

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

En el Procedimiento de Arbitraje entre

TSA SPECTRUM DE ARGENTINA S.A.
Demandante

c.

LA REPÚBLICA ARGENTINA
Demandada

Caso CIADI No. ARB/05/5

LAUDO

Miembros del Tribunal:

Juez Hans Danelius, Presidente
Profesor Georges Abi-Saab, Árbitro
Sr. Grant Aldonas, Árbitro

Secretaria del Tribunal: Sra. Natalí Sequeira

<i>En representación de la Demandante:</i> Sr. R. Doak Bishop, Sr. Craig S. Miles Sr. Roberto Aguirre Luzi Sra. Silvia Marchili Sr. Ben Love <i>King & Spalding L.L.P.</i> 1100 Louisiana St., Suite 4000, Houston, Texas 77002, EE.UU.	<i>En representación de la Demandada:</i> Sr. Osvaldo César Guglielmino <i>Procurador del Tesoro de la Nación Argentina</i> Procuración del Tesoro de la Nación Posadas 1641 (1121), Buenos Aires Argentina
--	---

Fecha de notificación a las partes: 19 de diciembre de 2008

ÍNDICE

I.	RESUMEN DE LOS HECHOS	2
A.	La Concesión.....	2
B.	Investigaciones penales	5
II.	EL CONVENIO DEL CIADI Y EL TBI	5
III.	ANTECEDENTES PROCESALES	11
IV.	RECLAMACIONES Y EXCEPCIONES A LA JURISDICCIÓN.....	13
V.	PRIMERA EXCEPCIÓN A LA JURISDICCIÓN	15
A.	Argumentos de las partes	15
1.	La República Argentina	15
2.	TSA.....	17
B.	Conclusiones del Tribunal de Arbitraje	20
VI.	SEGUNDA EXCEPCIÓN A LA JURISDICCIÓN	23
A.	Argumentos de las partes	23
1.	La República Argentina	23
2.	TSA.....	27
B.	Conclusiones del Tribunal de Arbitraje	32
VII.	TERCERA EXCEPCIÓN A LA JURISDICCIÓN.....	36
A.	Argumentos de las partes	36
1.	La República Argentina	36
2.	TSA.....	39
B.	Conclusiones del Tribunal de Arbitraje	42
VIII.	CUARTA EXCEPCIÓN A LA JURISDICCIÓN.....	50
A.	Argumentos de las partes	50
1.	La República Argentina	50
2.	TSA.....	52
B.	Conclusiones el Tribunal de Arbitraje	53
IX.	COSTAS.....	54
X.	LAUDO	55

I. RESUMEN DE LOS HECHOS

A. LA CONCESIÓN

1. Thales Spectrum de Argentina S.A. (antes denominada “Thomson Spectrum de Argentina S.A.”; en lo sucesivo, “TSA”) es una sociedad constituida en la Argentina. TSA es una subsidiaria bajo el completo control de TSI Spectrum International N.V. (en lo sucesivo, “TSI”), una sociedad constituida en los Países Bajos.
2. El Decreto 1073/1992 del 30 de junio de 1992 instruyó a la Subsecretaría de Comunicaciones y a la Comisión Nacional de Comunicaciones de la República Argentina (en lo sucesivo, la “CNC”) a que dieran inicio a un concurso para privatizar la administración, la gestión y el control del espectro radioeléctrico y para preparar el pliego de bases y condiciones de dicho concurso.
3. El 5 de noviembre de 1995, el Gobierno Argentino publicó un pliego de bases y condiciones que finalmente fue aprobado el 25 de enero de 1996 mediante la Resolución No. 144/1996 del Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos.
4. El 30 de diciembre de 1996, el Gobierno publicó una versión actualizada del pliego de bases y condiciones. Según esta versión, los oferentes debían presentar tres sobres con los siguientes contenidos:
 - (a) *Primer sobre*: información sobre el oferente con documentación que probara el capital del oferente o de su sociedad controlante.
 - (b) *Segundo sobre*: la propuesta de mejora técnica.
 - (c) *Tercer sobre*: la propuesta económica.
5. Hacia el 14 de marzo de 1997, TSA y otro oferente habían presentado sus ofertas.
6. En mayo de 1997, la Comisión de Evaluación y Preadjudicación preadjudicó la Concesión a TSA.

7. El 11 de junio de 1997, la CNC, mediante Resolución No. 716/97, aprobó la decisión de la Comisión de Evaluación y Preadjudicación y adjudicó la Concesión a TSA.
8. El 11 de junio de 1997, TSA y la CNC celebraron un Contrato de Concesión que establecía los términos y las condiciones de la Concesión y las obligaciones de las partes. El Contrato preveía una vigencia de quince años prorrogable por cinco años a condición de que la Concesionaria cumpla con sus obligaciones contractuales y reúna los requisitos estipulados por la Comisión de Seguimiento del Concesionario. El Contrato estipulaba que TSA debía proporcionar servicios de administración, monitoreo y control del espectro radioeléctrico a la CNC que, a su vez, tenía la obligación de crear una base de datos unificada. Los objetivos consistían en el desarrollo de una política de gestión, planificación y atribución del espectro radioeléctrico; la asignación de frecuencias y el otorgamiento de licencias y concesiones; la aprobación de autorizaciones, especificaciones y estándares relacionados con equipos, así como la emisión de certificados de deuda para la ejecución judicial de deudas vencidas. TSA y la CNC tenían derecho a percibir un porcentaje específico de las tarifas mensuales que se cobraban en concepto de pago por los servicios y el uso del espectro. El Artículo 29 del Contrato contenía la siguiente cláusula sobre la resolución de diferencias:

“ARTÍCULO 29.- JURISDICCIÓN.

Toda cuestión a que dé lugar la aplicación o interpretación de las normas que rigen el CONCURSO o sobre cualquier cuestión vinculada directa o indirectamente con el objeto y efectos del CONCURSO, será sometida a la jurisdicción de los Tribunales Nacionales de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de la Capital Federal, renunciando a cualquier otro fuero o jurisdicción que pudiera corresponder. También en el caso de que el oferente o uno de sus integrantes sea una sociedad extranjera.

Sin perjuicio de ello, las partes podrán someter las desavenencias que deriven de este contrato para que sean resueltas definitivamente en la ciudad de Buenos Aires de acuerdo con el Reglamento de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros

nombrados conforme a este Reglamento.”¹

9. Mediante la Resolución No. 242/04 del 26 de enero de 2004, la CNC declaró la caducidad del Contrato de Concesión y decidió que ella misma operaría las instalaciones y bienes objeto del Contrato. Las razones que se proporcionaron, en pocas palabras, indicaban que TSA había incurrido en un incumplimiento del Contrato en cuanto a la provisión de un sistema informático integrado y que se había enriquecido sin causa.
10. En una carta del 25 de marzo de 2004 dirigida a la CNC, TSA hizo referencia a los tratados bilaterales de inversión con Países Bajos, Francia y Alemania y solicitó negociaciones amigables en virtud de dichos tratados. TSA también pidió que se revocara la Resolución No. 242/04.
11. El 14 de mayo de 2004, la CNC emitió la Resolución No. 1231/04, mediante la cual rechazó estas solicitudes.
12. En una carta del 4 de junio de 2004, pero presentada el 17 de junio de 2004, TSA hizo referencia a los tratados bilaterales de inversión con Países Bajos, Francia y Alemania y solicitó a la Secretaría de Comunicaciones que revocara la Resolución No. 1231/04.
13. En una carta del 10 de diciembre de 2004 dirigida al Presidente de la República Argentina, TSA indicó que, dado que habían transcurrido más de 30 días sin una respuesta expresa de la Secretaría de Comunicaciones, la solicitud de TSA debía considerarse rechazada de conformidad con el derecho argentino. En consecuencia, TSA notificó al Gobierno de la República Argentina que prestaba su consentimiento para someterse a la jurisdicción exclusiva del CIADI a efectos de que la diferencia fuera resuelta a través de un procedimiento de arbitraje obligatorio. TSA también notificó su decisión de interrumpir, con arreglo al Artículo 10(4) del tratado bilateral de inversión entre los Países Bajos y la República Argentina, los procesos administrativos iniciados ante la CNC y la Secretaría de Comunicaciones.

¹ Texto original.

14. El 23 de mayo de 2005, el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios rechazó la apelación interpuesta por TSA contra la Resolución No. 242/04.

B. INVESTIGACIONES PENALES

15. Luego de que se conociera un informe anónimo sobre supuestas irregularidades en el concurso mediante el cual se otorgó la Concesión a TSA, la Oficina Anticorrupción presentó una denuncia penal el 16 de julio de 2001 contra personas que formaban parte de la administración pública o tenían alguna conexión con TSA.
16. El 1º de octubre de 2004, el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal No. 7 de la Ciudad de Buenos Aires sobreseyó parcialmente a algunos de los acusados puesto que se comprobó que los hechos investigados nunca sucedieron.
17. El 15 de noviembre de 2005, la Cámara Criminal y Correccional Federal, Sala II, revocó el sobreseimiento parcial y ordenó llevar a cabo otras investigaciones.
18. El 26 de febrero de 2008, un juez federal ordenó el procesamiento sin prisión preventiva de un grupo de personas por los delitos de defraudación por administración infiel agravada por ser en perjuicio de la administración pública. El juez también decidió procesar a dos personas que guardaban relación con TSA, el Sr. Jorge Justo Neuss y el Sr. Jean Nicolas d'Ancezune, por ser partícipes de esos actos. El juez ordenó el embargo de bienes de las personas procesadas, que en el caso del Sr. Neuss y el Sr. d'Ancezune ascendió al monto de 200 millones de pesos cada uno. Con respecto a los delitos de cohecho, el juez indicó que la investigación estaba incompleta y postergó su pronunciamiento sobre el tema.

II. EL CONVENIO DEL CIADI Y EL TBI

19. El Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (en lo sucesivo, el "Convenio del CIADI"), en virtud del cual se creó el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en lo sucesivo, el "CIADI") establece lo siguiente en el Artículo 25(1) y (2) y el Artículo 26:

“Artículo 25

(1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (...) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. (...)

(2) Se entenderá como “nacional de otro Estado Contratante”

(a) toda persona natural que tenga, en la fecha en que las partes consintieron someter la diferencia a conciliación o arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud prevista (...), la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia (...); y

(b) toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero.

Artículo 26.

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

20. La República Argentina y los Países Bajos son signatarios del Convenio del CIADI.
21. El Convenio para la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones, suscrito con el Reino de los Países Bajos (en lo sucesivo, el “TBI”) se celebró el 20 de octubre de 1992 y

entró en vigencia el 1º de octubre de 1994. Contiene, *inter alia*, las siguientes disposiciones:

“Artículo 1

A los fines del presente Convenio:

(a) el término "inversión" comprende todo elemento del activo invertido por un inversor de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante de acuerdo con las leyes y reglamentaciones de esta última y (...) comprende (...)

(b) el término "inversor" comprende con relación a cada Parte Contratante:

i. las personas físicas que posean la nacionalidad de esa Parte Contratante, de conformidad con su legislación;

ii. sin perjuicio de las disposiciones del apartado iii), las personas jurídicas constituidas de acuerdo con la legislación de esta Parte Contratante y con actividades económicas reales conforme con las leyes vigentes en cualquier parte del territorio de esa Parte Contratante en la cual está situado un lugar de administración efectiva; y

iii. las personas jurídicas situadas en cualquier país que estén controladas, directa o indirectamente, por nacionales de esa Parte Contratante.

(...)

Artículo 3

1) Cada Parte Contratante asegurará a las inversiones de inversores de la otra Parte Contratante un tratamiento justo y equitativo y no obstaculizará con medidas injustificadas o discriminatorias su funcionamiento, gestión, mantenimiento, uso, goce o disposición.

2) En particular, cada Parte Contratante acordará a tales inversiones la

misma seguridad y protección que acuerda a las de sus propios inversores o a las de inversores de un tercer Estado, cualquiera sea el tratamiento más favorable para el inversor concernido.

3) Cuando una Parte Contratante haya acordado ventajas especiales a inversores de cualquier tercer Estado en virtud de acuerdos que establezcan uniones aduaneras, uniones económicas, áreas de integración o instituciones similares, o en virtud de acuerdos provisorios que conduzcan a tales uniones o instituciones, esa Parte Contratante no estará obligada a acordar dichas ventajas a inversores de la otra Parte Contratante.

4) Si las disposiciones legales de una Parte Contratante o las obligaciones de derecho internacional actualmente existentes o establecidas con posterioridad entre las Partes Contratantes, en adición al presente Convenio, contienen una regulación general o especial que otorgue a las inversiones de inversores de la otra Parte Contratante un tratamiento más favorable que el previsto por el presente Convenio, tal regulación prevalecerá sobre el mismo en la medida en que sea más favorable.

Artículo 4

1) Las inversiones que hayan sido objeto de un acuerdo especial entre una de las Partes Contratantes y un inversor de la otra Parte Contratante estarán regidas por las disposiciones de este Convenio y por las de ese acuerdo especial.

2) Cada Parte Contratante respetará los compromisos contraídos en relación con las inversiones de inversores de la otra Parte Contratante.

Artículo 5

Con relación a los impuestos, tasas, contribuciones y deducciones y exenciones fiscales, cada Parte Contratante acordará a los inversores de la otra Parte Contratante que estén realizando en su territorio cualquier actividad económica, un tratamiento no menos favorable que el acordado

a sus propios inversores o a los de un tercer Estado, cualquiera sea el más favorable para el inversor. Sin embargo, no se tomarán en cuenta para estos fines las ventajas fiscales especiales acordadas por esa Parte Contratante en virtud de un acuerdo para evitar la doble imposición, de su participación en una unión aduanera, unión económica, área de integración, o institución similar, o sobre la base de reciprocidad con un tercer país.

(...)

Artículo 7

Ninguna Parte Contratante tomará medidas directas o indirectas de nacionalización o expropiación ni ninguna otra medida que tengan un efecto o naturaleza similar con relación a las inversiones efectuadas en su territorio por inversores de la otra Parte Contratante, a menos que se cumplan las siguientes condiciones:

(...)

Artículo 10

1) Las controversias entre una Parte Contratante y un inversor de la otra Parte Contratante respecto de materias regidas por el presente Convenio serán, en la medida de lo posible, solucionadas amistosamente.

2) Si tales controversias no pueden ser dirimidas de conformidad con lo previsto en el párrafo 1) de este Artículo en un período de tres meses a partir de la fecha en que una de las partes en la controversia solicitó un arreglo amistoso, cualquiera de las partes podrá someterla a los órganos administrativos o judiciales de la Parte Contratante en cuyo territorio se efectuó la inversión.

3) Si en un plazo de dieciocho meses contados a partir de su sumisión de la controversia a los órganos competentes mencionados en el párrafo 2) anterior, estos órganos no han emitido una decisión definitiva o si esta decisión de los órganos mencionados ha sido emitida pero las partes

continúan en disputa, el inversor podrá entonces recurrir al arbitraje o conciliación internacional. Cada Parte Contratante otorga su consentimiento para que una controversia de las que se hace referencia en el párrafo 1) de este Artículo sea sometida al arbitraje internacional.

4) A partir del momento en que una controversia sea sometida al arbitraje, cada parte en la controversia tomará todas las medidas necesarias para interrumpir los procedimientos iniciados ante los órganos mencionados en el párrafo 2) de este Artículo.

5) En el caso que la controversia sea sometida a arbitraje o conciliación internacional, el inversor concernido podrá someterla ya sea a:

(a) el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante denominado CIADI), creado por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965 (en adelante denominado el Convenio de Washington), cuando ambas Partes Contratantes sean partes de dicho Convenio de Washington; mientras esta condición no se cumpla, se podrá utilizar la Facilidad Adicional para la Administración de Procedimientos por la Secretaría del CIADI; o

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

6) Una persona jurídica que esté incorporada o constituida de acuerdo con el derecho vigente en el territorio de una Parte Contratante y que, antes de que surja la controversia, sea controlada por nacionales de la otra Parte Contratante será considerada, de acuerdo con el Artículo 25 2) b) del Convenio de Washington, como un nacional de la otra Parte Contratante.

7) El tribunal arbitral elegido de acuerdo con el párrafo 5) de este Artículo decidirá la controversia de acuerdo con el derecho de la Parte

Contratante que sea parte en la controversia –incluidas las normas relativas a conflicto de leyes– las disposiciones de este Convenio, acuerdos especiales concluidos con relación a la inversión así como también los principios de derecho internacional que resulten aplicables.

(...)”

22. El Protocolo al TBI establece lo siguiente:

“En el acto de la firma del Convenio entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno del Reino de los Países Bajos sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, los representantes abajo firmantes han asimismo acordado las cláusulas siguientes, que forman parte integrante de dicho Acuerdo.

(...)

B. Con referencia al Artículo 1, párrafo b iii) la Parte Contratante en cuyo territorio las inversiones tienen lugar puede solicitar la prueba del control invocado por los inversores de la otra Parte Contratante. Los hechos siguientes pueden ser, entre otros, aceptados como evidencia del control:

i) el carácter de filial de una persona jurídica de la otra Parte Contratante;

ii) la participación directa o indirecta en el capital de una sociedad mayor del 49 % o la posesión directa o indirecta de los votos necesarios para obtener una posición dominante en las asambleas o en los órganos de la sociedad”.

III. ANTECEDENTES PROCESALES

23. El 20 de diciembre de 2004, TSA presentó una solicitud de arbitraje ante el CIADI. La solicitud fue registrada el 8 de abril de 2005 bajo el número Caso CIADI ARB/05/05.

24. El 19 de julio de 2005, las partes solicitaron que el Tribunal de Arbitraje en este caso fuera constituido de conformidad con el Artículo 37(2)(b) del Convenio del CIADI. Por

ende, el Tribunal sería constituido de tres árbitros, un árbitro nombrado por cada parte y el tercero, quién sería el Presidente del Tribunal, nombrado por acuerdo de las partes.

25. La Demandante nombró al Sr. Grant D. Aldonas, nacional de los Estados Unidos de América mientras que la Demandada nombró al Profesor Georges Abi-Saab, nacional de la República Árabe de Egipto. El Presidente Interino del Consejo Administrativo nombró al Magistrado Hans Danelius, nacional de Suecia, como Presidente del Tribunal. Por carta del 12 de junio de 2006, el Centro informó a las partes que el Tribunal Arbitral se consideraba constituido y se daba inicio al procedimiento. En la misma fecha la Sra. Gabriela Álvarez Ávila fue nombrada Secretaria del Tribunal de Arbitraje y posteriormente la sucedió en el cargo la Sra. Natalí Sequeira.
26. El Tribunal de Arbitraje efectuó una primera sesión con las partes el 31 de agosto de 2006 en Washington D.C.
27. El 29 de enero de 2007, TSA presentó su Memorial sobre el Fondo.
28. El 17 de mayo de 2007, la República Argentina presentó un Memorial sobre Objeciones a la Jurisdicción del Centro y a la Competencia del Tribunal. El 6 de agosto de 2007, TSA presentó su Memorial de Contestación sobre Jurisdicción.
29. La República Argentina presentó un escrito adicional sobre jurisdicción el 26 de diciembre de 2007 y TSA hizo lo propio el 30 de enero de 2008.
30. El 15 de octubre de 2007, el Tribunal de Arbitraje emitió la Resolución Procesal No. 1 en la que solicitó a TSA que presentara, a más tardar el 20 de noviembre de 2007, la información requerida por la República Argentina con relación a la cadena de titularidad y control de TSA Spectrum de Argentina S.A., incluidos los datos particulares de las personas físicas y jurídicas que efectivamente ejercían el control de la empresa. Asimismo, se rechazó el pedido de TSA de que ciertos documentos fueran excluidos.
31. Por medio de una carta del 20 de noviembre de 2007, en respuesta a la Resolución Procesal No. 1, TSA presentó una Declaración Testimonial. El 29 de noviembre de 2007,

la República Argentina observó que esta documentación no cumplía satisfactoriamente con la Orden de Procedimiento y solicitó más documentos.

32. El 6 de diciembre de 2007, el Tribunal de Arbitraje emitió la Orden de Procedimiento No. 2, en la que solicitó a TSA que presentara, a más tardar el 8 de enero de 2008, copias o extractos de registros de acciones o documentos oficiales equivalentes desde 1997 hasta el presente con respecto a ciertas empresas, así como información sobre la naturaleza y los contenidos de la afectación fiduciaria de las acciones de TSA Spectrum de Argentina S.A. a la que TSA había hecho referencia.
33. Luego de que se otorgara una prórroga, el 31 de enero de 2008, TSA presentó documentación adicional sobre su cadena de titularidad.
34. Del 5 al 7 de mayo de 2008, el Tribunal de Arbitraje realizó una audiencia sobre la jurisdicción en Washington D.C. en la que el Sr. Doak R. Bishop, el Sr. Craig S. Miles, el Sr. Roberto Aguirre Luzi y la Sra. Silvia Marchili (King & Spalding LLP) y el Sr. Juan Pablo Martini (Cassagne Abogados) actuaron en representación de TSA. El Sr. Adolfo Gustavo Scrinzi, el Sr. Gabriel Bottini, la Sra. Silvina González Napolitano, la Sra. Mariana Lozza, la Sra. Verónica Lavista y el Sr. Nicolás Duhalde (*Procuración del Tesoro de la Nación Argentina*) y el Sr. Ignacio Torterola (Embajada de la República Argentina), actuaron en representación de la República Argentina. El Tribunal de Arbitraje también recibió los testimonios del Sr. Horacio R. Della Rocca, el Sr. Javier M. Guerrico, el Sr. Jean Nicolas d'Ancezune y el Profesor Eduardo Aguirre Obarrio.
35. En una carta del 26 de junio de 2008, TSA mencionó una decisión reciente en un caso del CIADI que, según TSA, guardaba alguna similitud con el presente caso. El 14 de julio de 2008, la República Argentina emitió una opinión sobre esta carta. Además, se envió correspondencia adicional en agosto y septiembre de 2008.

IV. RECLAMACIONES Y EXCEPCIONES A LA JURISDICCIÓN

36. TSA reclama que la República Argentina, en violación al TBI, el derecho internacional y las leyes argentinas:

- (a) ha expropiado la inversión de TSA;
 - (b) no ha otorgado un tratamiento justo y equitativo a la inversión de TSA;
 - (c) ha perjudicado la gestión, la operación, el mantenimiento, el uso, el goce, la expansión o la disposición de la inversión de TSA a través medidas irrazonables, y
 - (d) no ha brindado protección a la inversión de TSA.
37. La República Argentina refutó las reclamaciones de TSA y presentó, por separado, cuatro excepciones a la jurisdicción del Tribunal de Arbitraje. La Argentina solicitó al Tribunal de Arbitraje que declarara, de conformidad con la Regla 41(4) de las Reglas de Arbitraje, que el Centro no tenía jurisdicción sobre el caso y que determinara, con arreglo a la Regla 41(5) de las Reglas de Arbitraje, la falta de competencia del Tribunal para pronunciarse respecto al caso y, por consiguiente, que rechazara la Solicitud de Arbitraje y que ordenara el pago de costas a TSA en virtud de la Regla 47(1)(j) de las Reglas de Arbitraje.
38. TSA solicita:
- (a) que se declare que la diferencia se encuentra dentro de la jurisdicción del Convenio del CIADI y dentro de la competencia del Tribunal de Arbitraje;
 - (b) que se rechacen todas las objeciones planteadas por la Argentina sobre la admisibilidad de la diferencia, sobre la jurisdicción del Convenio del CIADI y respecto a la competencia del Tribunal de Arbitraje;
 - (c) que se ordene a la Argentina pagar las costas del procedimiento, incluidos los honorarios y gastos del Tribunal y el costo de la representación de TSA, más los intereses devengados hasta la fecha del efectivo pago.
39. Las excepciones de la República Argentina son, en resumen:

- (a) que TSA renunció en el Contrato de Concesión a cualquier tipo de arbitraje internacional en base al TBI;
 - (b) que TSA inició el arbitraje ante el CIADI sin respetar las condiciones previas para dicho arbitraje establecidas en el TBI;
 - (c) que TSA no es una persona jurídica que goce de protección como inversor en virtud del TBI; y
 - (d) que la Concesión de TSA no está amparada por las leyes argentinas y que, en consecuencia, no goza de la protección del TBI.
40. TSA considera que las cuatro objeciones planteadas por la República Argentina carecen de fundamento, y en general señala que las facultades indagatorias del Tribunal de Arbitraje en esta etapa jurisdiccional se encuentran bastante limitadas en virtud del Artículo 25 del Convenio del CIADI. TSA considera que el Tribunal de Arbitraje puede remitirse al TBI para determinar si se cumplen los requisitos jurisdiccionales y a los escritos de TSA para determinar si los hechos alegados, que a efectos jurisdiccionales se consideran verdaderos, podrían constituir una violación del TBI.
41. El Tribunal de Arbitraje ha examinado las presentaciones orales y escritas de las partes en su totalidad, así como las pruebas escritas y orales en las que se han basado. En las siguientes secciones de este Laudo, el Tribunal de Arbitraje analizará individualmente las excepciones planteadas por la República Argentina y realizará para cada una de ellas un breve resumen de los argumentos principales de las partes. Seguidamente, el Tribunal explicará las razones sobre las cuales fundamenta su decisión respecto de la excepción a la jurisdicción de que se trate.

V. PRIMERA EXCEPCIÓN A LA JURISDICCIÓN

A. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

1. La República Argentina

42. El Contrato de Concesión objeto de la reclamación de TSA contiene una cláusula en el Artículo 29 que establece que el fuero competente para la resolución de diferencias con

respecto a la aplicación o interpretación del Contrato son los Tribunales Nacionales de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de la Capital Federal o en una sede arbitral de la Ciudad de Buenos Aires que deberá aplicar el Reglamento de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (en lo sucesivo, la “CCI”). La cláusula es particularmente exhaustiva, dado que se refiere a todas las discrepancias que pueden surgir del Contrato. La consecuencia del Artículo 29 es que TSA renunció a cualquier otro fuero y jurisdicción.

43. La reclamación de TSA es manifiestamente contractual, aunque TSA intenta ocultar la verdadera naturaleza de la diferencia al enmarcarla bajo las disposiciones del TBI. Pero no puede ignorarse que las partes acordaron una cláusula sobre jurisdicción en la que establecieron la posibilidad de efectuar un arbitraje de conformidad con reglas internacionales, pero no bajo las Reglas del CIADI. Esto distingue al presente caso de otros casos en los que la jurisdicción acordada en un contrato era las cortes y tribunales del Estado receptor y no la jurisdicción del arbitraje internacional. También cabe destacar que en algunos otros casos la persona que solicitó el arbitraje internacional no era una de las partes del contrato, y como consecuencia, los tribunales consideraron que la demandante no estaba obligada por la cláusula sobre jurisdicción contenida en el contrato.
44. TSA no puede pretender que las disposiciones del Contrato de Concesión se apliquen parcialmente. Éste no es un proceso de selección en el que TSA puede optar por las partes del Contrato de Concesión que más le convengan (véase *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. la República de las Filipinas*²).
45. La renuncia a la jurisdicción del CIADI es consistente con el Artículo 4(1) del TBI, el cual reconoce que las inversiones sujetas a un acuerdo especial, como es el caso del Contrato de Concesión, estarán regidas no sólo por las disposiciones del TBI sino también por aquellas incluidas en el acuerdo especial. Por ello, incluso si se aceptara que el TBI es la base esencial de todas las reclamaciones de TSA, la cláusula jurisdiccional contractual será aplicable con exclusión de cualquier otra jurisdicción, dado que el Artículo 4(1) del TBI contiene una cláusula de remisión que nos refiere a ella.

² Caso CIADI No. ARB/02/6, Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción, 29 de enero de 2004, párrafo 154.

46. Tampoco puede argumentarse que la cláusula jurisdiccional del Contrato de Concesión fue celebrada por una persona distinta de la que se sometió a arbitraje en virtud del TBI. Efectivamente, TSA es la misma persona que celebró el Contrato, y el Contrato establece la jurisdicción exclusiva de un tribunal de arbitraje constituido con arreglo al Reglamento de la CCI, aspecto que TSA más tarde ignoró al invocar la jurisdicción de un tribunal de arbitraje del CIADI.
47. La jurisdicción acordada por TSA y la Argentina en el Contrato de Concesión debe prevalecer puesto que: (i) deriva de un acuerdo especial que tiene prioridad sobre la regla general; (ii) el acuerdo especial se celebró luego de que el TBI entró en vigencia; (iii) el acuerdo especial se celebró con el objetivo específico, pero al mismo tiempo amplio, de resolver diferencias; (iv) tenía relación con todos los asuntos vinculados con el Contrato de Concesión; (v) TSA prestó su consentimiento expreso a la jurisdicción establecida en el acuerdo especial; y (vi) el TBI hace expresa mención del acuerdo especial.
48. En consecuencia, TSA debería haber recurrido a los tribunales argentinos o al arbitraje en virtud del Reglamento de la CCI, y dado que no lo hizo, el Tribunal de Arbitraje debe declarar la falta de jurisdicción en virtud del Artículo 29 del Contrato de Concesión y el Artículo 4(1) del TBI.
49. De conformidad con el Artículo 26 del Convenio del CIADI, el Tribunal de Arbitraje también carece de jurisdicción para entender en este procedimiento arbitral dado que el Artículo establece que, “salvo estipulación en contrario”, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. El significado de la expresión “salvo estipulación en contrario” respalda el fundamento que utiliza la Argentina en lo que respecta a la existencia de un acuerdo especial reconocido por el Artículo 4(1) del TBI.

2. TSA

50. La cláusula de elección de fuero del Contrato de Concesión no opera a efectos de despojar al Tribunal de Arbitraje de la jurisdicción del CIADI. TSA no alega la existencia de un incumplimiento de contrato sino de violaciones al TBI. La cláusula de elección de fuero

del Contrato de Concesión no perjudica el derecho de TSA de efectuar reclamaciones respecto del tratado, y el Artículo 4(1) del TBI no desplaza la cláusula de elección de fuero del TBI a favor de aquélla establecida en el Contrato de Concesión.

51. Si bien la Argentina no cumplió con varios aspectos del Contrato de Concesión, ésta no es la diferencia que TSA ha sometido ante el Tribunal de Arbitraje. En su lugar, TSA reclama que la Argentina violó el TBI al expropiar la inversión de TSA; al no dispensar un tratamiento justo y equitativo a TSA; al perjudicar con medidas irrazonables la gestión, la operación, el mantenimiento, el uso, el goce, la expansión o la disposición de su inversión; al no proteger la inversión de TSA y al no cumplir con obligaciones contraídas con respecto a TSA y sus inversiones. Existe jurisprudencia que demuestra que el mero hecho de que ciertos elementos de una diferencia relativa a inversiones también incluya incumplimientos contractuales no es suficiente para transformar una diferencia en una reclamación contractual no internacional o para excluir la jurisdicción del CIADI (por ejemplo, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. la República Argentina*, llamado *Vivendi II*³, *Azurix Corp. c. la República Argentina*⁴, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International, Inc. c. la República Argentina*⁵, *Total S.A. c. la República Argentina*⁶, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. la República Islámica de Pakistán*⁷, *Lanco International, Inc. c. la República Argentina*⁸, *Wena Hotels Ltd. c. la República Árabe de Egipto*⁹, *Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. c. el Reino de Marruecos*¹⁰, *Eureko B.V. c. la República de Polonia*¹¹, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. c. la República Argentina*¹²).

³ Caso CIADI No. ARB/97/3, Decisión sobre la Anulación, 3 de julio de 2002, párrafos 112-113.

⁴ Caso CIADI No. ARB/01/12, Decisión sobre Jurisdicción, 8 de diciembre de 2003, párrafo 76.

⁵ Caso CIADI No. ARB/02/1, Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción, 30 de abril de 2004, párrafo 66.

⁶ Caso CIADI No. ARB/04/1, Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción, 25 de agosto de 2006, párrafo 85.

⁷ Caso CIADI No. ARB/01/13, Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción, 6 de agosto de 2003, párrafos 43, 44, 48-74.

⁸ Caso CIADI No. ARB 97/6, Decisión sobre Jurisdicción, 8 de diciembre de 1998, 40 ILM (2001), párrafos 463, 466, 469 y 470.

⁹ Caso CIADI No. ARB/98/4, Decisión sobre la Anulación, 5 de febrero de 2002, párrafo 31.

¹⁰ Caso CIADI No. ARB/00/4, Decisión sobre Jurisdicción, 23 de julio de 2001, párrafo 62.

¹¹ Arbitraje ante el CNUDMI, Laudo Parcial, 19 de agosto de 2005, párrafo 112.

¹² Caso CIADI No. ARB/03/17, Decisión sobre Jurisdicción, 16 de mayo de 2006, párrafos 43-45.

52. TSA ha presentado al Tribunal de Arbitraje hechos que, en apariencia, constituirían una violación del TBI, y éste es el criterio adecuado para determinar la jurisdicción. Asimismo, TSA sostiene que estos hechos constituyen violaciones al TBI, mientras que la Argentina refuta dichas conclusiones. TSA ha satisfecho el requisito jurisdiccional establecido en el Artículo 25(1) del Convenio del CIADI respecto a someter una “diferencia de naturaleza jurídica” en base al TBI y, será tarea del Tribunal de Arbitraje decidir, en cuanto al fondo, si los hechos efectivamente derivaron en violaciones al TBI.
53. El Artículo 29 del Contrato de Concesión, en su primer párrafo, remite a las sociedades extranjeras a los mismos procedimientos de arreglo de diferencias que a las empresas locales, es decir, a los Tribunales Nacionales de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de la ciudad de Buenos Aires. De acuerdo con el segundo párrafo de dicho Artículo, las partes tienen la opción de dirimir las diferencias relacionadas con el proceso del concurso tanto ante los Tribunales Nacionales de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de la ciudad de Buenos Aires, como mediante un arbitraje con arreglo al Reglamento de la CCI en la Ciudad de Buenos Aires. El Artículo 29 trata sobre asuntos relacionados con el proceso del concurso, no con aspectos relacionados con el TBI. Así, el Artículo 29 establece que una categoría muy limitada de diferencias debe dirimirse ante los tribunales locales y no mediante procedimientos de arbitraje. En virtud del Artículo 29, el arbitraje es simplemente una opción, no un requisito.
54. Incluso si el arbitraje ante la CCI fuera un requisito, no habría diferencia alguna. Cuando los tribunales sostienen que una cláusula de elección de fuero en un contrato subyacente no despoja a un tribunal de jurisdicción para tratar reclamaciones sobre tratados, lo hacen en base a las siguientes premisas: (i) la cláusula de elección de fuero no podría implicar la renuncia a la jurisdicción del CIADI respecto de reclamaciones sobre los TBI y, lo que es más importante, (ii) las reclamaciones en cuestión se basan en el TBI, no en el contrato subyacente.
55. Incluso si el Contrato de Concesión hubiera establecido la obligatoriedad del arbitraje, esto no habría excluido el consentimiento de parte de la Argentina al arbitraje ante el CIADI en virtud del TBI sin hacer mención expresa en tal sentido. Por ello, el hecho de que el arbitraje fuera una opción de acuerdo con el Artículo 29 del Contrato de Concesión

no tiene relevancia alguna. Tampoco resulta relevante el hecho de que las partes hayan acordado la cláusula de elección de fuero en el Contrato de Concesión con posterioridad a la entrada en vigencia del TBI. Además, TSA y la Argentina técnicamente prestaron su consentimiento al arbitraje del CIADI luego de celebrar el Contrato de Concesión.

B. CONCLUSIONES DEL TRIBUNAL DE ARBITRAJE

56. De conformidad con el Artículo 10(3) del TBI, un inversor de uno de los Estados Contratantes puede, bajo ciertas condiciones, recurrir al arbitraje internacional para resolver una diferencia con el otro Estado Contratante sobre cuestiones incluidas en el TBI. TSA alega que sus derechos en virtud del TBI no han sido respetados en varios aspectos, algo que la República de Argentina cuestiona.
57. La cuestión que el Tribunal de Arbitraje debe considerar es si TSA, de acuerdo con los términos del Contrato de Concesión, se comprometió a no acogerse al derecho de resolver diferencias que de otra forma habría tenido en virtud del TBI.
58. Cuestiones similares sobre las relaciones entre obligaciones contractuales y obligaciones en virtud de tratados bilaterales de inversión han surgido en algunos arbitrajes previos del CIADI. Como se indicó en *Vivendi II*, resulta evidente que una diferencia sobre una inversión en particular puede, al mismo tiempo, abordar cuestiones de interpretación y aplicación de un tratado y cuestiones contractuales. En dichos casos, la cuestión de si se ha producido un incumplimiento del tratado o de si ha habido un incumplimiento de contrato son distintas, y cada una de ellas ha de ser analizada por separado. Como se indicó en el caso *Vivendi II*, “(...) donde ‘la base fundamental de la reclamación’ es un tratado asentando una norma independiente por la cual ha de juzgarse la conducta de las partes, la existencia de una cláusula de jurisdicción exclusiva en un contrato entre la demandante y el Estado demandado (...) no puede operar como impedimento a la aplicación de la norma bajo el tratado”¹³. De esta manera, si el contrato contiene una cláusula específica sobre el arreglo de diferencias, esto no excluye la posibilidad de recurrir al procedimiento de resolución de diferencias establecido en el tratado, a menos

¹³ Véase *supra* nota de pie de página 3, párrafo 101.

que exista una clara indicación en el contrato o en otra disposición sobre la intención de las partes del contrato de restringir la aplicación del tratado en dicha forma (véase también *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. la República Islámica de Pakistán*,¹⁴ *Eureka B.V. c. la República de Polonia*¹⁵). El Tribunal de Arbitraje destaca que en el caso de *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. la República de Filipinas*, al que hizo referencia la República Argentina, la cuestión principal consistía en determinar si la demandante había presentado una reclamación independiente, derivada del tratado, que fuera distinta de una reclamación que pudiera basarse en el contrato, y que el enfoque tomado en ese caso no implica que las reclamaciones contractuales y las derivadas de un tratado no puedan, en algunas circunstancias, basarse en los mismos hechos o en hechos similares.

59. El Artículo 29 del Contrato de Concesión establece lo siguiente:

“Toda cuestión a que dé lugar la aplicación o interpretación de las normas que rigen el CONCURSO o sobre cualquier cuestión vinculada directa o indirectamente con el objeto y efectos del CONCURSO, será sometida a la jurisdicción de los Tribunales Nacionales de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de la Capital Federal, renunciando a cualquier otro fuero o jurisdicción que pudiera corresponder. También en el caso de que el oferente o uno de sus integrantes sea una sociedad extranjera.

Sin perjuicio de ello, las partes podrán someter las desavenencias que deriven de este contrato para que sean resueltas definitivamente en la ciudad de Buenos Aires de acuerdo con el Reglamento de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento”.¹⁶

60. El Tribunal de Arbitraje considera que, si bien el Contrato de Concesión contiene obligaciones y derechos contractuales específicos, el TBI establece derechos y

¹⁴ Véase *supra* nota de pie de página 7, párrafos 146 y 147.

¹⁵ Véase *supra* nota de pie de página 11, párrafos 112 y 113.

¹⁶ Texto original.

obligaciones de una naturaleza diferente y más fundamental. En consecuencia, no todos los incumplimientos de las obligaciones de la CNC según el Contrato de Concesión se considerarían incumplimientos del TBI. Por otra parte, algunas acciones u omisiones de la CNC u otros organismos gubernamentales pueden estar relacionadas con cuestiones sobre la implementación del Contrato de Concesión así como el cumplimiento de las obligaciones de la Argentina en virtud del TBI.

61. En el caso en cuestión es claro que, si bien algunas de las acciones u omisiones que cita TSA también pueden haber estado relacionadas con las obligaciones de la CNC en virtud del Contrato de Concesión, un tribunal que actuara sobre la base del segundo párrafo del Artículo 29 de ese Contrato no habría tenido competencia para analizar el cumplimiento por parte de la Argentina de sus obligaciones más fundamentales bajo el TBI. Con respecto a las supuestas violaciones de dichas obligaciones, los únicos recursos en los que TSA podía ampararse eran aquellos establecidos en el TBI.
62. El Tribunal de Arbitraje considera que la redacción del Artículo 29 del Contrato de Concesión no excluye la posibilidad de ampararse en recursos establecidos en el TBI cuando surge una diferencia sobre actos que podrían constituir incumplimientos tanto del Contrato de Concesión como del TBI. Tampoco se puede suponer sin prueba convincente que TSA, al momento de celebrar el Contrato de Concesión, tuvo la intención de renunciar al derecho a ampararse en un recurso en virtud del TBI, especialmente en el caso de actos de gravedad, tales como la supuesta expropiación de los derechos contractuales de TSA. No se ha presentado prueba alguna que demuestre la existencia de una renuncia en este procedimiento. Además, si la Argentina hubiera tenido la intención de que el Contrato de Concesión tuviera el amplio efecto de excluir la aplicación de los recursos en virtud del TBI, tendría que haberlo expresado claramente en el Contrato o al momento de la celebración del Contrato. No existe prueba alguna de que la Argentina lo haya hecho o de que haya informado a TSA que esa era la interpretación que había hecho del Artículo 29 del Contrato.
63. Asimismo, el Tribunal de Arbitraje observa que la interpretación de la Argentina, si se aplicara en forma general, posibilitaría que los gobiernos evadiesen las obligaciones impuestas por los tratados con respecto a asuntos importantes. Así pues, sería posible

efectuar expropiaciones simplemente mediante la inserción en los contratos de cláusulas que invaliden el derecho al arbitraje internacional, lo que efectivamente anularía las disposiciones sobre arbitraje de los tratados bilaterales de inversión. Esto se contradice con la obligación básica de derecho internacional de los estados de cumplir de buena fe las obligaciones derivadas de los tratados.

64. La República Argentina también ha hecho referencia a la frase “salvo estipulación en contrario” en el Artículo 26 del Convenio del CIADI. No obstante, dado que a los derechos y las obligaciones estipulados en el Contrato de Concesión son diferentes los establecidos en el TBI, la excepción del consentimiento del Artículo 26 no es aplicable al presente caso.
65. De esta manera, está abierta la posibilidad para TSA, siempre que todas las demás condiciones formales se cumplan, de ampararse al TBI por expropiación de su inversión o por cualquier supuesto incumplimiento por parte de la Argentina de la obligación de proporcionar adecuada seguridad y protección a la inversión de conformidad con el TBI.
66. En suma, el Tribunal de Arbitraje considera que, sin perjuicio del Artículo 29 del Contrato de Concesión y el Artículo 26 del Convenio del CIADI, TSA puede recurrir a las disposiciones sobre arreglo de diferencias del TBI en la medida en que el TBI no resulte inaplicable a TSA por otros motivos.

VI. SEGUNDA EXCEPCIÓN A LA JURISDICCIÓN

A. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

1. La República Argentina

67. La Argentina y los Países Bajos acordaron en el Artículo 10 del TBI que, de no ser posible la resolución amigable de una controversia entre un inversor y una de las Partes Contratantes, éstas deberán someterse a los órganos administrativos o judiciales del país en donde se efectuó la inversión. Sólo en el caso de que transcurran dieciocho meses sin que se haya emitido una decisión definitiva, o en el caso de que dicha decisión haya sido

emitida pero la diferencia subsista, se podrá presentar la reclamación ante un tribunal internacional. TSA no cumplió con estos requisitos.

68. La Resolución No. 1231/04 de la CNC del 14 de mayo de 2004 no constituyó una decisión definitiva a los efectos del Artículo 10(3) del TBI ya que era muy probable que TSA apelara. Efectivamente, TSA presentó un recurso de apelación que hizo que se remitieran los procedimientos a la Secretaría de Comunicaciones el 18 de mayo de 2004. Si bien no hubo decisión definitiva, TSA presentó el caso al CIADI el 20 de diciembre de 2004 cuando sólo habían transcurrido nueve meses desde el 29 de marzo de 2004, fecha en que se presentó el recurso de reconsideración contra la Resolución No. 242/04.
69. El Artículo 10(3) del TBI expresamente establece dos requisitos excluyentes necesarios para que se autorice a los inversores protegidos por el TBI a recurrir al arbitraje: (a) un período de dieciocho meses desde la fecha de presentación de la diferencia ante los órganos administrativos o judiciales del estado receptor; y (b) la ausencia de una decisión definitiva, o si se emitió una decisión definitiva, que la diferencia subsista entre las partes. TSA no cumplió con estos requisitos.
70. No puede concluirse que en todo momento hubo signos de la obvia insignificancia de los recursos locales disponibles. Aunque TSA contaba con las garantías proporcionadas por los recursos locales, decidió obviarlas y recurrir directamente a la jurisdicción del CIADI. Las partes del TBI acordaron seguir un procedimiento claro y preciso para llevar a cabo arbitrajes internacionales. Estos procedimientos no permiten que los inversores arbitrariamente y a su entera discreción decidan no cumplir con ellos. Si los inversores deciden no cumplir con las disposiciones acordadas por los estados, los tribunales no pueden otorgarles la protección que establecen esas normas ya que esto no sería consistente con la intención común de los Estados Parte. El hecho de que presentar una nueva reclamación genere costos adicionales, y tal vez innecesarios para el inversor, no es algo de lo que deba depender una decisión sobre jurisdicción. En tal sentido fue la decisión y el riesgo asumidos por el inversor.
71. Las cláusulas sobre nación más favorecida (en lo sucesivo, “*cláusulas sobre nación más favorecida*”) del TBI no resultan aplicables al caso. La cláusula sobre nación más

favorecida del Artículo 5 del TBI sólo hace referencia a impuestos, tasas, contribuciones y deducciones y exenciones fiscales. La cláusula sobre nación más favorecida del Artículo 3(2) del TBI hace referencia al estándar de seguridad y protección y no incluye la resolución de diferencias. La intención de la Argentina y de los Países Bajos era la de incorporar dicha protección a los asuntos de fondo y no a los asuntos relacionados con la resolución de diferencias. Esto también surge de la redacción del Artículo 3(2), el cual difiere de la redacción de las cláusulas sobre nación más favorecida que aparecen en algunos otros tratados bilaterales de inversión y que extienden la protección a todos los asuntos regulados por el tratado. Si la intención de la Argentina y los Países Bajos hubiera sido la de incluir estipulaciones aplicables a la resolución de diferencias dentro del alcance de la cláusula sobre nación más favorecida, se habría incluido alguna frase que diera lugar a tal interpretación, o una frase general que hiciera mención al TBI en su totalidad. No sólo se abstuvieron de hacerlo, sino que además limitaron el ámbito de aplicación de la cláusula sobre nación más favorecida a algunos hechos particulares expresamente establecidos, como por ejemplo el estándar de protección y seguridad consagrado en el Artículo 3(2). De esta manera, la Argentina tomó una decisión deliberada al momento de negociar el TBI con los Países Bajos, que se celebró el 20 de octubre de 1992. Para esa fecha, la Argentina ya había celebrado otros tratados bilaterales de inversión en los que no se había contemplado el requisito de recurrir previamente a la jurisdicción local dentro de un período de tiempo específico antes de optar por el arbitraje.

72. El Artículo 3(4) del TBI no es relevante para la resolución del asunto, dado que sólo hace referencia a dos supuestos que no están relacionados con la cláusula sobre nación más favorecida: (a) cuando existen leyes nacionales de una de las partes que otorgan a las inversiones de la otra Parte Contratante un tratamiento más favorable que aquél previsto en el TBI, y (b) cuando hay obligaciones de derecho internacional existentes o establecidas posteriormente entre las Partes Contratantes, en adición al TBI, que otorgan un tratamiento más favorable a las inversiones realizadas por los inversores de la otra Parte Contratante.
73. El tratado bilateral de inversión entre la Argentina y los Estados Unidos carece de relevancia en el presente caso. Su celebración no tuvo relación alguna con la celebración

del TBI con los Países Bajos. El tratado entre la Argentina y los Estados Unidos se celebró el 14 de noviembre de 1991 y el TBI entre la Argentina y los Países Bajos tuvo lugar casi un año después, el 20 de octubre de 1992. Por este motivo, no puede considerarse que su celebración guarde algún tipo de relación con el TBI entre la Argentina y los Países Bajos. El tratado bilateral entre la Argentina y los Estados Unidos tampoco constituye una regla relevante de derecho internacional aplicable a las relaciones entre las partes en términos del Artículo 31(3)(c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, dado que las partes que lo celebraron no fueron las mismas que celebraron el tratado en cuestión, es decir, el TBI entre la Argentina y los Países Bajos.

74. El principio de integración no puede, bajo circunstancia alguna, justificar la incorporación de reglas de procedimiento incluidas en otros tratados internacionales con terceros estados al TBI entre la Argentina y los Países Bajos, como por ejemplo, el tratado entre la Argentina y los Estados Unidos. La distinción entre las cláusulas condicionales e incondicionales tampoco resulta útil ya que la cláusula sobre nación más favorecida del Artículo 3(2) se encuentra limitada por su propia redacción.
75. TSA no ha presentado evidencia que invalide la interpretación auténtica del TBI que realizó la República Argentina. TSA no es signataria del TBI. Por este motivo, sólo la Argentina y los Países Bajos pueden efectuar una interpretación auténtica del TBI. La postura de TSA no puede prevalecer sobre la redacción expresa del TBI, la postura oficial de la República Argentina o la jurisprudencia relacionada con otros tratados bilaterales de inversión. Además, si el Artículo 3(2) hiciera referencia a algún asunto incluido en el TBI, sería difícil comprender la razón de ser de otras cláusulas sobre nación más favorecida que tratan sobre asuntos específicos. La única explicación posible es que el Artículo 3(2) se encuentra limitado a ciertos aspectos y no incluye todos los artículos del TBI; de ahí la necesidad de incluir otras cláusulas más amplias que contemplen otras situaciones particulares.
76. La extensión de la cláusula sobre nación más favorecida sobre la resolución de diferencias también sería inconsistente con la jurisprudencia previa del CIADI (*Salini Costruttori*

*S.p.A. y Italstrade S.p.A. c. el Reino Hachemita de Jordania*¹⁷, *Plama Consortium Limited c. la República de Bulgaria*¹⁸) y con el principio de *ejusdem generis*. El Artículo 3(2) hace referencia al estándar de protección y seguridad que no incluye el capítulo sobre resolución de diferencias o los requisitos para acceder a un tribunal internacional establecidos en el capítulo del TBI sobre resolución de diferencias.

77. El Tribunal de Arbitraje debería, por tanto, declarar la inaplicabilidad de la jurisdicción en base al incumplimiento del requisito establecido en el Artículo 10 del TBI.

2. TSA

78. TSA notificó en tiempo y forma la diferencia derivada del tratado al Gobierno Argentino, que se rehusó a cumplir con el TBI. Además, el Artículo 10 del TBI no prohíbe la jurisdicción del Tribunal de Arbitraje sobre la reclamación de TSA, e incluso si lo hiciera, TSA podría invocar la cláusula sobre nación más favorecida del Artículo 3(2) del TBI a fin de dejar de lado los requisitos del Artículo 10 por disposiciones más favorables de otros tratados bilaterales de inversión.
79. En primer lugar, TSA cumplió con el Artículo 10 al presentar la diferencia sobre el tratado ante los "órganos administrativos" competentes de la Argentina y les solicitó que dejaran sin efecto las medidas implementadas por el Gobierno Argentino en violación del TBI. Esta solicitud fue rechazada.
80. En segundo lugar, el Artículo 10 es una norma procedimental que no obsta a la jurisdicción del Tribunal de Arbitraje sobre el fondo de la reclamación de TSA.
81. En tercer lugar, la cláusula sobre nación más favorecida del Artículo 3(2) del TBI puede invocarse para dejar de lado los requisitos del Artículo 10.
82. El 29 de marzo de 2004, TSA notificó a la Argentina, a través de una comunicación a la CNC, la diferencia sobre inversiones derivada del TBI. En la misma comunicación, TSA

¹⁷ Caso CIADI No. ARB/02/13, Decisión sobre Jurisdicción, 29 de noviembre de 2004, párrafos 114, 116 y 117.

¹⁸ Caso CIADI No. ARB/03/24, Decisión sobre Jurisdicción, 8 de febrero de 2005, párrafos 193, 198, 199, 207, 219, 223 y 226.

también solicitó a la CNC que resolviera esta diferencia mediante la anulación de la rescisión del Contrato de Concesión, entre otras medidas, y manifestó su predisposición para consultar y negociar con el Gobierno Argentino para resolver la diferencia amigablemente.

83. El 14 de mayo de 2004, la CNC rechazó la solicitud de TSA de resolver la diferencia amigablemente y de dejar sin efecto las medidas implementadas por el Gobierno en violación del TBI. Asimismo, la CNC negó que existiera una diferencia con respecto al TBI.
84. Si bien esta decisión tuvo carácter definitivo en virtud de las normas procesales administrativas de la Argentina, TSA tenía la opción de que ese acto final fuera reconsiderado por el Poder Judicial o por la Secretaría de Comunicaciones, organismo del cual depende la CNC. TSA optó por presentar su solicitud de revisión ante la Secretaría de Comunicaciones el 17 de junio de 2004 a fin de que se invalidara la decisión de la CNC y de que se dejaran sin efecto las medidas implementadas por el Gobierno en violación al TBI.
85. El 23 de mayo de 2005, el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios rechazó la solicitud de reconsideración de la decisión de la CNA presentada por TSA. Sin embargo, mucho antes de que el Ministerio efectivamente rechazara la solicitud, TSA tenía derecho a proceder como si el recurso de apelación administrativo hubiera sido rechazado en virtud de la doctrina del *silencio denegatorio* del derecho argentino.
86. Incluso presumiendo que las decisiones de derecho administrativo carecen de carácter definitivo, no habría más recursos locales efectivos a disponibilidad de TSA.
87. El 27 de junio de 2005, el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios notificó a TSA el rechazo de su solicitud. En esa etapa, el tiempo requerido para que se expida la justicia bien podría haber excedido los tres meses que faltaban hasta septiembre de 2005 cuando vencía el plazo de dieciocho meses establecido en el TBI. Además, ya se había expropiado la inversión de TSA y se habían efectuado denuncias penales infundadas contra los directores de TSA.

88. Por este motivo, (i) TSA ya había obtenido una resolución final en virtud del derecho administrativo argentino; (ii) el Poder Judicial argentino carece de independencia y es vulnerable a presiones políticas; (iii) en este caso en particular, TSA y sus empleados fueron objeto de acoso por parte del Poder Judicial y el Poder Ejecutivo de la Argentina; (iv) incluso si hubiera existido la posibilidad de lograr una resolución favorable e imparcial, esto habría sido técnicamente imposible debido al tiempo que habría requerido la reconsideración de la decisión que tomó la CNC de rescindir el Contrato de Concesión.
89. Es de destacar que de conformidad con el Artículo 10(2), cualquiera de las partes puede someter una diferencia a los órganos judiciales o administrativos del estado receptor. La parte en cuestión, entonces, puede optar entre los órganos administrativos o los judiciales, pero no tiene la obligación de someter la diferencia ante ambos fueros. En este caso, TSA presentó su recurso de apelación ante el órgano administrativo competente no una vez, sino dos.
90. En virtud del derecho argentino, un recurso de apelación se considera rechazado si la autoridad administrativa no se pronuncia dentro de los 30 días posteriores. El recurso de apelación final, presentado ante la Secretaría de Comunicaciones, no generó una decisión por casi un año, aunque debió considerarse rechazado mucho antes de ese momento. La decisión que finalmente se emitió resultó por tanto superflua, aún cuando también se rechazó la solicitud de TSA, dado que bajo el derecho argentino, ésta ya había sido rechazada implícitamente. Los recursos administrativos, pues, ya se habían agotado. TSA cumplió con los requisitos del período de espera establecido en el Artículo 10(3) dado que efectivamente recibió una decisión definitiva dentro del período de dieciocho meses y las partes aún estaban en disputa.
91. TSA también pide al Tribunal de Arbitraje que tenga en cuenta la siguiente jurisprudencia (*Nicaragua c. Estados Unidos de América*¹⁹, *Conorzio Groupement L.E.S.I. – DIPENTA c. la República Argelina Democrática y Popular*²⁰, *Ethyl Corporation c. Canadá*²¹,

¹⁹ Actividades militares y paramilitares en Nicaragua contra ese país (*Nicaragua c. Estados Unidos de América*), Fallo de la CIJ (Jurisdicción y Admisibilidad), 26 de noviembre de 1984, Informes CIJ 427-429.

²⁰ Caso CIADI No. ARB/03/08, 10 de enero de 2005, Laudo, Cuestiones de Derecho, párrafo 32.

²¹ CNUDMI, TLCAN, Laudo sobre Jurisdicción, 24 de junio de 1998, párrafo 77.

*Ronald S. Launder c. la República Checa*²², *Wena Hotels c. la República Árabe de Egipto*²³, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. la República Islámica del Pakistán*²⁴) a los efectos de determinar que el período de espera del Artículo 10(3) es una estipulación procesal y no un requisito jurisdiccional. Dicha estipulación procesal no puede hacer que la reclamación de TSA sea considerada inadmisibles. Desestimar la reclamación de TSA por una cuestión de forma sería contrario a la estructura y las metas del sistema del CIADI.

92. Dada la finalidad de las decisiones de la CNC y la Secretaría de Comunicaciones, TSA no tenía obligación alguna en virtud del Artículo 10 de interponer recursos locales adicionales. De cualquier manera, dichos recursos adicionales no habrían reparado el daño causado a TSA. Sugerir que TSA contaba con más recursos legales en un ambiente de acoso judicial a través de procedimientos penales contra TSA, sería absurdo.
93. TSA también invoca, de ser necesaria, la cláusula sobre nación más favorecida del Artículo 3(2) del TBI a los efectos de importar la disposición sobre resolución de diferencias más favorable que se encuentra en el Artículo VII del tratado bilateral de inversiones entre la Argentina y los Estados Unidos, el cual establece un período de notificación de seis meses.
94. *En primer lugar*, la jurisprudencia del CIADI confirma enfáticamente la aplicación del estándar de nación más favorecida a los efectos de importar períodos de espera más cortos. *En segundo lugar*, no hay prueba de que las partes tuvieran la intención de limitar el alcance de la cláusula sobre nación más favorecida en el TBI para aspectos de fondo. *En tercer lugar*, la distinta redacción del Artículo 3(2) y de otras cláusulas sobre nación más favorecida no tienen relevancia en este caso. Dado que el TBI expresa la intención de las partes de promover la cooperación económica a través de la protección de las inversiones en su territorio, debería prevalecer una interpretación del TBI que respalde esas metas por encima de otra que las menoscabe o invalide. *En cuarto lugar*, la

²² CNUDMI, Laudo Definitivo, 3 de septiembre de 2001, párrafo 187-191.

²³ Véase *supra* nota de pie de página 9, párrafos 101-103.

²⁴ Véase *supra* nota de pie de página 7, párrafo 184.

interpretación de TSA de la cláusula sobre nación más favorecida no viola el principio de *ejusdem generis*. La semántica del Artículo 3(2) no restringe el tratamiento de cláusula sobre nación más favorecida a los aspectos de fondo del caso. El Artículo 3(2) hace referencia a la “protección”, y la resolución de diferencias es uno de sus aspectos más importantes.

95. Efectivamente, casos importantes del CIADI han extendido el alcance de las cláusulas sobre nación más favorecida con el fin de importar períodos de espera más cortos y evitar recurrir a los tribunales locales (*Emilio Agustín Maffezini c. el Reino de España*²⁵, *Siemens A.G. c. la República Argentina*²⁶, *Camuzzi International S.A. c. la República Argentina*²⁷, *Gas Natural SDG, S.A. c. la República Argentina*²⁸, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona e Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. c. la República Argentina*²⁹, *National Grid plc c. la República Argentina*³⁰). Todas las demandantes en estos casos debieron enfrentarse a períodos de espera estipulados y algunas tuvieron la obligación de interponer recursos locales dentro de estos períodos estipulados. Sin embargo, ninguno de los tribunales rechazó las solicitudes de las demandantes de evitar los períodos de espera estipulados y proceder directamente al arbitraje sin interponer primero recursos locales.
96. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece que la interpretación debe considerar “toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”. Las partes, a través del TBI, reconocen la relevancia del derecho internacional general. Las siguientes dos “formas pertinentes de derecho internacional” pueden tomarse en cuenta en este caso: (i) el principio de integración, es decir, las disposiciones de un tratado deben interpretarse no en forma aislada, sino como un todo; y (ii) el principio de interpretación, que requiere una interpretación que otorgue validez a cada disposición del tratado, y que se opone a interpretaciones que invalidarían

²⁵ Caso CIADI No. ARB/97/7, Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción, 25 de enero de 2000, párrafo 54.

²⁶ Caso CIADI No. ARB/02/8, Decisión sobre Jurisdicción, 3 de agosto de 2004, párrafos 102-103.

²⁷ Caso CIADI No. ARB/03/7, Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción, 10 de junio de 2005, párrafo 34.

²⁸ Caso CIADI No. ARB/03/10, Decisión sobre Cuestiones Preliminares sobre Jurisdicción, párrafos 29-31 y 49.

²⁹ Véase *supra* nota de pie de página 12, párrafos 63, 65 y 224.

³⁰ CNUDMI, Decisión sobre Jurisdicción, 20 de junio de 2006, párrafo 88.

o perjudicarían la vigencia de cualquier disposición específica. Juntos, estos principios demuestran claramente que el TBI, por sus términos expresos y en base a una interpretación consistente con el derecho internacional consuetudinario, incorpora los estándares de procedimiento o fondo relacionados con la protección de inversiones que resulten más favorables para el inversor extranjero. Las únicas limitaciones sobre el alcance de la cláusula sobre nación más favorecida del TBI se encuentran en el Artículo 3(3). Dichas limitaciones son expresas y, por consiguiente, amplias. Y lo que es más importante, los aspectos procesales no están incluidos en la lista de excepciones del Artículo 3(3) y, por ello, deberían quedar comprendidos dentro de la protección de la cláusula sobre nación más favorecida.

97. De cualquier forma, es la Argentina quien tiene la carga de demostrar si la intención de las partes era otra. Incluso en el caso de que exista ambigüedad, no hay presunción alguna de que el alcance de la cláusula sobre nación más favorecida no se extiende a las disposiciones sobre resolución de diferencias. Considerando el objeto y propósito del TBI, el Tribunal de Arbitraje tiene la obligación de resolver dichas ambigüedades a favor del inversor.

B. CONCLUSIONES DEL TRIBUNAL DE ARBITRAJE

98. El Tribunal de Arbitraje observó que, de acuerdo con el Artículo 10(2) del TBI, cualquiera de las partes podrá someter la controversia a los órganos administrativos o judiciales del Estado en cuyo territorio se efectuó la inversión. Según el Artículo 10(3) del TBI, cualquiera de las partes podrá recurrir al arbitraje internacional una vez que se haya emitido una decisión definitiva o que haya transcurrido un plazo de dieciocho meses contados a partir del sometimiento de la controversia a los órganos administrativos o judiciales mencionados anteriormente.
99. El Artículo 10(3) del TBI da lugar a diversas cuestiones de interpretación, y el Tribunal de Arbitraje no puede considerar que las pruebas documentales y testimoniales presentadas en el presente caso brindan respuestas a dichas cuestiones. Por lo tanto, basará sus conclusiones en un examen del texto de dicha disposición en el contexto del TBI en su totalidad.

100. En primer lugar, el Tribunal de Arbitraje deberá examinar si, en el presente caso, se emitió una decisión definitiva conforme al Artículo 10(3) del TBI.
101. No existe información en el caso que permita aclarar la intención de los Países Bajos y la Argentina respecto de la interpretación de la expresión “decisión definitiva” utilizada en el Artículo 10(3). Sin embargo, debido a que la expresión aparece en un tratado internacional, fuera de un contexto puramente nacional, corresponde otorgarle un significado autónomo y, por lo tanto, interpretarlo independientemente de cualquier significado que pueda tener en las legislaciones locales de los dos Estados Contratantes. Se puede asumir que el objetivo de exigir una decisión definitiva era limitar, dentro de lo posible, la cantidad de controversias sometidas a arreglo internacional. De este modo, la disposición impone el agotamiento de los recursos locales, pero dentro de un límite de tiempo. Si no se emitió una decisión definitiva transcurridos dieciocho meses, ya no se exigirá que se agoten los recursos locales.
102. En este contexto, el Tribunal de Arbitraje sostiene que una decisión debería considerarse definitiva cuando ya no hay recursos legales que puedan otorgarle a cualquiera de las partes una oportunidad razonable de modificarla.
103. Por lo tanto, no es una cuestión decisiva si, tal como alega TSA, la Resolución No. 1231/04 del 14 de mayo de 2004 era una decisión definitiva de acuerdo con el derecho administrativo argentino. En cambio, es significativo que la misma TSA haya interpuesto un recurso contra dicha Resolución mediante la presentación de una solicitud ante la Secretaría de Comunicaciones. Se puede asumir que, al utilizar este recurso, TSA creía que existía la posibilidad razonable de que la Resolución No. 242/04, que rescindía el Contrato de Concesión, sería revocada o modificada, o que se podría obtener algún otro tipo de reparación. Por lo tanto, el Tribunal de Arbitraje considera que la Resolución No. 1231/04 no era una decisión definitiva conforme al Artículo 10(3) del TBI.
104. Sin embargo, TSA no esperó la resolución de su recurso de apelación. Dicho pronunciamiento no fue notificado a TSA sino hasta junio de 2005, cuando se le comunicó la decisión del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y

Servicios. Tiempo atrás, el 20 de diciembre de 2004, TSA había iniciado un proceso de arbitraje ante el CIADI. Estos hechos dan lugar a los siguientes planteos:

- (a) si TSA, antes de iniciar un proceso de arbitraje ante el CIADI, debería haber esperado la resolución de su recurso de apelación contra la Resolución de la Secretaría de Comunicaciones, y
- (b) si TSA, ya sea antes o después de junio de 2005, debería haber interpuesto un recurso de apelación ante un tribunal argentino antes de iniciar un proceso de arbitraje ante el CIADI.

105. TSA adjudicó importancia al hecho de que, según el derecho administrativo argentino, el recurso de apelación a la Secretaría de Comunicaciones podría considerarse desestimado al no haberse pronunciado dentro de los 30 días, es decir, a julio de 2004. En esa norma se basó TSA cuando anunció, en su carta del 10 de diciembre de 2004 dirigida al Presidente de la República Argentina, que se sometía a la jurisdicción del CIADI para que resolviera la diferencia mediante arbitraje.

106. El Tribunal de Arbitraje no está convencido de que la norma argentina que establece que una solicitud pueda considerarse rechazada ante el silencio sea concluyente en el presente caso. Como se dijo anteriormente, el concepto de “decisión definitiva” incluido en el Artículo 10(3) del TBI debe interpretarse autónomamente, y el criterio pertinente debe ser si existe la oportunidad de modificar la decisión dentro del sistema jurídico local. En este sentido, cabe notar que la Secretaría de Comunicaciones y/o el Ministerio de Planificación, Inversión Pública y Servicios siguieron examinando el recurso de apelación de TSA una vez transcurrido el período de 30 días, lo que significa que, a pesar de la norma relativa a los 30 días del derecho administrativo local, TSA siguió teniendo la oportunidad razonable de que se diera lugar al recurso de apelación hasta el 23 de mayo de 2005, fecha en la que el Ministerio emitió su resolución.

107. Por lo tanto, el 20 de diciembre de 2004, cuando TSA inició el proceso de arbitraje ante el CIADI, todavía no se había emitido una “decisión definitiva” conforme al Artículo 10(3) del TBI. Tampoco había transcurrido el período de dieciocho meses que establece dicho Artículo. En consecuencia, el inicio del proceso de arbitraje por parte de TSA fue

prematureo. La pregunta que surge es qué consecuencias tendrá este hecho a la luz de los que le sucedieron, en particular, el rechazo del recurso de apelación del 23 de mayo de 2005.

108. Cuando el recurso de apelación de TSA fue desestimado el 23 de mayo de 2005, sólo habían transcurrido catorce de los dieciocho meses correspondientes. TSA fue notificada de la decisión un mes después, el 27 de junio de 2005, cuando habían transcurrido quince meses y quedaban sólo tres meses para que expirara el período de dieciocho meses. La pregunta que surge es si TSA, luego de recibir la decisión negativa del Ministerio, debería haber utilizado otros recursos antes de interponer su solicitud ante el CIADI.
109. La República Argentina argumentó que TSA podría haber recurrido ante la justicia argentina para acceder a una revisión judicial. Sin embargo, TSA negó tener la obligación de hacerlo y argumentó que el Artículo 10(2) exige recurrir ya sea a recursos administrativos o judiciales, y no obliga al inversor a utilizar ambas categorías de recursos. TSA también argumentó que recurrir a los tribunales argentinos hubiera carecido de sentido y que, en todo caso, la justicia no habría emitido una decisión antes de que finalizara el período de dieciocho meses.
110. El Tribunal de Arbitraje tiene algunas dudas sobre si debería interpretarse que el Artículo 10(2) otorga al inversor la posibilidad de elegir entre recursos administrativos o judiciales. Dicha disposición tiene cierto parecido con el Artículo 26 del Convenio del CIADI, que establece que un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento de todos los recursos administrativos o judiciales locales como condición a su consentimiento al arbitraje conforme al Convenio. Sin embargo, el objetivo del Artículo 10(2) parecería ser que se deben agotar los recursos locales con el fin de que se produzcan resultados dentro del período de dieciocho meses. Dicho objetivo se alcanzaría con mayor facilidad si se exigiera sucesivamente al inversor que utilice todos los recursos, ya sean administrativos o judiciales, que le brinden amplias posibilidades de obtener una compensación a nivel nacional dentro de dicho período de tiempo.
111. Sin embargo, en el presente caso, dado que sólo quedaban tres meses de los correspondientes al período de dieciocho meses después de notificar a TSA de la decisión

del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, es muy poco probable que un tribunal emita una decisión que otorgue a TSA una compensación antes de que transcurran los dieciocho meses. En conclusión, el período de dieciocho meses hubiera transcurrido sin que se emitiera la resolución de la controversia, después de la cual se podría haber iniciado proceso de arbitraje ante el CIADI de plena conformidad con el Artículo 10(3) del TBI.

112. Ante estas circunstancias, y a pesar del hecho de que el procedimiento en el CIADI se inició prematuramente, el Tribunal de Arbitraje considera que ahora sería demasiado formal desestimar el caso sobre la base de que no se cumplieron las formalidades establecidas en el Artículo 10(3) del TBI, ya que un rechazo basado en esa causa no impediría, de ninguna manera, que TSA inicie inmediatamente un nuevo proceso de arbitraje ante el CIADI sobre la misma cuestión.
113. Por lo tanto, el Tribunal de Arbitraje concluye que el caso no debería desestimarse por falta de jurisdicción sobre la base de la segunda excepción interpuesta por la República Argentina. Además, teniendo en cuenta esta conclusión, el Tribunal de Arbitraje no considera necesario examinar si las cláusulas sobre nación más favorecida contempladas en el TBI podrían ser también un fundamento válido de la excepción interpuesta por la Argentina.

VII. TERCERA EXCEPCIÓN A LA JURISDICCIÓN

A. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

1. La República Argentina

114. El Convenio del CIADI es el límite externo de la jurisdicción del CIADI. El Artículo 25(2)(b) del Convenio permite extender la jurisdicción del Centro a empresas locales que, por estar sometidas a control extranjero, las partes acordaron atribuirle el carácter de nacionales de otro Estado Contratante a los efectos de dicho Convenio. El “control” exigido es un requisito objetivo que no se podrá reemplazar mediante ningún acuerdo.

115. Conforme al Artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI, la fecha crítica para analizar quién controla una empresa local es la fecha en la que las partes se someten a la jurisdicción del CIADI. TSA decidió someter la diferencia al CIADI el 13 de diciembre de 2004, y se considerara que esta fecha es el momento a partir del cual se evaluará cuál es la empresa matriz de la empresa local. En cuanto a este tema, se hace referencia al caso *Vacuum Salt Products Ltd c. la República de Ghana*³¹.
116. En el Artículo 10(6) del TBI, se acepta la jurisdicción del CIADI para entender en aquellos casos en los que empresas argentinas estén controladas por nacionales de la otra Parte Contratante. “Controladas” significa que se encuentran realmente sometidas al control de otra empresa. En este caso, no hay una empresa local verdaderamente controlada por una empresa de nacionalidad neerlandesa. Dadas las circunstancias del presente caso, se debe correr el velo societario, ya que la empresa de nacionalidad neerlandesa que alega tener control sobre la empresa local no es controlante, sino un mero vehículo para controlar la empresa de nacionalidad argentina mediante otras empresas. En cuanto a este tema, se hace referencia al caso *Aguas del Tunari S.A. c. Bolivia*³².
117. En el caso *Barcelona Traction*, la Corte Internacional de Justicia argumentó que, en el derecho internacional, se permite correr el velo societario para impedir, por ejemplo, el uso indebido de los privilegios de la personalidad jurídica o la evasión de obligaciones o requisitos legales³³.
118. En el caso *Tokios Tokelés*³⁴, se analizó la posibilidad de correr el velo societario de una empresa de nacionalidad neerlandesa, pero el Tribunal decidió no hacerlo, ya que no encontró ninguna de las causas que se habían indicado en el caso *Barcelona Traction*. Sin embargo, este caso difiere del presente porque no hay ningún intento aparente de cubrir al verdadero controlador de la empresa para aprovecharse de los derechos que una sociedad accionista controlante de nacionalidad neerlandesa podría gozar en una empresa de

³¹ Caso CIADI No. ARB/92/1, Laudo del 16 de febrero de 1994, párrafo 29.

³² Caso CIADI No. ARB/02/3, Decisión sobre Excepción a la Jurisdicción del 21 de octubre de 2005, párrafo 255.

³³ *Barcelona Traction, Light y Power Co. Ltd* (Bélgica c. España), CIJ 1970, 3, 5 de febrero de 1970, párrafo 58.

³⁴ *Tokios Tokelés c. Ucrania* (Caso CIADI No. ARB/02/18), Decisión sobre Jurisdicción del 29 de abril de 2004, párrafos 54-56, y Opinión Disidente del Presidente Prosper Weil, párrafo 23.

nacionalidad argentina. Alternativamente, se deberían aplicar los comentarios que el Profesor Weil hizo en su opinión disidente, según los cuales sólo las inversiones extranjeras genuinas están protegidas por el mecanismo del CIADI.

119. El Protocolo del TBI establece que ciertos hechos, *inter alia*, deberán aceptarse como pruebas del control. Sin embargo, no establece que tales hechos “prueban” el control, sino que sólo deben ser aceptados como pruebas de dicho control. En un caso como el presente, los hechos en los que se basó TSA no son suficientes para probar la existencia de tal control ejercido por inversores de la otra Parte Contratante. Claramente, TSI es una empresa utilizada como vehículo que no ejerce control real sobre TSA. En cuanto a este tema, la Argentina adjudicó importancia a las siguientes circunstancias: (i) la falta de ciudadanos neerlandeses en las instalaciones de TSA y en su Directorio; la presencia de ciudadanos franceses hasta el 2002 y de ciudadanos argentinos a partir de ese mismo año; (ii) la diferencia entre el capital social de la sociedad “controlante” y de la “controlada”; (iii) la dirección donde TSI registró su sede social, que es la misma dirección que poseen otras 225 sociedades; (iv) dudas acerca de las actividades comerciales de TSI.
120. El hecho de que hay cerca de 225 empresas inscriptas en la misma dirección de la oficina central de TSI significa que, en realidad, no existe dicha oficina central. TSI fue constituida el 15 de agosto de 1996 con el fin de invertir en una concesión del espectro radioeléctrico argentino, que fue otorgada el 11 de junio de 1997. El 20 de agosto de 1996, es decir, cinco días después de la constitución de TSI, se creó TSA. TSI es una empresa utilizada como vehículo por los verdaderos controladores de TSA para llevar a cabo sus inversiones.
121. TSA no ha presentado ninguna prueba de que se encuentra verdaderamente sometida al control de TSI. De acuerdo con el Convenio del CIADI y el TBI, el control debe ser efectivo para poder extender la jurisdicción del CIADI por aplicación del Artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI. La tenencia de acciones no es prueba suficiente, sino que debe estar acompañada por el control efectivo de la empresa.
122. Thales, una empresa francesa, ejerció el control sobre TSA hasta julio de 2002. Luego, vendió su mayoría accionaria. Hay dos posibilidades: o bien la sociedad controlante es

otra empresa extranjera de otra jurisdicción, en cuyo caso no puede invocar el TBI celebrado entre la Argentina y los Países Bajos; o bien, lo que sería aún más grave, la sociedad controlante es una persona jurídica o física de nacionalidad argentina, en cuyo caso la empresa no está sometida a control extranjero.

123. Por lo tanto, la República Argentina solicita que el Tribunal de Arbitraje declare que no existe ningún inversor extranjero a la luz del Artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI y de los Artículos 1 b) (iii) y 10(6) del TBI, dado que TSA no está sometida al control de TSI.

2. TSA

124. Contrariamente a las afirmaciones de la Argentina, TSA está sometida al control de TSI conforme al Artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI y a los Artículos 1 b) (iii) y 10(6) del TBI. TSI posee el 100% de las acciones de TSA y, por lo tanto, cumple con el criterio de “control” establecido en el Protocolo del TBI.

125. El caso de TSA se encuentra dentro de la esfera de aplicación del Artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI. TSA cumple con todos los requisitos de dicha disposición por los siguientes motivos:

- (a) TSA tiene la misma nacionalidad que “el Estado Contratante parte en la diferencia”, es decir, es de nacionalidad argentina, dado que está constituida en la Argentina desde 1996.
- (b) TSA tenía esa nacionalidad a la fecha en la que las partes decidieron someter la diferencia a arbitraje. De hecho, TSA ha sido una sociedad de nacionalidad argentina desde el comienzo de la Concesión hasta la actualidad.
- (c) La Argentina y los Países Bajos acordaron que TSA sería tratada como un nacional de otro Estado Contratante de acuerdo con el Artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI y los Artículos 1 b) (iii) y 10(6) del TBI.
- (d) La Argentina y los Países Bajos acordaron tratar a TSA como un nacional de los Países Bajos por estar sometida al “control extranjero”, tal como establecen los

Artículos 1 b) (iii) y 10(6) del TBI.

126. Sin duda, los Artículos 1 b) (iii) y 10(6) del TBI constituyen un acuerdo con respecto al “control extranjero”. A la luz del Artículo 1 b) (iii), TSA sólo tenía que cumplir un requisito básico: debía estar controlada, directa o indirectamente, por un nacional de los Países Bajos, independientemente de donde estuviera ubicada. El significado del término “controlada” está aclarado en el Protocolo del TBI, y TSA cumple con los requisitos allí indicados, ya que es una empresa afiliada de TSI, ésta última tiene una participación en el capital de TSA superior al 49% y cuenta con los votos necesarios para obtener una posición dominante en los órganos de la empresa. TSA también cumple con los requisitos el Artículo 10(6), dado que fue constituida en la Argentina antes de que surgiera la controversia y está sometida al control de una empresa de nacionalidad neerlandesa desde la fecha de su constitución.
127. No hay necesidad de investigar cuál es la nacionalidad del “controlador principal”, dado que el TBI no incluye tal requisito.
128. Aunque no es necesario para pronunciar una decisión sobre este asunto, TSA aportó datos sobre la cadena de titularidad de TSA y TSI en diferentes puntos a lo largo del tiempo. Brevemente, la información indica lo siguiente:
- (a) *Fecha de la firma del Contrato de Concesión (11 de junio de 1997)*: en ese momento, el principal titular de TSA y TSI era la empresa francesa Thomson CSF S.A.
 - (b) *Fecha anterior a la diferencia (5 de enero de 2002)*: en ese momento, los principales titulares de TSA y TSI eran el ciudadano germano-argentino Jorge Justo Neuss, el grupo francés Thales Group y el ciudadano francés Jean Nicolas d’Ancezune.
 - (c) *Fecha de rescisión de la Concesión (26 de enero de 2004)*: en ese momento, Jorge Justo Neuss y Thales Group eran los principales titulares, quienes concedieron ciertos derechos a Jean Nicolas d’Ancezune.
 - (d) *Fecha de notificación de la diferencia (16 de diciembre de 2004)*: en ese momento, Jorge Justo Neuss era el principal titular, quien concedió ciertos

derechos a Jean Nicolas d'Ancezune.

129. Conforme al Artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI, la fecha relevante con respecto a la nacionalidad de la persona jurídica es la fecha en la que las partes prestan su consentimiento para someter la diferencia a arbitraje. De acuerdo con el Artículo 10(6) del TBI, la fecha crítica a los efectos del “control extranjero” es la fecha anterior al surgimiento de la diferencia. En el presente caso, TSA siempre estuvo registrada en la Argentina y, antes de la fecha en la que surgió la diferencia –es decir, el 5 de enero de 2002–, TSA se encontraba sometida a control extranjero, dado que TSI poseía el 100% de sus acciones.
130. En consecuencia, el caso de TSA se encuentra dentro de la esfera de aplicación del Artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI y de los Artículos 1 b)(iii) y 10(6) del TBI y su Protocolo con respecto al control extranjero.
131. Los argumentos de la Argentina con respecto a la existencia de “control” no sólo ignoran el significado literal del TBI, sino que tampoco son aplicables al presente caso, tal como lo indican los precedentes del CIADI (*Aguas del Tunari S.A. c. la República de Bolivia*³⁵, *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. c. la República Bolivariana de Venezuela*³⁶, *AMCO Asia Corporation, Pan American Development Limited, PT Amco Indonesia c. la República de Indonesia*³⁷, *ADC Affiliate Limited y ADC & ADMC Management Limited c. la República de Hungría*³⁸, *Tokios Tokelés c. Ucrania*³⁹). En un caso reciente –*Rompetrol Group N.V. c. Rumania*⁴⁰–, el hecho de que, en una empresa de nacionalidad neerlandesa, la mayoría de las acciones estuvieran en manos rumanas no fue considerado un obstáculo para iniciar un proceso de arbitraje contra Rumania de acuerdo con las normas establecidas en el Convenio del CIADI y con el tratado bilateral de inversión celebrado entre los Países Bajos y Rumania.

³⁵ Veáse *supra* nota de pie de página 32, párrafos 296 y 301.

³⁶ Caso CIADI No. ARB/00/5, Decisión sobre Jurisdicción del 27 de septiembre de 2001, párrafos 67, 79, 86 y 112.

³⁷ Caso CIADI No. ARB/81/1, Decisión sobre Jurisdicción del 25 de septiembre de 2001, párrafo 14.

³⁸ Caso CIADI No. ARB/03/16, Laudo del 2 de octubre de 2006, párrafos 335, 337, 342, 343 y 357.

³⁹ Párrafos 22, 36 y 46.

⁴⁰ Caso CIADI No. ARB/06/3, Decisión sobre Excepciones Preliminares de Jurisdicción y Admisibilidad del 18 de abril de 2008, párrafos 81-85, 93 y 110.

132. No obstante, incluso si el Tribunal (i) decide analizar la nacionalidad de todas las empresas que poseen, directa o indirectamente, acciones de TSA e (ii) interpreta, en la fecha anterior al surgimiento de la diferencia, que la expresión “control extranjero” significa “control extranjero efectivo” o exige que la última sociedad controlante en la cadena de titularidad sea extranjera, TSA seguiría cumpliendo con el requisito de “control extranjero”.

B. CONCLUSIONES DEL TRIBUNAL DE ARBITRAJE

133. El Tribunal de Arbitraje comenzará su examen sobre esta cuestión analizando el Artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI y luego procederá a considerar su aplicación a las circunstancias del presente caso, teniendo en cuenta el contenido del TBI celebrado entre la Argentina y los Países Bajos.

I. Artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI

134. El Artículo 25 del Convenio del CIADI define el alcance de la jurisdicción del CIADI. En otras palabras, define la extensión y, por lo tanto, los límites objetivos de la jurisdicción (incluida la jurisdicción de los tribunales que establece) que no se pueden extender o reducir por acuerdo de las Partes.

135. Con respecto al Artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI, que es la disposición de particular interés para el presente caso, Aron Broches sostiene lo siguiente:

“El objetivo de dicha disposición, al igual que el del Artículo 25(1), es indicar los límites externos que constituyen el marco de sometimiento de diferencias a conciliación o arbitraje bajo los auspicios del Centro con el consentimiento de las partes en la disputa”⁴¹.

136. Diversos Tribunales del CIADI han resaltado el carácter objetivo de dichos límites (*Vacuum Salt Products Ltd. c. la República de Ghana*⁴² y *Rompetrol Group N.V. c.*

⁴¹ Broches, Academy of International Law, *Recueil des cours*, vol. 136 [1973 II].

⁴² Véase *supra* nota de pie de página 31, párrafos 36-38.

Rumania: “refleja los ‘límites exteriores’ objetivos más allá de los cuales el consentimiento de las partes no tendría efecto”⁴³).

137. El CIADI y el Convenio que lo constituye tienen, tal como su nombre lo indica, un único objetivo y función: “el arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados”.
138. El Artículo 25(2)(b) define las personas jurídicas que pueden acceder al CIADI siendo “nacionales de otro Estado Contratante” y las clasifica en dos categorías:
- (a) “toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia”, y
 - (b) “las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieran acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero”.
139. La segunda cláusula del Artículo 25(2)(b) introduce una excepción importante a una de las mayores premisas del Convenio (que también refleja un principio general del derecho internacional): siendo que exclusivamente se refiere a diferencias entre partes de diversas nacionalidades, y excluye las disputas que surgen entre un Estado y sus propios inversores nacionales. La *ratio legis* de esta excepción reside en la frase “por estar sometidas a control extranjero”. Por lo tanto, el control extranjero es el factor objetivo en el que se basa la aplicabilidad de esta disposición. Además, justifica la extensión del alcance del CIADI al tiempo que establece los límites objetivos de la excepción. Tal como se argumentó en el caso *Vacuum Salt Products Ltd c. la República de Ghana*, “[l]a referencia al ‘control extranjero’ en el Artículo 25(2)(b) determina necesariamente los límites objetivos del Convenio, más allá de los cuales el CIADI no tiene jurisdicción”.
140. Una diferencia importante entre las dos cláusulas del Artículo 25(2)(b) es que la primera utiliza un criterio jurídico formal: la nacionalidad; mientras que la segunda utiliza un

⁴³ Véase *supra* nota de pie de página 40, párrafo 80.

criterio material u objetivo: el “control extranjero”, con el fin de correr el velo societario y alcanzar la realidad que trasciende a la nacionalidad.

141. Una vez que las Partes acordaron aplicar el segundo criterio sobre las personas jurídicas que tienen la nacionalidad del Estado receptor, están obligadas a aplicarlo como condición para que el CIADI tenga jurisdicción, la cual no se puede extender mediante otros acuerdos.

142. En cuanto a este tema, después de analizar la jurisprudencia, el Profesor Schreuer sostuvo lo siguiente:

“Estos casos, especialmente el caso Vacuum Salt, dejan muy claro que el control extranjero al momento de prestar consentimiento es un requisito objetivo que el tribunal debe examinar para establecer su jurisdicción”⁴⁴.

143. La pregunta con respecto a si se debe correr o levantar el velo societario por aplicación del Artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI, o en qué medida debe hacerse, se presenta de diferentes maneras y tiene diversas soluciones que dependen de si el caso se encuentra dentro de la esfera de aplicación de la primera o de la segunda cláusula de la disposición en cuestión.

144. La primera cláusula del Artículo 25(2)(b) sólo menciona la “nacionalidad” del Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia. En otras palabras, utiliza como criterio el concepto jurídico formal de nacionalidad, que, en el caso de las personas jurídicas, se determina mediante uno de los dos criterios generalmente aceptados: el lugar de constitución o la sede social de la empresa (*siège social*). Aquí no se hace referencia al “control”, sea extranjero o no, ni se hace alusión a “correr el velo societario” o ir más allá de dicha nacionalidad.

145. Se puede interpretar este texto de manera estrictamente literal y considerar que el tribunal siempre debe guiarse por el criterio de nacionalidad formal. Por otro lado, puede parecer que dicha interpretación estrictamente literal vaya en contra del sentido común en algunas

⁴⁴ Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, pág. 312, párrafo 548.

circunstancias, especialmente cuando la nacionalidad formal oculta una sociedad controlada, directa o indirectamente, por personas de la misma nacionalidad del Estado receptor.

146. Tanto en el caso *Tokios Tokelés c. Ucrania* como en el caso *Rompetrol Group N.V. c. Rumania*, los Tribunales adhirieron a la interpretación estrictamente literal, a pesar de que las empresas extranjeras estaban sometidas al control de nacionales del Estado receptor. Sin embargo, esta interpretación no ha sido generalmente aceptada y fue además criticada en la opinión disidente el Presidente del Tribunal del caso *Tokios Tokelés*.
147. Sin embargo, la situación es diferente cuando se considera la segunda cláusula del Artículo 25(2)(b) del Convenio. El mismo texto permite que las partes acuerden levantar el velo societario, pero sólo “por estar sometidas a control extranjero”, lo cual justifica, y a la vez condiciona, esta excepción. Aunque el texto se refiere a personas jurídicas que tienen la nacionalidad del Estado receptor y que las partes acordaron tratar como nacionales de otro Estado Contratante “por estar sometidas a control extranjero”, se debe probar objetivamente la existencia y materialidad de dicho control extranjero para que las partes determinen la jurisdicción del CIADI mediante acuerdo. No sería coherente con el texto si se le ordenara al tribunal, al establecer si hay control extranjero, que corra el velo societario de la empresa nacional del Estado receptor y que se detenga en la segunda capa del velo societario, en lugar de realizar una identificación objetiva del control extranjero hasta llegar a su fuente real, utilizando el mismo criterio con el que comenzó.
148. Sin embargo, en los casos que se encuentran dentro de la esfera de aplicación de la segunda cláusula del Artículo 25(2)(b), los tribunales del CIADI no fueron constantes con respecto a la cuestión de si corresponde o no correr la segunda capa del velo societario, después de aquélla que tiene la nacionalidad del Estado receptor, para identificar el control extranjero. En *AMCO y otros c. la República de Indonesia, Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. c. la República Bolivariana de Venezuela* y *Aguas del Tunari c. la República de Bolivia*, los Tribunales se negaron a correr el velo societario más allá de la primera capa o del primer escalón de la escalera societaria (aquélla que

tiene la nacionalidad del Estado receptor). Por otro lado, los Tribunales de los casos *Société Ouest Africaine des Bétons Industriels (SOABI) c. Senegal*⁴⁵ y, más recientemente, de *African Holding Company of America y Société Africaine de Construction au Congo S.A.R.L. c. la República del Congo*⁴⁶ no dudaron en correr las sucesivas capas del velo societario para identificar el control extranjero y la nacionalidad de quienes lo ejercían.

149. Cabe mencionar que, en todos estos casos, la cuestión en debate no era la existencia objetiva de control extranjero, que el Estado receptor no había objetado, sino la nacionalidad de dicho control extranjero.
150. En un solo caso –*Vacuum Salt Products Ltd c. la República de Ghana*–, surgió la cuestión de la existencia y realidad del “control extranjero”, es decir, la cuestión de si la empresa, formalmente nacional del Estado receptor, estaba verdaderamente sometida a “control extranjero” o si estaba, directa o indirectamente, en manos de nacionales del Estado receptor y, por lo tanto, se encontraba fuera de los límites objetivos de la jurisdicción del CIADI de acuerdo con el Artículo 25(2)(b).
151. De hecho, en dicho caso, la Demandante dedujo, a partir de una cláusula sobre la jurisdicción del CIADI en el contrato, que las partes –*Vacuum Salt Products Ltd.*, constituida según la legislación ghanesa, y el Gobierno de Ghana– habían acordado tratar a la Empresa como “un nacional extranjero”, es decir, habían reconocido la existencia de “control extranjero” conforme a la segunda cláusula del Artículo 25(2)(b). El Tribunal consideró que dicho acuerdo sólo “plantea una presunción refutable de que se cumplió el criterio de ‘control extranjero’ correspondiente a la segunda cláusula del Artículo 25(2)(b) en la fecha en que se prestó consentimiento”⁴⁷. Por lo tanto, el Tribunal procedió a realizar un examen exhaustivo de los hechos del caso para llegar a la conclusión de que la presunción había sido refutada, es decir, no cumplió con el criterio de control extranjero y, por lo tanto, el Tribunal desestimó el caso por falta de jurisdicción.

⁴⁵ Caso CIADI No. ARB/82/1, Decisión sobre Jurisdicción del 19 de julio de 1984.

⁴⁶ Caso CIADI No. ARB/05/21, Laudo del 29 de julio de 2008.

⁴⁷ Véase *supra* nota de pie de página 31, párrafo 38.

152. Escritores y comentaristas también tienen, en general, opiniones divergentes con respecto a la cuestión de correr el velo societario por aplicación del Artículo 25(2)(b). Sin embargo, la mayoría parece estar a favor de correr el velo para examinar la verdadera identidad y nacionalidad de los controladores⁴⁸.
153. Los motivos para correr el velo societario hasta llegar a la verdadera fuente de control tiene, *a fortiori*, más peso a la luz de la segunda cláusula del Artículo 25(2)(b), al alegar que el máximo control está en manos de nacionales del Estado receptor, cuya nacionalidad formal es la misma de la empresa demandante. Por lo tanto, el Profesor Schreuer concluyó su análisis con la siguiente pregunta retórica: “¿Es suficiente que nacionales de los Estados no Contratantes o incluso del Estado receptor constituyan una empresa por conveniencia en un Estado Contratante para crear la apariencia de un control extranjero legítimo?”. Y su respuesta fue que “el mejor enfoque parece ser una mirada realista al verdadero controlador y por ende bloquear, de ese modo, el acceso al Centro de las personas jurídicas controladas, directa o indirectamente, por nacionales de Estados no Contratantes o nacionales del Estado receptor”⁴⁹.
154. Éste es, además, el motivo por el cual, en el único caso en relación con la segunda cláusula del Artículo 25(2)(b) y en el que se alegó control nacional (*Vacuum Salt Products Ltd. c. la República de Ghana*), el Tribunal refutó la presunción de jurisdicción y declinó competencia. En ningún otro caso, hasta la fecha, un Tribunal del CIADI, después de determinar la nacionalidad del Estado receptor, se detuvo en la segunda capa o escalón del velo societario, lo que significa rehusarse a realizar investigaciones sobre el control hasta llegar a su fuente real.

⁴⁸ Por ejemplo, G.R. Delaune, “How to Draft an ICSID Arbitration Clause” (*ICSID Rev -FILJ* vol. 7 (1992), págs. 168-178; A. Broches, “Denying ICSID’s Jurisdiction: The ICSID Award in Vacuum Salt Products Ltd”, *Journal of International Arbitration*, vol. 13 (1996), pág. 21 (Broches también presidió el Tribunal del caso SOABI); M. Hirsch, *The Arbitration Mechanism of the ICSID* (1993), pág. 104; Ch. Schreuer, “Access to ICSID Disputes Settlement for Locally Incorporated Companies”, en Friedleweiss, Deuters & de Waart (eds.) *International Economic Law with a Human Face* (1998), pág. 497; Ch. Schreuer, *The ICSID Convention : A Commentary*, (Commentary, *op.cit.*, págs. 317-318, párrafos 562-563); M. Burgstaller, “Nationality of Corporate Investors and International Claims against the Investor’s own State”, *Journal of World Investment and Trade*, vol. 7, nro. 2 (Dic. 2006), pág. 857.,

⁴⁹ Schreuer, *Commentary, op.cit.*, pág. 318 [párrafo 563].

II. Las circunstancias del caso

155. TSA basa el concepto de “control extranjero”, principalmente, en la interpretación del Artículo 1(b)(iii) del TBI entre la Argentina y los Países Bajos y su Protocolo, que establece lo siguiente bajo el apartado B:

“B. Con referencia al Artículo 1, párrafo b iii) la Parte Contratante en cuyo territorio las inversiones tienen lugar puede solicitar la prueba del control invocado por los inversores de la otra Parte Contratante. Los hechos siguientes pueden ser, entre otros, aceptados como evidencia del control:

- i. el carácter de filial de una persona jurídica de la otra Parte Contratante;
- ii. la participación directa o indirecta en el capital de una sociedad mayor del 49 % o la posesión directa o indirecta de los votos necesarios para obtener una posición dominante en las asambleas o en los órganos de la sociedad”.

156. Sin embargo, las disposiciones del TBI no pueden establecer la jurisdicción del CIADI, a menos que se cumplan las condiciones del Artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI. En cuanto a este tema, el Tribunal del caso *Vacuum Salt Products Ltd c. la República de Ghana* sostuvo lo siguiente:

“(…) el acuerdo de las partes para tratar a la Demandante como un nacional extranjero ‘por estar sometida al control extranjero’ no confiere jurisdicción *ipso jure*. La referencia al ‘control extranjero’ en el Artículo 25(2)(b) determina necesariamente los límites objetivos del Convenio, más allá de los cuales el CIADI no tiene jurisdicción y, por lo tanto, las partes no pueden invocarlo, independientemente de la ferviente intención que puedan tener de hacerlo”.⁵⁰

⁵⁰ Véase *supra* nota de pie de página 31, párrafo 36.

157. Por lo tanto, es una cuestión decisiva definir si TSA, siendo una persona jurídica de nacionalidad argentina, puede acogerse a la segunda cláusula del Artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI para fundamentar la jurisdicción.
158. En cuanto a este tema, TSA argumentó que TSI poseía la totalidad de las acciones de TSA y que TSI está constituida según las leyes de los Países Bajos, donde tiene su domicilio. Por lo tanto, TSA cumple con el criterio establecido en el Protocolo y en el Artículo 25(2)(b) del Convenio, dado que las partes acordaron en el TBI que TSA –debido a que TSI está constituida en los Países Bajos y posee el 100% del capital de TSA – debe ser tratada como un nacional de los Países Bajos.
159. La República Argentina argumentó que TSA no cumple con las condiciones establecidas en el Artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI para ser tratada como un nacional de los Países Bajos, dado que, según surge de los datos proporcionados por TSA, en todas las fechas críticas posibles (la presentación de la solicitud de arbitraje, el consentimiento a la jurisdicción, el origen de la diferencia), TSI estaba controlada un nacional argentino, Jorge Justo Neuss, quien poseía, directa o indirectamente, la mayor parte del capital accionario –empezó teniendo el 51% hasta llegar, a lo largo del tiempo, a poseer casi la totalidad de las acciones. Por lo tanto, TSA no se encontraba sometida al control extranjero y no se la puede tratar como “nacional de otro Estado Contratante”. En consecuencia, se debe desestimar el caso por falta de jurisdicción.
160. El Tribunal concluyó que, por aplicación de la segunda cláusula del Artículo 25(2)(b), es necesario correr el velo societario y determinar si la empresa local se encontraba objetivamente sometida a control extranjero o no. También surge del Artículo 25(2)(b) que la fecha relevante es la fecha en la que las partes prestaron su consentimiento para someter la diferencia a arbitraje. En una carta del 10 de diciembre de 2004 dirigida al Presidente de la República Argentina, TSA prestó su consentimiento para someter la diferencia a arbitraje del CIADI de acuerdo con las disposiciones del TBI, lo que significa que, en esa fecha, ambas partes habían prestado su consentimiento al arbitraje.
161. TSA presentó una tabla que demuestra que, al momento de la notificación de la diferencia, el 16 de diciembre de 2004, es decir, cerca de la fecha en la que las partes

prestaron su consentimiento, TSA, por medio de otras empresas, pertenecía a TH Operations International NV (THOP) en su totalidad, y que el titular de las acciones de THOP era Jorge Justo Neuss, un ciudadano germano-argentino. Sin embargo, TSA sostuvo que Jean-Nicolas d'Ancezune, ciudadano francés, tiene derecho al 75% de las acciones de THOP mediante una "afectación fiduciaria", lo que fue aceptado por Neuss, quien de todos modos posee las acciones en su nombre. A pesar de las preguntas planteadas a TSA (y a D'Ancezune durante la declaración testimonial) sobre los arreglos hechos con D'Ancezune y sobre la naturaleza del "afectación fiduciaria", sólo se obtuvo información escasa sin pruebas que la corroboren. Por lo tanto, el argumento de TSA con respecto a este tema es vago y no fue probado. Además, no hay pruebas de que TSA estuviera, a la fecha del consentimiento, sometida al control de D'Ancezune, quien además no es neerlandés, sino ciudadano francés.

162. Por lo tanto, la única conclusión que se puede sacar de la información y las pruebas con las que cuenta en Tribunal es que el último titular de TSA a la fecha en la que se prestó consentimiento era el ciudadano argentino Jorge Justo Neuss. En consecuencia, independientemente de qué interpretación se le dé al TBI celebrado entre la Argentina y los Países Bajos y su Protocolo, no se puede tratar a TSA, según el Artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI, como un nacional de los Países Bajos debido a que no hay "control extranjero". Por lo tanto, el Tribunal de Arbitraje no tiene jurisdicción para evaluar las reclamaciones de TSA.

VIII. CUARTA EXCEPCIÓN A LA JURISDICCIÓN

A. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

1. La República Argentina

163. La competencia del Tribunal de Arbitraje está determinada en el Artículo 25(1) del Convenio del CIADI, en el que el término "inversión" no está definido. El TBI es el instrumento mediante el cual las partes prestaron su consentimiento y definieron qué tipo de inversión podrían someter a la jurisdicción del CIADI. El Artículo 1(a) del TBI exige que la inversión, para estar protegida, se haya realizado de acuerdo con las leyes y

reglamentaciones de la Parte Contratante que corresponda. Toda inversión que viole dichas leyes y reglamentaciones no será considerada una inversión conforme al TBI.

164. Una inversión realizada por medios ilegales, tales como la corrupción, no se podrá considerar realizada de acuerdo con las leyes y reglamentaciones del Estado receptor. TSA está sometida a un proceso de investigación en la Argentina por hechos de corrupción relativos a la adjudicación del Contrato de Concesión en junio de 1997. La Oficina Anticorrupción realizó una denuncia criminal el 16 de julio de 2001. Se dictó un sobreseimiento parcial que la Cámara de Apelaciones decidió anular el 15 de noviembre de 2005. El 26 de febrero de 2008, muchos funcionarios públicos, así como el Sr. Jorge Justo Neuss y el Sr. Jean Nicolas d'Ancezune, fueron acusados de cometer delitos en relación con la adjudicación de la Concesión a TSA.
165. Se publicaron extensos informes de prensa exhaustivos sobre corrupción relativos a la Concesión, y un tal Sr. Lionel Queudot hizo acusaciones en contra de TSA. Se puede observar que existieron delitos de cohecho y/o de corrupción en los que se vieron involucrados funcionarios de la empresa y funcionarios públicos de la Argentina. La Argentina considera que la existencia de los hechos probados confirma los actos de corrupción en los que TSI y TSA se vieron involucradas. En consecuencia, incumplieron con sus obligaciones para realizar la inversión de acuerdo con las leyes y reglamentaciones de la República Argentina. Hay pruebas convincentes y claras de las irregularidades, no sólo al momento de adjudicar la Concesión a favor de TSA, sino también durante las operaciones subsiguientes. Dichas irregularidades no se basan en meros artículos periodísticos, sino que se basan, en su mayoría, en las pruebas presentadas durante el procedimiento en el que se acusó a TSA de haber cometido delitos.
166. El pago de sobornos a funcionarios públicos locales garantizó a TSA obtener las bases y condiciones de un concurso, hecho a su medida, para la privatización de la dirección, el control y la administración del espectro radioeléctrico y, luego, cometer irregularidades. Una vez firmado el Contrato de Concesión, TSA siguió gozando de la impunidad que le aseguraron dichos sobornos. Debido a su incapacidad de hacer honor a los compromisos asumidos, TSA se vio obligada a iniciar un proceso para modificar las bases y condiciones de la Concesión que, desde el principio, sabía que no podría cumplir. El

testimonio escrito que Sr. Lionel Queudot presentó ante la Embajada Argentina en Berna contiene pruebas de los hechos de corrupción acaecidos.

167. Aunque la investigación penal comenzó en julio de 2001, la complejidad de los hechos, la gran cantidad de pruebas, la diversidad de agentes y actores involucrados, y la existencia de algunos factores inusuales para los tribunales locales impidieron el dictado de una decisión definitiva hasta la fecha. Sin embargo, el Tribunal de Arbitraje puede determinar que la inversión de TSA no fue realizada de acuerdo con la legislación argentina.
168. TSA realizó la inversión en violación de los principios generales del derecho, dado que la inversión es el resultado de ciertos delitos cometidos, tales como los delitos de fraude y cohecho. En consecuencia, el Tribunal de Arbitraje tiene competencia y también la obligación de impedir que TSA se beneficie de los derechos otorgados mediante el TBI. En cuanto a este tema, se hace referencia a los casos del CIADI de *World Duty Free Company Limited c. la República de Kenia*⁵¹, *Tokios Tokelés c. Ucrania*⁵² e *Inceysa Vallisoletana, SL c. la República del Salvador*⁵³.

2. TSA

169. TSA niega la acusación de cohecho. En todo caso, es el Tribunal de Arbitraje, y no los tribunales argentinos, el que debe entender sobre la acusación de cohecho que hizo la Argentina, quien debe probar la comisión del delito de cohecho y no ha logrado hacerlo.
170. Sobre la base de una acusación anónima en contra de algunos miembros de la dirección de TSA, se inició el proceso de investigación penal. Se dictó un sobreseimiento parcial, que luego fue revocado en apelación. Actualmente, hay una nueva acusación infundada en contra del Sr. Neuss y el Sr. D'Ancezune. El Profesor Aguirre Obarrio analizó y criticó dichas acusaciones. Se hace referencia a su reporte.
171. TSA no sobornó a funcionarios argentinos ni consiguió que se elaboraran las bases y condiciones del concurso a su medida, ni obtuvo ventajas para su cumplimiento. Además,

⁵¹ Caso CIADI N.º ARB/00/7, Laudo del 4 de octubre de 2006, párrafo 157.

⁵² Véase *supra* nota de pie de página 34, párrafo 84.

⁵³ Caso CIADI N.º ARB/03/26, Laudo del 2 de agosto de 2006, párrafos 236, 240, 243 y 246.

la Argentina no presentó ninguna prueba que demuestre que TSA lo hizo. Las pruebas utilizadas en contra de TSA consisten en informes emitidos por organismos de auditoría interna del Gobierno Argentino altamente politizados. También hay una lamentable falta de independencia del Poder Judicial argentino. La Argentina acosó durante años a TSA y su dirección, a pesar de no tener pruebas del delito de cohecho.

172. Las acusaciones de cohecho exigen la más alta rigurosidad probatoria, sin embargo la Argentina no presentó tal evidencia. Se publicaron artículos periodísticos basados en declaraciones poco confiables, que ni siquiera fueron constatadas, del Sr. Lionel Queudot, quien había sido fiduciario de TSA y tenía grandes motivos para vengarse de TSA y sus accionistas. Además, el argumento de que el Sr. Queudot realizó dos transferencias de casi USD 10 millones no consta en ningún registro. Si el Sr. Queudot estuviera involucrado en hechos de soborno al Gobierno Argentino, se lo habría procesado o investigado. En todo caso, sus declaraciones no cumplen con los estándares probatorios aceptados en el marco de un arbitraje.
173. La Argentina no niega que el Tribunal de Arbitraje es el único órgano competente para decidir sobre sus acusaciones de cohecho en este arbitraje. Más bien, enfocó su argumento en la premisa de que el Tribunal de Arbitraje debe declinar jurisdicción en este caso si concluye que TSA realizó la inversión en violación de la legislación argentina. Por otro lado, TSA alegó que la legalidad de una inversión es una cuestión de fondo. Además, TSA observó la extrema reticencia que los tribunales de arbitraje muestran al otorgar excepciones de jurisdicción con fundamento en alegaciones de ilegalidad o corrupción reclamados. De hecho, incluso los tribunales que declinaron jurisdicción debido a hechos de corrupción o ilegalidad lo hicieron sólo después de recibir pruebas convincentes y claras. Ninguna prueba con dichas características se presentó en este caso.

B. CONCLUSIONES EL TRIBUNAL DE ARBITRAJE

174. El Tribunal de Arbitraje observó que las investigaciones sobre los delitos en relación con la Concesión adjudicada a TSA se iniciaron en la Argentina. Dicho procedimiento se está llevando a cabo, pero aún no ha terminado. Dos personas asociadas con TSA –Neuss y

D'Ancezune– fueron acusados por complicidad en el ejercicio indebido de cargo público, pero no se ha emitido sentencia, y la cuestión del cohecho todavía se está investigando.

175. El Tribunal de Arbitraje no encuentra motivos, sobre la base de los materiales disponibles, para sostener que la Concesión fue obtenida ilegalmente, por lo que tampoco puede argumentar que no está protegida por el TBI. Por otro lado, las investigaciones y los procedimientos iniciados en la Argentina todavía se están llevando a cabo.
176. Si no hubiera habido otro obstáculo relativo a la jurisdicción en el presente caso, el Tribunal hubiera decidido unificar la cuarta excepción a la jurisdicción al fondo del caso. Sin embargo, debido a que el Tribunal ya había concluido que el caso debía desestimarse debido a otra excepción a la jurisdicción, las preguntas planteadas en la cuarta excepción a la jurisdicción no son concluyentes para el resultado del caso.

IX. COSTAS

177. El Artículo 61(2) del Convenio del CIADI dispone lo siguiente:

“En el caso de procedimiento de arbitraje el Tribunal determinará, salvo acuerdo contrario de las partes, los gastos en que estas hubieren incurrido en el procedimiento, y decidirá la forma de pago y la manera de distribución de tales gastos, de los honorarios y gastos de los miembros del Tribunal y de los derechos devengados por la utilización del Centro. Tal fijación y distribución formarán parte del laudo”.

178. La Regla de Arbitraje 47(1)(j) exige que el Laudo contenga “la decisión del Tribunal sobre las costas procesales”.
179. No parece que exista “acuerdo en contrario de las partes”, según el Artículo 61(2) del Convenio del CIADI.
180. Ambas partes se reclaman recíprocamente el pago de las costas. Sin embargo, el Tribunal considera que, dadas las circunstancias, las partes deberán pagar los gastos en los que cada una incurrió en el procedimiento, y que los honorarios y gastos de los miembros del Tribunal deberán sufragarse en partes iguales.

X. LAUDO

Por lo expuesto anteriormente, el Tribunal de Arbitraje decide por mayoría:

- A. Aceptar la tercera excepción a la jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones opuesta por la Demandada;
- B. Declarar que el Centro no tiene jurisdicción sobre la diferencia y que este Tribunal de Arbitraje no es competente para resolverla;
- C. Desestimar los reclamos de la Demandada; y
- D. Ordenar que cada parte sufrague íntegramente sus propios costos y gastos, pague la mitad de los honorarios y gastos de los miembros del Tribunal y los cargos del Centro.

Preparado en inglés y en castellano, siendo ambas versiones igualmente auténticas.

[firmado]

Sr. Grant D. Aldonas

Árbitro

Fecha:

Sujeto a la opinión disidente adjunta

[firmado]

Profesor Georges Abi-Saab

Árbitro

Fecha:

Sujeto a la opinión concurrente adjunta

[firmado]

Juez Hans Danelius
Presidente del Tribunal
Fecha: