicha comunicación, la Demandada informará cuáles son los fundamentos básicos de sus objeciones y de la solicitud de bifurcación del procedimiento (**sin que sea necesario anticipar o desarrollar en dicha comunicación todas las objeciones; la no presentación de alguna de ellas no implica la renuncia a su presentación con sus Objeciones a la Jurisdicción**). La Demandante informará a la Demandada, dentro de los 25 días siguientes de recibida dicha comunicación, su posición respecto de la eventual bifurcación. En caso de desacuerdo de las partes, el Tribunal Arbitral decidirá, dentro de los 25 días siguientes a la comunicación de la Demandante, si el procedimiento debe bifurcarse”.
39. La excepción planteada en la Solicitud, abre la posibilidad teórica de que el proceso arbitral no llegue a la fase de fondo y que, por razones de economía procesal sea más conveniente analizar y resolver previamente los asuntos jurisdiccionales.
40. Para este Tribunal hay un elemento adicional importante a ponderar: si la excepción jurisdiccional planteada por Argentina está entrelazada con el fondo de la disputa. La Demandante argumenta que la cuestión de la futilidad o de la falta de efectividad alegada

por la Demandada debe ser analizada junto con el fondo de la disputa por estar ambas íntimamente entrelazadas. El Tribunal no comparte ese criterio.

41. Cuando existe una vinculación entre los asuntos jurisdiccionales y el fondo del asunto, un tribunal arbitral, en esta fase inicial no dispone todavía de los elementos suficientes para resolver sobre las excepciones a la jurisdicción que la Demandada oponga; en este caso, esa situación no existe. No hay tal vinculación; por lo contrario, la excepción planteada amerita su análisis preliminar separado de los temas de fondo, los cuales, si la decisión sobre jurisdicción así lo declarara, serían analizados en una segunda etapa. Si, como lo ha sugerido la Demandada opusiera otras excepciones jurisdiccionales, el Tribunal juzgará si pueden ser resueltas en esta etapa procesal.

Por lo tanto,

42. El Tribunal declara por mayoría, con la abstención del señor Debevoise, con lugar la Solicitud de Bifurcación planteada por Argentina y, de conformidad con el Artículo 41 del Convenio del CIADI, ordena lo siguiente:
- a. Separar la fase jurisdiccional de la fase de fondo.
 - b. Aplicar los párrafos 14.9 al 14.13 de la Resolución Procesal número 1 en relación con el calendario procesal que regirá este proceso.
 - c. Resolver posteriormente sobre los costos en los que hayan incurrido las Partes en relación con la Solicitud de Bifurcación planteada por la Demandada.

Por la mayoría del Tribunal

Rodrigo Oreamuno B.
Presidente