

## CIADI

### ARBITRAJE INTERNACIONAL

#### WINTERSHALL AG v. REPÚBLICA ARGENTINA

##### 1. Introducción

El arbitraje iniciado el 23/12/2003 por WINTERSHALL AG contra la REPÚBLICA ARGENTINA concluyó con el laudo interlocutorio firmado entre el 03/11/2008 y 08/11/2008 por el Tribunal Arbitral designado de acuerdo con el Reglamento del CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES (en adelante, CIADI).

Mediante este laudo, el Tribunal Arbitral admitió la excepción de falta de jurisdicción e incompetencia opuesta por la República Argentina y decidió que no tenía jurisdicción ni competencia para resolver el conflicto de acuerdo con el art. 41.5 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (en adelante, Convenio CIADI). A tal fin, declaró que:

1. Wintershall AG no tenía derecho a iniciar en forma directa el arbitraje ante el CIADI sin antes haber sometido el conflicto a los tribunales argentinos competentes en los términos de los incisos 2 y 3 del art. 10 del Tratado Bilateral de Inversiones vigente entre Alemania y Argentina a partir del 08/11/1993, aprobado en la República Argentina mediante Ley N° 24.098 (en adelante, TBI A/G).
2. La cláusula nación más favorecida establecida en el art. 3 del TBI A/G no autoriza a Wintershall AG a no cumplir con el previo sometimiento del conflicto al tribunal argentino competente exigido por el art. 10.2 del TBI A/G.

##### 2. El conflicto

Wintershall AG, una sociedad constituida según las leyes de la República Federal de Alemania (en adelante, WAG), realizó inversiones en la República Argentina protegidas por el TBI A/G para la producción de petróleo y gas natural. WAG realizó estas inversiones, en forma indirecta, a través de su subsidiaria Wintershall Energía S.A., una sociedad constituida según las leyes de la República Argentina (en adelante, WESA). Cuando se suscitó el conflicto y se inició el arbitraje, WAG era la propietaria del 100 % del capital social de WESA en forma indirecta.

En su carácter de productora de petróleo y gas natural en la República Argentina y en el marco regulatorio establecido por el Gobierno de la República Argentina para la industria petrolera desde los años 1989 hasta el presente, WESA desarrolló actividades como titular de concesiones para la producción de hidrocarburos, de permisos de exploración y de contratos de producción en la Provincias de Neuquén y Tierra del Fuego. El Gobierno de la República Argentina incorporó expresamente los derechos y las garantías establecidas en el mencionado marco regulatorio en los contratos que celebró con WESA para la concesión de áreas de producción, el otorgamiento de permisos de exploración.

WAG considera que la República Argentina violó los derechos y las garantías que el mencionado marco regulatorio estableció a su favor a través de medidas unilaterales adoptadas por el Gobierno Argentino, incluyendo entre ellas decretos y resoluciones sancionados a partir del año 2001. WAG alegó que estas medidas le impidieron recibir oportunamente el pago de los dividendos distribuidos por WESA a su favor; perjudicaron los derechos de WESA establecidos mediante leyes y contratos, los cuales estaban protegidos por la garantía constitucional de la propiedad; y también violaron los art. 2.1<sup>1</sup>, 2.2<sup>2</sup>, 2.3<sup>3</sup>, 4.1<sup>4</sup>, 4.2<sup>5</sup>, 5<sup>6</sup> y 7.2<sup>7</sup> del TBI A/G.

En consecuencia, el 02/04/2003, WAG y WESA remitieron una carta al Presi-

---

<sup>1</sup> Art. 2.1: Cada una de las Partes Contratantes promoverá las inversiones dentro de su territorio de nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante y las admitirá de conformidad con sus leyes y reglamentaciones. En todo caso tratará las inversiones justa y equitativamente.

<sup>2</sup> Art. 2.2: Las inversiones realizadas por nacionales o sociedades de una de las Partes Contratantes en el territorio de la otra Parte Contratante de acuerdo con las leyes y reglamentaciones de esta última gozarán de la plena protección de este Tratado.

<sup>3</sup> Art. 2.3: Ninguna de las Partes Contratantes perjudicará en su territorio la administración, la utilización, el uso o el goce de las inversiones de nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante a través de medidas arbitrarias o discriminatorias.

<sup>4</sup> Art. 4.1: Las inversiones de nacionales o sociedades de una de las Partes Contratantes gozarán de plena protección y seguridad jurídica en el territorio de la otra Parte Contratante.

<sup>5</sup> Art. 4.2: Las inversiones de nacionales o sociedades de una de las Partes Contratantes no podrán, en el territorio de la otra Parte Contratante, ser expropiadas, nacionalizadas, o sometidas a otras medidas que en sus efectos equivalgan a expropiación o nacionalización, salvo por causas de utilidad pública, y deberán en tal caso ser indemnizadas. La indemnización deberá corresponder al valor de la inversión expropiada inmediatamente antes de la fecha de hacerse pública la expropiación efectiva o inminente, la nacionalización o la medida equivalente. La indemnización deberá abonarse sin demora y devengará intereses hasta la fecha de su pago según el tipo usual de interés bancario; deberá ser efectivamente realizable y libremente transferible. La legalidad de la expropiación, nacionalización o medida equiparable, y el monto de la indemnización, deberán ser revisables en procedimiento judicial ordinario.

<sup>6</sup> Art. 5: (1) Cada Parte Contratante garantizará a los nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante la libre transferencia de los pagos relacionados con una inversión, especialmente: (a) del capital y de las sumas adicionales para el mantenimiento o ampliación de la inversión de capital; (b) de las ganancias; (c) de la amortización de los préstamos definidos en el inciso c) del apartado 1 del artículo 1; (d) del producto de la venta o liquidación total o parcial de la inversión; (e) de las indemnizaciones previstas en el artículo 4. (2) La transferencia se efectuará sin demora de acuerdo a los procedimientos establecidos en el territorio de cada Parte Contratante y al tipo de cambio aplicable en cada caso. Dicho tipo de cambio no deberá diferir sustancialmente del tipo cruzado (cross rate) resultante de los tipos de cambio que el Fondo Monetario Internacional aplicaría si en la fecha del pago cambiaran las monedas de los países interesados en derechos especiales de giro.

<sup>7</sup> Art. 7.2: Cada Parte Contratante cumplirá cualquier otro compromiso que haya contraído con relación a las inversiones de nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante en su territorio.

dente de la República Argentina para notificarle la existencia del conflicto en los términos expuestos y del comienzo del período para negociar una solución amigable del mismo conforme a lo previsto por el art. 10.1<sup>8</sup> del TBI A/G. Para el caso de que el conflicto no fuera dirimido amigablemente dentro del plazo de seis meses establecido en el art. 10.2<sup>9</sup> del TBI A/G, también notificaron que ejercerían su derecho a iniciar procesos judiciales o arbitrales ante el CIADI.

El 19/12/2003, WAG y WESA remitieron una segunda carta al Presidente de la República Argentina para notificarle que había transcurrido en exceso el plazo previsto para la solución amigable del conflicto sin haber obtenido respuesta alguna; y que someterían la solución del conflicto a la exclusiva jurisdicción de un tribunal arbitral constituido de acuerdo con el reglamento del CIADI. Fundaron la jurisdicción exclusiva del CIADI en que la cláusula “nación más favorecida” contenida en el art. 3<sup>10</sup> del TBI A/G los autorizaba a aplicar al conflicto el art. VII del Tratado Bilateral de Inversiones celebrado entre la República Argentina y los Estados Unidos de América vigente desde el 20/10/1994 (en adelante, TBI A/USA) en reemplazo del art. 10 del TBI A/G. Según WAG y WESA el mecanismo de resolución de conflictos previsto en el TBI A/USA es más favorable que el previsto por el TBI A/G porque el primero no exige el sometimiento del conflicto a los tribunales argentinos que sí exige el segundo.

Esta carta tampoco tuvo respuesta del Gobierno Federal de la República Argentina.

### **3. El trámite del proceso arbitral**

El 23/12/2003, WAG y WESA presentaron ante la Secretaría General del CIADI la solicitud de someter a arbitraje el conflicto descrito, consintiendo su jurisdicción y competencia para el caso.

---

<sup>8</sup> Art. 10.1: Las controversias que surgieren entre una de las Partes Contratantes y un nacional o una sociedad de la otra Parte Contratante en relación con las inversiones en el sentido del presente Tratado deberán, en lo posible, ser amigablemente dirimidas entre las partes en la controversia.

<sup>9</sup> Art. 10.2: Si una controversia en el sentido del párrafo 1 no pudiera ser dirimida dentro del plazo de seis meses, contado desde la fecha en que una de las partes en la controversia la haya promovido, será sometida a petición de una de ellas a los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión.

<sup>10</sup> Art. 3: (1) Ninguna de las Partes Contratantes someterá en su territorio a las inversiones de nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante o a las inversiones en las que mantengan participaciones los nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante, a un trato menos favorable que el que se conceda a las inversiones de los propios nacionales y sociedades o a las inversiones de nacionales y sociedades de terceros Estados. (2) Ninguna de las Partes Contratantes someterá en su territorio a los nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante, en cuanto se refiere a sus actividades relacionadas con las inversiones, a un trato menos favorable que a sus propios nacionales y sociedades o a los nacionales y sociedades de terceros Estados. (3) Dicho trato no se extenderá a los privilegios que una de las Partes Contratantes conceda a los nacionales y sociedades de terceros Estados por formar parte de una unión aduanera o económica, un mercado común o una zona de libre comercio. (4) El trato acordado por el presente artículo no se extenderá a las ventajas que una de las Partes Contratantes conceda a los nacionales o sociedades de terceros Estados como consecuencia de un acuerdo para evitar la doble imposición o de otros acuerdos en materia impositiva.

Posteriormente y antes del registro de la solicitud de arbitraje en la Secretaría General del CIADI, WESA desistió de su intervención en el proceso arbitral.

El 15/07/2004, la Secretaría General del CIADI notificó a WAG el registro del caso e invitó a las partes a constituir el Tribunal Arbitral de acuerdo con los arts. 37 a 40 de la Convención CIADI. Ello sin perjuicio de las facultades del Tribunal para decidir sobre su jurisdicción y competencia en los términos de los arts. 41 y 42 de la Convención CIADI. El Tribunal quedó debidamente constituido el 07/09/2005.

Mediante su solicitud de arbitraje, WAG formuló al Tribunal las siguientes peticiones:

1. Que declare que la demandada incumplió las normas aplicables al caso del TBI A/G, el derecho internacional y/o el derecho argentino.
2. Que declare que las acciones y omisiones del Gobierno Federal de la República Argentina constituyen una expropiación sin una oportuna, adecuada y efectiva indemnización; que incumplió los compromisos asumidos con relación a sus inversiones; que actuó en forma injusta, inequitativa y arbitraria; y que no proveyó la seguridad y protección debidas a sus inversiones.
3. Que obligue al Gobierno Federal de la República Argentina a tomar todas las medidas apropiadas para cumplir con el TBI A/G, el derecho internacional, la Constitución de la Nación Argentina, las leyes argentinas, el marco regulatorio de la industria del petróleo, las concesiones petroleras y los contratos celebrados; a respetar las condiciones originales de todos los contratos celebrados con WESA en Dólares de los Estados Unidos de América; y a realizar todas las acciones necesarias para anular las acciones del Gobierno Federal de la República Argentina impugnadas por WAG.
4. Que decrete una medida cautelar que impida la continuación de las acciones del Gobierno Federal de la República Argentina impugnadas por WAG.
5. Que condene a la demandada a indemnizar a WAG todos los daños causados por los incumplimientos denunciados, con más intereses.
6. Que condene a la demandada a pagar las costas del proceso arbitral.

Oportunamente, la República Argentina opuso la excepción de falta de jurisdicción e incompetencia de acuerdo con el art. 41 de la Convención CIADI y el art. 41 del Reglamento de Arbitraje del CIADI, solicitando que declare que el CIADI no tiene jurisdicción ni competencia para intervenir en el conflicto suscitado entre las partes y que, en consecuencia, rechace la solicitud de arbitraje

y los reclamos incoados por WAG, imponiendo las costas del proceso a esta última. Fundó la excepción opuesta en las siguientes objeciones a la jurisdicción y competencia del CIADI:

1. El CIADI no tiene jurisdicción sobre el conflicto suscitado entre las partes porque:
  - 1.1. WAG no cumplió con el deber impuesto por el art. 10.2 del TBI A/G ya que no sometió el caso a los tribunales argentinos competentes.
  - 1.2. La cláusula “nación más favorecida” contenida en el art. 3 del TBI A/G no puede ser invocada para no cumplir con el deber impuesto por el mencionado art. 10.2 del TBI A/G. Ello porque:
    - 1.2.1. La cláusula “nación más favorecida” no se aplica a la cláusula de resolución de controversias.
    - 1.2.2. La interpretación de la cláusula “nación más favorecida” propiciada por WAG viola las reglas de interpretación *ejusdem generis* y *effet utile*.
    - 1.2.3. La jurisprudencia citada por WAG confirma que la cláusula “nación más favorecida” no se aplica a la cláusula de resolución de controversias.
2. El CIADI no tiene jurisdicción para revisar las medidas adoptadas por el Gobierno Federal de la República Argentina en estado emergencia nacional, ya que la jurisdicción para esa revisión es exclusiva de los tribunales argentinos.
3. Los reclamos de WAG se relacionan con cuestiones contractuales respecto de las cuales el CIADI carece de jurisdicción.
4. Los documentos que instrumentan las relaciones entre las partes establecen la jurisdicción de los tribunales argentinos.
5. WAG carece de legitimación para formular reclamos fundados en derechos de otra persona.
6. WAG carece de legitimación para formular reclamos relacionados con áreas adquiridas con posterioridad a la implementación de las medidas impugnadas.

El Tribunal decidió separar el trámite de las cuestiones de jurisdicción del de las cuestiones de mérito del conflicto; y resolver la excepción opuesta por la República Argentina como de previo y especial pronunciamiento. También difirió el tratamiento de las cinco últimas objeciones a la jurisdicción del Tribunal formuladas por la República Argentina como fundamento de la excep-

ción opuesta por considerar que esas objeciones se relacionan con cuestiones de mérito.

El Tribunal abrió a prueba la excepción opuesta por la República Argentina y luego de producida la prueba ofrecida por las partes dictó el laudo en cuestión.

#### **4. Los principales argumentos del Tribunal**

##### **4.1. Respeto del incumplimiento del art. 10.2 del TBI A/G**

El Tribunal comienza por establecer que las entidades no estatales beneficiarias de un Tratado Bilateral de Inversiones son beneficiarios secundarios de los derechos establecidos en el mismo y que sólo pueden reclamar por la responsabilidad de un Estado en los términos del tratado correspondiente. Para luego destacar que no existen reglas claras en el Derecho Internacional respecto de los procedimientos para reclamar por la responsabilidad internacional de los estados en materia de inversiones. Por lo tanto, concluye, que los Tribunales están autorizados para determinar los medios a través de los cuales una entidad no estatal puede reclamar por la responsabilidad de un Estado en los términos de un tratado en particular.

Luego, interpretando por analogía el art. 36.2 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, considera que es un principio general del Derecho de los Tratados que el beneficiario secundario de un tratado de inversiones (es decir, el inversor) deba cumplir con las condiciones establecidas en el Tratado de Inversiones para ejercer los derechos que surgen del mismo. En consecuencia y de acuerdo con los términos del art. 10 del TBI A/G, resulta que el derecho a iniciar un arbitraje ante el CIADI está expresamente condicionado a que el inversor primero someta el conflicto al tribunal argentino competente durante un período de 18 meses (el cual ha sido considerado por ambas partes del TBI A/G como un foro apropiado).

Como la estipulación de esta condición a la jurisdicción del CIADI se encuentra autorizada expresamente por el art. 26 de la Convención CIADI, su incorporación al art. 10 del TBI A/G es legítima y forma parte del consentimiento escrito de la República Argentina a la jurisdicción del CIADI exigido por el art. 25 de la esa misma convención.

La condición establecida en la cláusula 10.2<sup>11</sup> del TBI A/G también forma parte de la oferta de arbitraje formulada por Argentina a través de ese TBI. Por su parte, para someter un conflicto a la jurisdicción del CIADI, el inversor debe aceptar la oferta de arbitraje en los términos en los cuales la misma fue formulada, es decir, con la condición incluida en la misma. También debe cumplir con esa condición en forma previa al arbitraje, ya que es obligatoria por no

---

<sup>11</sup> El art. 10.2 del TBI A/G establece que la controversia “*será sometida... a los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión*”.

existir dispensa alguna a esa condición en el tratado.

Adicionalmente, la estructura (o el contexto en los términos de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados) del art. 10 del BTI A/G también lleva a concluir que la condición es obligatoria, ya que todos sus párrafos se encuentran interconectados, de modo tal que cada uno de ellos depende del anterior. Así, la jurisdicción del CIADI depende del cumplimiento de las condiciones establecidas en los párrafos (1) y (2) del mencionado artículo.

Sobre la base de estos argumentos y otros que no he incluido en el presente por considerarlos secundarios, el Tribunal concluyó que WAG no podía eludir el cumplimiento del art. 10.2 del TBI A/G como presupuesto previo al inicio del arbitraje; y que no habiendo cumplido con ese presupuesto el Tribunal carece de competencia para entender en el reclamo y para resolver las cuestiones de mérito planteadas por las partes.

#### **4.2. Respecto de la aplicación de la cláusula “nación más favorecida” contenida en el art. 3 del TBI A/G al art. 10 del mencionado TBI**

Contrariamente a lo alegado por WAG, el Tribunal considera que la aplicación de la cláusula “nación más favorecida” contenida en el art. 3 del TBI A/G para reemplazar el art. 10 del mencionado TBI por el art. VII del TBI A/USA involucra cuestiones de jurisdicción y consentimiento al arbitraje.

El art. 25 de la Convención CIADI exige el consentimiento escrito de las partes para someter un conflicto a la jurisdicción de un tribunal constituido de acuerdo con el reglamento del CIADI. El Estado anfitrión de las inversiones expresa su consentimiento escrito al arbitraje CIADI al celebrar un TBI que contenga una cláusula compromisoria que someta los conflictos derivados del TBI a la jurisdicción del CIADI. Se considera que esta oferta es firme y vinculante para el Estado anfitrión dirigida a los potenciales inversores del otro Estado contratante; y que esa oferta es aceptada en cada caso cuando un inversor presenta su solicitud de arbitraje ante el CIADI. A partir de esa presentación queda expresado el consentimiento escrito común a ambas partes para someter el conflicto a arbitraje en los términos del mencionado art. 10, el cual contiene el acuerdo completo entre las partes del TBI para resolver los conflictos que se susciten con relación al mismo, el cual también se aplica a los beneficiarios secundarios del TBI.

Teniendo en cuenta que, de acuerdo con lo expuesto en la sección precedente de este capítulo, el sometimiento del conflicto a la jurisdicción de lo tribunal argentino competente en los términos del art. 10.2 del TBI A/G es una condición de la oferta de arbitraje formulada en forma genérica y vinculante por la República Argentina en los arts. 10.3 y 10.4 del mencionado TBI, la aplicación de la cláusula “nación más favorecida” para substituir el art. 10 del TBI A/G por el art. VII del TBI A/USA es reemplazar el consentimiento a la jurisdicción del CIADI escrito en el TBI A/G por otro consentimiento diferente, respecto de

otro sistema de arbitraje (el consentimiento escrito en el TBI A/USA, el cual establece un medio de resolución de conflictos distinto al previsto en el TBI A/G). Esta substitución no puede ser admitida porque la oferta de arbitraje debe ser aceptada en los términos en los que fue formulada, los cuales traducen la intención de los estados que firmaron el tratado de acuerdo a una razonable interpretación de los mismos. Y, es un principio general del Derecho Internacional, derivado de la soberanía de los estados, que un estado sólo puede ser sometido a la jurisdicción de un tribunal si ha prestado su consentimiento y en los términos en los cuales ese consentimiento fue formulado. Aplicando este principio se ha decidido que no es suficiente un consentimiento presunto y que los tribunales no pueden presumir el consentimiento del estado (v. caso “Lotus”, PCIJ, Series A, N° 10, p. 18).

La jurisprudencia internacional también ha establecido que la cláusula “nación más favorecida” debe interpretarse en forma restrictiva (no puede ser ampliada por la interpretación) porque no puede exceder la intención de los estados expresada en el texto del tratado (v. caso “Phosphates in Morocco”, 1938, ICJ Reports, 1953, p. 33, §§ 23-24). En este sentido, el Tribunal considera que es claro que en el TBI A/G la cláusula en cuestión no se aplica en forma general a todos los artículos del tratado porque ello no surge de los términos del mismo. En efecto, el art. 3 establece que la cláusula se aplica a las inversiones o a las actividades relacionadas con inversiones, pero no establece que se extiende a todo lo relacionado con las mismas, ni que se aplica a todas las materias consideradas en el tratado. Pero, aún si se hubiese introducido en esta cláusula la mención a todo lo relacionado con las inversiones, según la jurisprudencia internacional esta mención debería ser clara y no ambigua en el contexto del tratado (v., entre otros, el laudo dictado el 25/01/00, por el Tribunal designado por el CIADI *in re* “Malfezzini c/ El Reino de España”; y el laudo dictado el 21/04/06, por el Tribunal designado por la Cámara de Comercio d Estocolmo *in re* “Vladimir v. Russian Federation”, §§ 179 y 181, pp 61-62).

Según el Tribunal, esta es la conclusión también surge de la aplicación al TBI A/G de las reglas de interpretación *ejusmen generis* (mismo género) y *effet utile* (efecto útil).

En virtud de estos argumentos y otros que no he tratado por considerarlos secundarios, el Tribunal concluye que WAG no puede invocar la cláusula “nación más favorecida”, prevista en el art. 3 del TBI A/G, para justificar el incumplimiento del art. 10.2 del mencionado tratado.

## **5. Otras cuestiones resueltas por el laudo**

### **5.1. Duda surgida *proprio motu* al Presidente del Tribunal sobre el consentimiento escrito al arbitraje de WAG**

Luego del cierre de los argumentos orales y sin que hubiese existido petición



de parte al respecto, el Presidente del Tribunal cuestionó la competencia del Tribunal por considerar que el reemplazo del art. 10 del TBI A/G por el art. VII del TBI A/USA por aplicación de la cláusula “nación más favorecida” obstaba a la existencia del consentimiento escrito al arbitraje exigido por el art. 25 de la Convención CIADI; y, siendo este un requisito esencial para la jurisdicción del Tribunal, la falta de consentimiento escrito al arbitraje le impedía al Tribunal proseguir con el trámite del proceso arbitral iniciado.

En posteriores presentaciones, la República Argentina consideró que el planteo del Presidente del Tribunal era correcto y que, en consecuencia, debía considerarse inválido el consentimiento al arbitraje dado por WAG para este caso.

Oportunamente, WAG contestó esta objeción a la jurisdicción del Tribunal sosteniendo que su introducción era extemporánea porque tanto las partes como el CIADI y el Tribunal ya habían actuado sobre la base de la existencia de un consentimiento escrito al arbitraje contenido en el TBI A/G; y que la República Argentina no había objetado la existencia del consentimiento al arbitraje.

El Tribunal decidió continuar con el trámite del caso por considerar que no había forma de negarse la competencia para examinar las objeciones a su jurisdicción introducidas por la República Argentina sobre la base de una cuestión de jurisdicción no introducida por las partes.

## **5.2. Intervención de un tercero como parte**

El 18/05/07, WAG denunció en el proceso arbitral que en noviembre del 2006 había intervenido en una reestructuración societaria autorizada por las leyes de su país, denominado “spin off”; y que como consecuencia de la misma había transferido la mayor parte de sus activos y pasivos a una nueva sociedad constituida según las leyes de la República Federal de Alemania, entre ellos los derechos y obligaciones derivadas del arbitraje iniciado contra la República Argentina. Mediante esta reestructuración WAG había adquirido, directa o indirectamente, el 100 % de la propiedad sobre la nueva sociedad denominada Wintershall Holding AG (en adelante, WH).

WAG también denunció que había celebrado un contrato con WH para asegurar el pago de cualquier obligación derivada del arbitraje en curso y para mantener su legitimación como parte actora del mismo en el caso de que el Tribunal decidiera que debía continuar interviniendo, sola o en forma conjunta con WH, en el proceso arbitral.

Destacó que había transferido a WH la totalidad de las acciones de las sociedades propietarias del 100 % de las acciones de WESA, titular de las concesiones petroleras otorgadas por el Gobierno de la República Argentina, y que por esa razón consideraba relevante el interés de WH en intervenir en el proceso arbitral.

En consecuencia y teniendo en cuenta que, según las leyes alemanas WH es un sucesor universal parcial de WAG, esta última solicitó que se le permitiera a WH intervenir en el proceso arbitral como parte actora, solamente a ella o en forma conjunta con WAG.

La República Argentina solicitó el rechazo de la petición de intervención del tercero formulada por WAG sobre la base de la jurisprudencia de diversos tribunales arbitrales, entre ellos algunos del CIADI, que consideraron inadmisibles otorgar legitimación a terceros para intervenir en un arbitraje con fundamento en el derecho interno de una de las partes del mismo.

Corresponde destacar que respecto de la jurisprudencia aplicable a este particular aspecto del caso, el Tribunal contó con la opinión del Profesor Christoph Schreuer, quien fue ofrecido como testigo técnico por WAG. En su declaración, el Profesor Schreuer manifestó que no conocía reglas ni principios del Derecho Internacional que impidieran a WH intervenir como parte en el proceso arbitral y que existían unos pocos antecedentes que no se referían exactamente al mismo caso (porque en esos casos la sociedad actora había desaparecido como consecuencia de una absorción de la primera sociedad por parte de la sociedad cuya intervención se solicitaba o porque la transferencia había sido anterior al comienzo del arbitraje), destacando que en algunos de esos casos se había admitido la intervención de la nueva sociedad en el arbitraje y que, para tal fin, se había considerado aplicable la ley del país en el cual se había constituido la nueva sociedad. Sobre la base de la declaración del Profesor Schreuer, el Tribunal concluyó que no existía ningún caso en la historia del Derecho Internacional en el cual se hubiesen transferido los derechos y obligaciones derivadas de un proceso de una sociedad comercial a otra y que la sociedad transmitente hubiese substituido a la transferencia.

En consecuencia, la cuestión a decidir por el Tribunal se circunscribió a cuál era el derecho aplicable a la petición de intervención de WH y a decidir si WAG debió solicitar al Tribunal una autorización previa para transferir sus activos y pasivos relacionados con el arbitraje.

Al respecto, el Tribunal estableció que no existía impedimento alguno en las leyes aplicables al caso para que WAG transfiriera los derechos y obligaciones derivados del arbitraje a un tercero, fuera un sucesor universal o particular; destacando que, si la cuestión fuese juzgada de acuerdo al derecho interno, en la mayoría de los estados se admitiría la substitución del tercero como parte del proceso o su adición al mismo (en el caso del Derecho Procesal Nacional Argentino, como tercero interesado). Asimismo, consideró que en los procedimientos internacionales, la intervención de terceros sólo puede ser admitida si las reglas procesales aplicables lo permiten expresamente, ello sin perjuicio de que existe doctrina que exige el consentimiento de la contraparte; y que debía conducir el proceso de acuerdo con lo establecido por el art. 44 de la Convención CIADI.

En consecuencia, concluyó que debería rechazar la incorporación del tercero si no tuviera facultades para admitirla o si la contraparte no hubiera consentido a tal incorporación. Pero, como la República Argentina había consentido la intervención de WH en el arbitraje en forma conjunta con WAG, el Tribunal admitió la intervención en esa forma.

### **5.3. La cuestión suscitada con relación a si la cláusula de solución de controversias prevista en el art. VII del TBI A/USA es más favorable que la prevista en el art. 10 del TBI A/G**

En la audiencia convocada para tratar las objeciones preliminares a la jurisdicción del Tribunal, la República Argentina alegó que, a los efectos de la aplicación de la cláusula “nación más favorecida”, no podía presumirse que el tratamiento otorgado por el art. VII del TBI A/USA para la solución de conflictos es más favorable para WAG que el tratamiento otorgado por el art. 10 del TBI A/G a los mismos efectos; y que, de hecho, el tratamiento otorgado por el art. VII del TBI A/USA no es más favorable. WAG controvertió esta alegación, sosteniendo que existen varios obstáculos para obtener la reparación reclamada ante los tribunales argentinos y que ello demuestra que el tratamiento otorgado por el art. VII del TBI A/USA es más favorable.

El Tribunal consideró que esta alegación de la República Argentina era prematura en esta etapa preliminar del proceso porque la decisión sobre la misma requiere que ambas partes produzcan prueba; y que, en rigor, la cuestión corresponde al fondo del caso. En consecuencia, el Tribunal decidió diferir esta cuestión para resolverla con las restantes cuestiones de mérito.

### **5.4. Nuevas cuestiones introducidas por WAG**

El Tribunal también decidió diferir, para la oportunidad del dictado del laudo sobre las cuestiones de mérito, las cuestiones introducidas por WAG con relación a ciertas nuevas medidas adoptadas por el Gobierno de la República Argentina. Ello porque no estaban relacionadas con las objeciones a la jurisdicción del Tribunal que se resuelven mediante este laudo.

## **6. Conclusiones**

El laudo objeto de este trabajo desarrolla varias cuestiones arduas, como por ejemplo las reglas sobre interpretación de los tratados y, en particular, la interpretación de las cláusulas de solución de conflictos y “nación más favorecida” contenidas en el TBI A/G. Ello ha obligado al Tribunal a realizar un extenso y meritorio análisis de la jurisprudencia aplicable a tal fin.

La dificultad de estos temas se agravó porque ambas partes citaron, respecto de las mismas cuestiones, la misma jurisprudencia y las mismas reglas de interpretación. Tan es así, que el Tribunal señaló en varias oportunidades que no existen reglas claras en el Derecho Internacional respecto a estos temas y que la

jurisprudencia es contradictoria. Y, también consideró necesario destacar que las distintas soluciones difieren según los términos y el contexto de los tratados analizados en cada caso; y que para los tribunales arbitrales las decisiones de otros tribunales no son vinculantes porque sólo tienen efectos entre las partes del arbitraje.

Así las cosas, queda para otro trabajo un análisis más profundo del laudo para el acierto de la decisión.

Queda también para otro trabajo el análisis de cuestiones relativas a la cláusula de solución de controversias del TBI A/G no tratadas en este laudo, como ser los efectos de la sentencia que se dicte en el proceso judicial que tramite en forma previa al proceso arbitral ante el tribunal competente del país anfitrión de la inversión o los efectos de la falta de una sentencia en esa instancia previa. Dicho de otro modo, cómo se deberían resolver las excepciones de cosa juzgada o litispendencia opuestas en el arbitraje CIADI como consecuencia de la existencia de una sentencia ejecutoriada en el trámite del proceso judicial o de la inexistencia de esa sentencia, respectivamente, ya que el tratado no da solución alguna a estas cuestiones. Como tampoco lo hace para el caso de que existiese una sentencia judicial contradictoria con el laudo arbitral. Todo ello sin perjuicio de que parece claro que el laudo del tribunal CIADI debería prevalecer sobre la sentencia del tribunal estatal en virtud de lo establecido por las reglas sobre ejecución de laudos contenidas en la Convención CIADI. Alguna luz arroja sobre estos temas el laudo dictado en el caso Malfezzini, pero -sin duda- no los agota.

\*\*\*

Ignacio J. Padvalskis Simkus