

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

En el Procedimiento de Arbitraje entre

TSA SPECTRUM DE ARGENTINA S.A.
Demandante

c.

REPÚBLICA ARGENTINA
Demandada

Caso CIADI No. ARB/05/5

—————
OPINIÓN CONCURRENTENTE DEL ÁRBITRO
GEORGES ABI-SAAB
—————

1. Mi propósito al redactar esta opinión separada, es doble. Por un lado, respecto a la primera objeción a la jurisdicción planteada por la Argentina, mi conclusión es la misma que la del Laudo, pero por razones diferentes que explicaré a continuación. Por otro lado, a pesar de que estoy absolutamente de acuerdo con el razonamiento y con las conclusiones del Laudo en relación con el tratamiento que se le dio a la tercera excepción a la jurisdicción planteada por la Argentina, me gustaría agregar otras razones que arriban a la misma conclusión.

I. PRIMERA EXCEPCIÓN A LA JURISDICCIÓN

2. Mi primera observación es que las partes han sido claras en cuanto a la elección del fuero de arbitraje en el contrato de concesión, el cual debe ser observado para todas las reclamaciones que surgieran de dicho contrato.
3. La cláusula de elección de fuero no implica en absoluto la renuncia a la protección diplomática o internacional (es decir, una especie de cláusula Calvo), dado que incluye el arbitraje comercial internacional; pero lo hace de acuerdo con la CCI y no dentro de la esfera del CIADI. Tampoco implica la renuncia de ninguna protección establecida en el TBI si la controversia surgiera de una supuesta violación del TBI, y no de una mera y exclusiva supuesta violación del contrato, aunque tenga la apariencia de una violación del TBI.
4. En cuanto a la distinción entre “reclamaciones contractuales” y “reclamaciones derivadas de tratados”, considero que ambos casos pueden ser consecuencia de los mismos hechos, pero siempre que la reclamación derivada del tratado se sostenga “por sí misma”, es decir, que no necesariamente se presente una violación contractual como elemento o premisa fundamental de dicha reclamación.
5. Por lo tanto, si la reclamación derivada del tratado surge de una violación del contrato y dicha violación constituye, a su vez y bajo otra denominación (tal como figura en el tratado), una violación del tratado, dicha trampa nominal no es suficiente para transformar la reclamación contractual en una reclamación derivada de un tratado o para generar una reclamación derivada de un tratado paralela. Siguiendo la terminología del caso *Vivendi II*: “donde la base esencial de una reclamación” es el contrato, por más que uno la

complemente con más reclamaciones, continuará siendo una reclamación contractual, que deberá ser resuelta de acuerdo con las disposiciones del contrato y a través del fuero acordado en dicho contrato.

6. Una solución diferente significaría dejar de lado de forma implacable el texto expreso del contrato, que refleja el deseo de las partes, en total perjuicio de los principios de autonomía de parte y de *pacta sunt servanda*. De esta forma, la cláusula contractual de elección de fuero quedaría vacía y sin efecto, ya que una cláusula jurisdiccional del TBI se encontraría por encima de todas las estipulaciones contractuales de elección de fuero acordadas entre las partes, apenas una de ellas la invocara. Pero lo contrario no es cierto, es decir, aplicar la cláusula contractual de la elección de fuero no neutraliza la cláusula jurisdiccional, dado que, una vez que se verifica la "reclamación contractual" de la forma adecuada según lo dispuesto por las partes contratantes y en caso de haber una violación, la cláusula jurisdiccional del TBI es aplicable a los fines de determinar si dicha violación contractual puede traducirse en una violación derivada de un tratado (y de cuál en particular).
7. En el presente caso, considero que las reclamaciones de TSA, tal como fueron formuladas en el Memorial sobre el fondo de la demandante se encuentran principalmente fundadas o basadas en supuestos de violación del contrato de concesión. En otras palabras, se centran en quién fue el autor de la violación contractual, y en si la rescisión del contrato por parte de la Argentina y sus acciones posteriores son justificables (como alega la Argentina) o si no lo son (como mantiene TSA) de acuerdo con (es decir, en referencia a) los términos del contrato. Luego, TSA recharacteriza la reclamación bajo la figura de la expropiación u otra violación, según los términos del TBI. Pero dicha re-caracterización no podría sostenerse por sí misma si un órgano judicial hubiese determinado que la rescisión del contrato se justificaba por los graves incumplimientos del contrato por parte de TSA. En otras palabras, si estos fueran todos los argumentos provistos por TSA, las reclamaciones posteriores no podrían sostenerse "por sí mismas" y no deberían admitirse como "reclamaciones derivadas de tratados".

8. Sin embargo, TSA presentó como prueba ciertas declaraciones de voceros de funcionarios de alto rango del gobierno argentino realizadas al momento de la rescisión del contrato de concesión y de la recuperación del servicio por parte del sector público, a los efectos de que "es un servicio que es definitivamente indelegable" por el estado nacional, que "es una facultad indelegable del estado" y que "no se puede permitir que una empresa privada por allí tenga un control del espectro radioeléctrico de actividades que realizan las Fuerzas Armadas" (Memorial sobre el fondo de la demandante, pár. 222). Dichas declaraciones parecen implicar que la actividad que constituye el tema central del contrato de concesión es, por su mismísima naturaleza, público o gubernamental, y que no puede ser, y no debería haber sido jamás, dado en concesión a una empresa privada.
9. Considero que las declaraciones de los funcionarios argentinos son prueba suficiente de que la rescisión del contrato de concesión, al igual que las acciones posteriores llevadas a cabo por el gobierno argentino, puede haber estado motivada no solo en los supuestos graves incumplimientos del contrato por parte de TSA, sino también por otras consideraciones que parecen pertenecer a la esfera de las garantías otorgadas por el TBI. Estas consideraciones, independientemente de las supuestas violaciones del contrato, son, a mi criterio, *prima facie* prueba suficiente para constituir el eje de una reclamación derivada de un tratado y, en consecuencia, para aplicar la cláusula jurisdiccional del TBI.
10. Por lo tanto, estoy de acuerdo, aunque por las razones mencionadas anteriormente, con la conclusión del Laudo, según la cual la primera excepción a la jurisdicción de la Argentina debe ser rechazada.

II. TERCERA EXCEPCIÓN A LA JURISDICCIÓN

11. Como queda demostrado cabalmente en el Laudo, el Artículo 25(2)(b) define el alcance de la jurisdicción del CIADI y, por lo tanto, marca sus límites externos objetivos. Estos límites institucionales no pueden ni renunciarse, ni modificarse, ni extenderse mediante acuerdos de parte entre signatarios del Convenio del CIADI, sino únicamente mediante una revisión del mismo Convenio.

12. Es cierto que la segunda cláusula del Artículo 25(2)(b) no define el “control extranjero”, por el cual una persona jurídica tenedora de la nacionalidad del Estado receptor puede ser “tratada como nacional de otro Estado Contratante”, y que los Estados tienen cierto margen para definir el “control extranjero” mediante un acuerdo, como el TBI o cualquier otro. Pero, como se señala en el Laudo, el control extranjero es una condición objetiva de la jurisdicción, que debe ser establecida de manera objetiva por el Tribunal de Arbitraje. Las Partes no pueden renunciar a él mediante un acuerdo, ni reducirlo a una mera formalidad.
13. De conformidad con lo anterior y dentro de este contexto, es que deben interpretarse las disposiciones del TBI que expresan el acuerdo entre las partes, tal como lo requiere el Artículo 25(2)(b) del Convenio CIADI, y que reflejan el alcance que ellas le dan a cómo debe interpretarse “control extranjero”.
14. La interpretación del párrafo B del Protocolo al TBI celebrado entre la Argentina y los Países Bajos contribuye a la controversia. La Demandante alega que el texto es claro; que la palabra “*pueden*” en la cláusula “los hechos siguientes *pueden* ser, entre otros, aceptados como evidencia del control” (énfasis agregado), hace imperativo que el tribunal tome una decisión exclusivamente de acuerdo con los hechos citados posteriormente, en especial los de la disposición aplicable al presente caso: “ii) la participación directa o indirecta en el capital de una sociedad mayor del 49 %...” y que ignore todas las demás pruebas disponibles de control real.
15. Sin embargo, debe notarse que la versión oficial en castellano del texto del Protocolo no utiliza el equivalente en castellano del imperativo “*shall*”, sino el discrecional “*pueden*”, equivalente de “*can*” en inglés o del francés “*peuvent*”. Si nos apegamos al texto en castellano, la interpretación anterior se hace insostenible. Pero incluso si nos apegamos a la versión en inglés, en una lectura más atenta, el texto no parece ser tan claro o exento de ambigüedades, como dicha interpretación lo presenta. Esto se ve ilustrado en las siguientes dos preguntas:
 - a) la expresión “*inter alia*”, que aparece antes del verbo (en la versión en inglés del Protocolo), indica que la frase “*pueden* ser aceptados como evidencia del control”

también cubre otros hechos. No surge ningún problema si estos otros hechos señalaran en la misma dirección que aquéllos que son enumerados en el texto. ¿Pero qué pasaría si estos otros hechos contradijesen los hechos enumerados en el texto, en especial, si constituyesen pruebas de mayor peso?

b) el texto se refiere a una participación “directa o *indirecta*” en el capital (o a la posesión de votos). La estipulación de una participación “indirecta” de participación o posesión necesariamente implica correr una segunda capa del velo societario (que trascienda la nacionalidad del Estado receptor). Pero si el texto permite correr el velo societario para establecer un control extranjero “indirecto” en un tercer o cuarto nivel, ¿podría prohibir hacer lo mismo con el fin de debilitar dicho control extranjero, estableciendo que el control real esté en las manos de nacionales del Estado receptor?

16. Si un texto plantea estos interrogantes sobre su significado, no puede ser considerado “claro” de acuerdo con las normas de interpretación que aluden a significados claros y corrientes del lenguaje, lo que hace más imperativa la remisión al contexto y al objeto al momento de interpretarlo.
17. Otra posible y más lógica interpretación de la disposición del Protocolo es que los hechos enumerados en él “pueden” o incluso “tienen que” ser aceptados, como un mínimo, en ausencia de cualquier otra evidencia de control extranjero, pero eso no quiere decir que puedan prevalecer sobre otra evidencia más fehaciente y probatoria ni que puedan prohibir al Tribunal admitir dichas pruebas si resultan del levantamiento de una segunda capa del velo societario.
18. Esta interpretación, a pesar de que encaja perfectamente con las palabras del Protocolo, particularmente su versión oficial en castellano, guarda aun más coherencia con el contexto, es decir, con el artículo 25(2)(b) del Convenio CIADI, al que no se puede renunciar, sino que supone debe implementar, así como con el objetivo del Convenio en su totalidad, que es el de resolver disputas entre Estados y nacionales de otros Estados Partes del Convenio, y no entre Estados y sus propios nacionales.
19. Sin embargo, aun cuando la redacción del Protocolo fuese clara en el sentido de la interpretación propuesta por la Demandante, que a mi criterio no lo es, como ya he

expuesto, las normas de interpretación, que aluden a significados claros y ordinarios del lenguaje, se encuentran sujetas al *proviso* de que la interpretación no puede resultar en “conclusiones absurdas o irrazonables”. Y que puede ser más absurdo, de cara a la cruda realidad, que optar por una interpretación oscura y, por lo tanto, ofuscar de la misma manera el sentido de la ley.

20. Estas son las razones adicionales que postulo para admitir la tercera objeción a la jurisdicción de la Demandada y, en consecuencia, para desestimar el caso por falta de jurisdicción.

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

[*firmado*]

Profesor Georges Abi-Saab

Árbitro

Fecha: