

fecha de despacho: 21 de diciembre de 2012

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

EN EL PROCEDIMIENTO ENTRE

Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A.
(DEMANDANTES)

y

La República Argentina
(DEMANDADA)

(Caso CIADI No. ARB/09/1)

DECISIÓN SOBRE JURISDICCIÓN

Miembros del Tribunal

Juez Thomas Buergenthal, Presidente
Henri C. Alvarez Q.C., Árbitro
Dr. Kamal Hossain, Árbitro

Secretaria del Tribunal

Mercedes Cordido-Freytes de Kurowski

En representación de las Demandantes

Roberto Aguirre Luzi, Socio
R. Doak Bishop, Socio
Craig S. Miles, Socio
Silvia Marchili, Asesora Legal Extranjera
Esteban Lecesse, Asesor Legal Extranjero
Jorge Mattamouros, Asociado
King & Spalding LLP
1100 Louisiana Street, Suite 4000
Houston, Texas 77002

En representación de la Demandada

Dra. Angelina María Esther Abbona
Procuradora del Tesoro de la Nación
Argentina
Posadas 1641
C1112ADC, Buenos Aires
Argentina

Lorain I. de Germiny, Asociada
King & Spalding LLP
12 Cours Albert 1er
París, Francia 75008

Guillermo Aguilar-Alvarez, Socio
Roció Dijon, Asociada
King & Spalding LLP
1185 Avenue of the Americas
Nueva York, Nueva York. 10036

Prof. Joost Pauwelyn
King & Spalding LLP
7 Quai du Mont Blanc
CH-1201 Ginebra
Suiza

ÍNDICE

I.	Hechos Relevantes respecto de la Jurisdicción.....	1
a.	Partes.....	1
b.	Controversia.....	1
i.	Adquisición de las Aerolíneas Argentinas.....	1
ii.	Naturaleza de la Diferencia.....	3
II.	Antecedentes Procesales.....	3
a.	Solicitud de Arbitraje y Registro ante el CIADI.....	3
b.	Constitución del Tribunal de Arbitraje.....	4
c.	Procedimiento de arbitraje.....	5
III.	Posición de las Partes respecto de la Jurisdicción.....	11
a.	Posición de la Demandada.....	11
b.	Posición de las Demandantes.....	12
IV.	Análisis.....	13
a.	Primera excepción a la Jurisdicción: Cumplimiento de los requisitos procesales del Artículo X del Tratado por parte de las Demandantes.....	13
i.	Cumplimiento de los requisitos del Artículo X.....	14
1.	Posición de la Demandada.....	14
2.	Posición de las Demandantes.....	16
3.	Análisis del Tribunal.....	21
(a)	Los requisitos del Artículo X(1) y (2).....	21
i.	Inicio del Período de Seis Meses.....	21
ii.	El Requisito de la Notificación Formal.....	23
iii.	Determinación del Inicio de la Controversia.....	24
(b)	Inutilidad.....	28
(c)	Requisito de Recurrir a los Tribunales Internos establecido en el Artículo X(2) y (3).....	29
ii.	Aplicación de la Cláusula de Nación Más Favorecida (Artículo IV(2)) a las disposiciones sobre Resolución de Controversias.....	31
1.	Posición de la Demandada.....	32
2.	Posición de las Demandantes.....	34
3.	Análisis del Tribunal.....	37
b.	El Sentido Corriente del Artículo IV.....	37
(a)	Jurisprudencia Respecto de la Aplicación de las Cláusulas de NMF a las disposiciones sobre resolución de Controversias.....	40
i.	Taxonomía de los Casos de la CNUDMI.....	40
ii.	Otras Cuestiones Interpretativas.....	42
(b)	Las cláusulas de resolución de controversias del TBI Estados Unidos- Argentina y del TBI Australia-Argentina.....	46
c.	Segunda excepción a la Jurisdicción: Legitimación de las Demandantes.....	47
i.	La Inversión de las Demandantes en Interinvest y en las Aerolíneas Argentinas.....	47
1.	Posición de la Demandada.....	47
2.	Posición de las Demandantes.....	50
3.	Análisis del Tribunal.....	52
(a)	Argumento de la “Reclamación derivada” de la Demandada.....	52

i.	Artículo 1 del Tratado.....	52
ii.	Jurisprudencia de la CIJ.....	55
iii.	El Convenio del CIADI.....	56
iv.	Derecho Argentino	57
(b)	Argumento de “Inversor Intermediario” de la Demandada	59
(c)	Argumentos de Orden Público de la Demandada	60
ii.	Otras Inversiones de las Demandantes	60
1.	Posiciones de las Partes	60
2.	Análisis del Tribunal.....	61
iii.	Acuerdo de Financiación entre las Demandantes y Terceros y cesión del beneficio neto del arbitraje	61
1.	Posición de la Demandada.....	62
2.	Posición de las Demandantes.....	63
3.	Análisis del Tribunal.....	65
(a)	Existencia de Jurisdicción	65
d.	Tercera Excepción a la Jurisdicción: Cuestiones de Atribución al Estado.....	67
i.	Posición de la Demandada.....	68
ii.	Posición de las Demandantes.....	69
iii.	Análisis del Tribunal.....	70
e.	Cuarta excepción a la Jurisdicción: La Legalidad de la Inversión de las Demandantes... 73	
i.	Posición de la Demandada.....	73
ii.	Posición de las Demandantes.....	78
iii.	Análisis del Tribunal.....	82
1.	Oportunidad de los Supuestos Ilícitos.....	82
2.	Supuestas Ilegalidades de las Demandantes	85
3.	Supuesta Falta de Buena Fe de las Demandantes	86
V.	Costos.....	87
VI.	Decisión sobre Jurisdicción	88

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

Tratado	Acuerdo para la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones entre la República Argentina y el Reino de España del 3 de octubre de 1991.
Convenio del CIADI	Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, Washington D.C., 1965
Cláusula de NMF	Cláusula de Nación Más Favorecida
CVDT	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969
Contrato de Cesión	Contrato de Cesión celebrado entre Teinver, Transportes de Cercanías y Autobuses Urbanos, como cedentes, y Air Comet, como cesionario, del 18 de enero de 2010
Acuerdo de Financiamiento	Acuerdo de Financiamiento celebrado entre las Demandantes y Burford Capital Limited, en vigencia desde el 14 de abril de 2010
SA	Solicitud de Arbitraje de las Demandantes, presentada el 11 de diciembre de 2008
Memorial sobre el fondo	Memorial sobre el fondo de la diferencia de las Demandantes, presentado el 29 de septiembre de 2010
Memorial sobre jurisdicción	Memorial de jurisdicción de la Demandada, presentado el 6 de diciembre de 2010
Memorial de Contestación	Memorial de Contestación de jurisdicción de las Demandantes, presentado el 24 de enero de 2011
Réplica	Réplica de jurisdicción de la Demandada, presentada el 10 de marzo de 2011
Dúplica	Dúplica de jurisdicción de las Demandantes, presentada el 27 de abril de 2011
Anexos C-	Documentos de prueba, doctrina y jurisprudencia presentados por las Demandantes
Anexos E-	Documentos de prueba presentados por la Demandada
LA AR	Documentos de doctrina y jurisprudencia presentados por la Demandada

Tr. día [#], [pág.: línea]

Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción y Medidas
Provisionales

Día 1: 27 de mayo de 2011

Día 2: 28 de mayo de 2011

Día 3: 30 de mayo de 2011

I. Hechos Relevantes respecto de la Jurisdicción

a. Partes

1. Esta reclamación fue planteada por Teinver S.A. (“Teinver”), Transportes de Cercanías S.A. (“Transportes de Cercanías”) y Autobuses Urbanos del Sur S.A. (“Autobuses Urbanos”) (en su conjunto, las “Demandantes”), todas ellas sociedades constituidas en el Reino de España, contra la República Argentina (“Demandada”), de conformidad con el Acuerdo entre la República Argentina y el Reino de España para la Promoción y Protección de las Inversiones del 3 de octubre de 1991 (el “Tratado”)¹. Las Demandantes integran un grupo empresario conocido como Grupo Marsans.

b. Controversia

2. La controversia surge de la afirmación de las Demandantes de que la Demandada violó el Tratado, el derecho internacional y el derecho argentino, así como también los compromisos asumidos y las manifestaciones efectuadas por la Demandada a las Demandantes, al nacionalizar ilegalmente y adoptar otras medidas ilícitas contra las inversiones de las Demandantes en dos aerolíneas argentinas: Aerolíneas Argentinas S.A. (“ARSA”) y Austral-Cielos del Sur S.A. (“AUSA”) (en su conjunto, las “Aerolíneas Argentinas”)².

i. Adquisición de las Aerolíneas Argentinas

3. Para el año 1991, el gobierno español, por intermedio de compras de activos realizadas por la aerolínea del estado Iberia Líneas Aéreas de España, S.A. (“Iberia”), pasó a ser titular de una importante tenencia accionaria en ambas Aerolíneas Argentinas. En 1994, Iberia constituyó una sociedad argentina, controlada por ella y de su entera propiedad, denominada Interinvest S.A. (“Interinvest”), con el objeto de que funcionara como sociedad instrumental de las inversiones españolas en el sector aerocomercial argentino.³ En 1995, el gobierno español creó la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (“SEPI”) para que se desempeñara como sociedad instrumental respecto de todas las sociedades de propiedad total o parcial del gobierno español.⁴ De esta forma, SEPI adquirió la participación de Iberia en Interinvest en aquel momento.
4. Para mediados de 2001, las Aerolíneas Argentinas enfrentaban dificultades financieras, y ARSA se presentó en concurso preventivo⁵. En junio de 2001, SEPI anunció su intención de vender su participación en Interinvest a través de un proceso de licitación. En ese momento, SEPI poseía

¹ La versión original del tratado es la versión en español. En la versión en inglés de esta Decisión se hace referencia a la traducción al inglés (Anexo C-1(ENG)), aunque se cita el texto original en español en aquellos casos en que la traducción es ambigua o insatisfactoria por otro motivo.

² Solicitud de Arbitraje, párrafos 2, 11.

³ Interinvest se creó para cumplir con el derecho argentino, que exige que las empresas que operan en el sector aeronáutico sean propiedad directa de una empresa o nacional argentino. Ver Memorial sobre el Fondo, párrafo 25, nota al pie 16.

⁴ Memorial sobre el Fondo, párrafo 26.

⁵ Memorial sobre el Fondo, párrafo 28, Declaración de Arias, párrafo 13.

un 99,2% de Interinvest, e Interinvest a su vez poseía el 92,1% de las acciones de ARSA y el 90% de las acciones de AUSA⁶. Air Comet S.A. (“Air Comet”), una subsidiaria española del Grupo Marsans, presentó una oferta por Interinvest y ganó. En ese momento, Air Comet era propiedad de dos de tres de las Demandantes, Autobuses Urbanos (35%) y Transportes de Cercanías (35%), y de dos sociedades españolas, Proturin S.A. (29,8%) y Segetur S.A. (0,2%)⁷. (La Demandante Teinver se convirtió en accionista de Air Comet más adelante, específicamente, el 20 de julio de 2006, al adquirir todas las participaciones de Proturin y de Segetur⁸).

5. El 2 de octubre de 2001, Air Comet y SEPI celebraron un Contrato de Compraventa de Acciones (“CCA”), mediante el cual Air Comet adquirió el 99,2% de la participación de SEPI en Interinvest (que, a su vez, mantuvo las participaciones en las Aerolíneas Argentinas al que se hizo referencia *ut supra*)⁹.
6. Air Comet pagó un precio de compra de US\$ 1 por su participación en Interinvest¹⁰. Conforme al CCA, Air Comet se comprometió, de conformidad con el plan industrial creado para las Aerolíneas Argentinas, a recibir los activos y pasivos de las Aerolíneas Argentinas, a asumir los activos y pasivos de las Aerolíneas, a conservar a los empleados de las aerolíneas durante dos años, a efectuar un aumento de capital de US\$ 50 millones, a mantener una participación mayoritaria en las empresas, a atender las rutas de vuelo especificadas y a ampliar la flota de aeronaves¹¹. Por su parte, SEPI se comprometió a asumir el pasivo de las aerolíneas de hasta US\$ 300 millones, y a asumir los compromisos resultantes de la implementación del plan industrial de hasta US\$ 248 millones¹². SEPI luego se comprometió a aportar US\$ 205 millones para cubrir pérdidas operativas registradas por las aerolíneas entre julio y octubre de 2001.¹³
7. En diciembre de 2002, ARSA logró un acuerdo preventivo con la mayoría de sus acreedores, que luego fue homologado por un tribunal argentino en lo comercial, y luego por la Cámara de Apelación¹⁴.

⁶ Anexo C-11.

⁷ Carta de las Demandantes del 16 de junio de 2011, 5; Solicitud de Arbitraje, Anexo C-5.

⁸ Ver carta de las Demandantes del 16 de junio de 2011, pág. 5. Desde la adquisición inicial de acciones de Teinver en 2006, la composición accionaria de Air Comet se ha modificado en varias oportunidades. El 2 de octubre de 2007, Teinver se convirtió en el accionista mayoritario de Air Comet, con la siguiente distribución de acciones: Teinver (56%), Autobuses Urbanos (22%) y Transportes de Cercanías (22%). *Íd.* Teinver adquirió acciones adicionales de Transportes de Cercanías el 31 de diciembre de 2007, con la siguiente distribución de acciones: Teinver (66,67%), Autobuses Urbanos (22%) and Transportes de Cercanías (11,33%). *Íd.* pág. 6. El 8 de febrero de 2008, la participación correspondiente a las Demandantes se modificó significativamente: Teinver (96,77%), Autobuses Urbanos (2,13%) y Transportes de Cercanías (1,1%). *Íd.* pág. 6. Ésta era la composición accionaria en el momento en que las Demandantes iniciaron el arbitraje el 11 de diciembre de 2008. Durante este tiempo, Air Comet ha mantenido su participación en Interinvest, que a su vez ha mantenido sus participaciones en ARSA y AUSA. *Íd.* pág. 5. El 10 de diciembre de 2009, Transportes de Cercanías and Autobuses Urbanos vendieron sus participaciones restantes en Air Comet a Teinver, de modo tal que Teinver pasó a ser el único accionista de Air Comet. *Íd.*, pág. 6.

⁹ Anexo C-18.

¹⁰ *Íd.* Sección 2.

¹¹ *Íd.* Sección 7.

¹² *Íd.* Sección 9.

¹³ Memorial sobre el fondo, párrafo 41.

¹⁴ Memorial sobre el fondo, párrafo 46, Anexos C-526, C-530, C-531.

ii. Naturaleza de la Diferencia

8. Las Demandantes aducen que la Demandada ha expropiado ilegalmente su inversión en las Aerolíneas Argentinas¹⁵. Las Demandantes describen esta expropiación dividiéndola en dos etapas. La expropiación “formal” se produjo cuando el Congreso de la Nación “intencional y explícitamente” aprobó la nacionalización de las sociedades en diciembre de 2008¹⁶. No obstante, esta expropiación formal fue supuestamente la culminación de un extenso proceso de expropiación “progresiva” que comenzó en octubre de 2004 o incluso antes¹⁷. En tal sentido, según las Demandantes, la controversia gira en torno de dos cuestiones fundamentales: (i) el desacuerdo entre las Partes respecto del marco regulatorio argentino (en particular respecto de las tarifas máximas del transporte aéreo) con arreglo al cual las Aerolíneas Argentinas debieron operar entre 2002 y 2008, y (ii) el desacuerdo entre las Partes respecto del resarcimiento que les corresponde recibir a las Demandantes por la expropiación de sus tenencias accionarias en esas aerolíneas¹⁸.

II. Antecedentes Procesales

a. Solicitud de Arbitraje y Registro ante el CIADI

9. El 11 de diciembre de 2008, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“CIADI” o el “Centro”) recibió una Solicitud de Arbitraje (la “Solicitud”) contra la Demandada de las Demandantes. La Solicitud se refería a la supuesta nacionalización de dos aerolíneas comerciales, y sus subsidiarias, en las que las Demandantes alegaban haber invertido.
10. En la Solicitud, las Demandantes invocaron el consentimiento de Argentina al mecanismo de resolución de controversias ante el CIADI establecido en el Tratado y, por medio de la Cláusula de Nación Más Favorecida (“NMF”) establecida en el Artículo IV(2) del Tratado, al mecanismo establecido en el Tratado Bilateral de Inversiones de 1991 entre los Estados Unidos de América y la República Argentina (el “TBI Estados Unidos-Argentina”).
11. El 17 de diciembre de 2008, el CIADI, de conformidad con la Regla 5 de las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje (“Reglas de Iniciación del CIADI”), acusó recibo de la Solicitud y transmitió copias a la República Argentina y a la Embajada Argentina en Washington D.C.
12. El 30 de enero de 2009, el Secretario General Interinodel Centro registró la Solicitud y notificó a las Partes, conforme al Artículo 36(3) del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (el “Convenio del CIADI”) y conforme a las Reglas 6(1)(a) y 7(a) de las Reglas de Iniciación del CIADI. El caso se registró como Caso CIADI No. ARB/09/1. En la misma fecha, de conformidad con las Reglas 7(c) y (d) de las Reglas de Iniciación del CIADI, el Secretario General invitó a las Partes a comunicar cualquier

¹⁵ Memorial sobre el fondo, párrafo 2.

¹⁶ Memorial sobre el fondo, párrafo 357.

¹⁷ Memorial sobre el fondo, párrafo 357.

¹⁸ Memorial de Contestación, párrafo 99.

acuerdo respecto del número de árbitros y el método para su nombramiento, y a constituir un tribunal de arbitraje a la mayor brevedad posible.

b. Constitución del Tribunal de Arbitraje

13. El 3 de abril de 2009, las Demandantes solicitaron que el Tribunal de Arbitraje se constituyera según la fórmula establecida en el Artículo 37(2)(b) del Convenio del CIADI; es decir, que el Tribunal estuviera conformado por tres árbitros, uno nombrado por cada una de las Partes y el tercero, el Presidente del Tribunal, nombrado por acuerdo entre Partes. En esa misma fecha, el CIADI acusó recibo de la carta de las Demandantes, y notificó a las Partes que de conformidad con la Regla 3(1) de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI (“Reglas de Arbitraje del CIADI”), cada Parte debía proceder a nominar a dos personas, una como árbitro nombrado por la Parte y la otra para el cargo de Presidente del Tribunal. Esta primera Parte luego debía invitar a la otra Parte a convenir sobre el candidato propuesto para el cargo de Presidente del Tribunal y a nombrar al árbitro designado por esa Parte.
14. El 27 de abril de 2009, las Demandantes nombraron a Henri C. Alvarez, un nacional canadiense, como árbitro.
15. El 12 de mayo de 2009, las Demandantes informaron al CIADI que la Demandada no había efectuado la designación de su árbitro ni había propuesto candidato alguno para el cargo de Presidente del Tribunal y, de conformidad con el Artículo 38 del Convenio del CIADI y la Regla 4(1) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, solicitaban al Presidente del Consejo Administrativo que designara a los dos árbitros que no habían sido nombrados. Al día siguiente, el CIADI informó a la Demandada de que, salvo que recibieran notificación antes del 29 de mayo de 2009 del nombramiento de un árbitro, indicando asimismo que las Partes habían llegado a un acuerdo respecto de la designación del Presidente del Tribunal, el CIADI procedería a efectuar las designaciones de acuerdo con lo establecido en el Convenio del CIADI, las Reglas de Arbitraje del CIADI y los procedimientos habituales del Centro.
16. El 1 de junio de 2009, la Demandada designó al Dr. Kamal Hossain, un nacional de Bangladesh, como árbitro.
17. Tras el intercambio de ciertas comunicaciones entre las Partes y el CIADI, el 14 de diciembre de 2009 se informó a las Partes que el CIADI propondría al Presidente del Consejo Administrativo del CIADI el nombramiento del Juez Thomas Buergenthal, nacional de los Estados Unidos, como Presidente del Tribunal. Se invitó a las Partes a formular observaciones a la designación propuesta hasta el 21 de diciembre de 2009.
18. El 21 de diciembre de 2009, ambas Partes informaron al CIADI que no tenían observaciones que formular respecto del nombramiento propuesto del Juez Thomas Buergenthal como Presidente del Tribunal.
19. El 28 de diciembre de 2009, el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI designó al Juez Thomas Buergenthal como Presidente del Tribunal.

20. Mediante carta del 4 de enero de 4, 2010, de conformidad con la Regla 6(1) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, la Secretaria General del CIADI informó a las Partes y a los árbitros que el Tribunal estaba constituido por (i) Henri C. Alvarez, QC (designado por las Demandantes), (ii) el Dr. Kamal Hossain (designado por la Demandada), y (iii) el Juez Thomas Buergenthal (designado por el CIADI de conformidad con el Artículo 38 del Convenio del CIADI). Asimismo, se informó al Tribunal que el Dr. Sergio Puig, Abogado del CIADI, se desempeñaría como Secretario del Tribunal. Luego fue reemplazado en el cargo por Mercedes Cordido-Freytes de Kurowski, Consejera Jurídica del CIADI.

c. Procedimiento de Arbitraje

21. La Primera Sesión del Tribunal con las Partes se celebró el 22 de marzo de 2010, en el Centro de Conferencias del Banco Mundial en París. Allí las Partes confirmaron su acuerdo de que el Tribunal estaba debidamente constituido de conformidad con las disposiciones relevantes del Convenio del CIADI y las Reglas de Arbitraje del CIADI y manifestaron que no tenían ninguna objeción al respecto.
22. Durante la sesión, las Partes también acordaron una serie de cuestiones procesales, y que el Memorial sobre el fondo de las Demandantes se presentaría el 22 de septiembre de 2010. Luego el Tribunal propuso dos cronogramas para las presentaciones escritas y orales en este caso.
23. El 16 de abril de 2010, ambas Partes confirmaron su consentimiento para con el cronograma propuesto. No obstante ello, la Demandada hizo una reserva al acuerdo, señalando que si el Tribunal optara por la bifurcación, sería necesario definir un cronograma específico para el proceso sobre jurisdicción.
24. El 23 de abril de 2010, la Demandada informó al CIADI y al Tribunal de artículos periodísticos en los que se informaba que un supuesto accionista mayoritario de algunas de las Demandantes había transferido parte de su reclamación ante el CIADI a un fondo de inversión estadounidense a cambio de una contribución para pagar los costos asociados al procedimiento. La Demandada solicitó al Tribunal que exigiera a las Demandantes brindar toda la información disponible respecto de la cuestión y el contenido del acuerdo celebrado con dicho fondo de inversión, y que presentaran también toda la documentación relacionada.
25. El 28 de mayo de 2010, las Demandantes presentaron su respuesta manifestando que no habían transferido su reclamación tal como lo alegaba la Demandada. Las Demandantes subrayaron que no tenían obligación alguna de revelar ningún acuerdo con terceros con respecto al financiamiento de los costos en este procedimiento, y que la Demandada no había demostrado la necesidad o la relevancia en la que se fundaba su solicitud. Asimismo, las Demandantes adujeron que debido a la conducta de la Demandada (supuesta nacionalización) y su negativa a pagar cualquier tipo de indemnización, el grupo empresarial de las Demandantes se estaba enfrentando a dificultades financieras y por tanto no había tenido otra alternativa que procurar financiamiento externo para poder cubrir los costos del arbitraje e impulsar su reclamación contra la Demandada. Por último, las Demandantes señalaron que en cualquier caso, el financiamiento no afectaba a la competencia del Tribunal.

26. El 16 de junio de 2010, se informó a las Partes que el Tribunal, tras haber analizado cuidadosamente las dos posiciones acerca del financiamiento de terceros, había decidido no hacer lugar a la solicitud de la Demandada por el momento, ya que consideraba que la información disponible en el expediente hasta entonces no resultaba suficiente. No obstante, el Tribunal agregó que esto no obstaba a la posibilidad de hacer lugar a una solicitud similar en el futuro, una vez que se hubieran hecho las presentaciones principales.
27. El 21 de septiembre de 2010, el Tribunal otorgó una prórroga del plazo para la presentación del Memorial sobre el fondo de las Demandantes hasta el 29 de septiembre de 2010, según lo acordado por las Partes, señalando que la Demandada tendría entonces una prórroga de una semana en el plazo para la presentación de su escrito.
28. El 29 de septiembre de 2010, las Demandantes presentaron su Memorial sobre el fondo.
29. El 6 de diciembre de 2010, la Demandada presentó su Memorial sobre jurisdicción, y luego las Demandantes presentaron el Memorial de Contestación de jurisdicción el 24 de enero de 2012.
30. El 4 de febrero de 2011, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 1, y determinó que las excepciones a la jurisdicción opuestas por la Demandada se resolverían como cuestión preliminar, y que por lo tanto se suspendía el procedimiento sobre el fondo. El Tribunal decidió asimismo que las Partes deberían presentar una segunda ronda de escritos sobre jurisdicción, a saber, la Demandada debería presentar su Réplica de Jurisdicción antes del 7 de marzo de 2011 y las Demandantes deberían presentar la Dúplica dentro de los treinta (30) días desde el recibo de la Réplica de jurisdicción de la Demandada. Asimismo, el Tribunal propuso dos series de fechas para la audiencia sobre jurisdicción.
31. El 9 de febrero de 2011, la Demandada presentó una solicitud al Tribunal para que éste resuelva respecto de la presentación de documentos. Luego, las Demandantes presentaron el 14 de febrero de 2011 sus observaciones a la solicitud de la Demandada, y la Demandada presentó su respuesta el 21 de febrero de 2011.
32. El 24 de febrero de 2011, se invitó a las Partes a consultar respecto del cronograma para la venidera audiencia, y a presentar una propuesta acordada a más tardar el 25 de abril de 2011.
33. El 28 de febrero de 2011, las Demandantes presentaron una Réplica a la solicitud de presentación de documentos de la Demandada.
34. El 1 de marzo de 2011, se informó a las Partes que el Tribunal había decidido no hacer lugar a la solicitud de presentación de documentos de la Demandada en esta etapa de jurisdicción. No obstante ello, agregó que esto no obstaba a que el Tribunal pudiera admitir una solicitud en tal sentido más adelante.
35. El 10 de marzo de 2011, la Demandada presentó su Réplica sobre Jurisdicción.
36. El 12 de abril de 2011, las Demandantes presentaron una solicitud de medidas provisionales, manifestando que la Demandada había iniciado ciertos procedimientos de recaudación de

impuestos los cuales traerían como consecuencia que la Demandada efectivamente adquiriría el título de la empresa holding argentina, Interinvest S.A. (“Interinvest”), propiedad de las Demandantes y por consiguiente solicitaba al Tribunal que ordenara a la Demandada detener cualquier proceso de ejecución judicial o administrativo contra esta empresa. Específicamente, las Demandantes solicitaban una medida de provisional mediante la cual se ordenara a la Demandada que dejara sin efecto o desistiera de ejecutar las órdenes de recaudación de impuestos que había emitido, hasta tanto el Tribunal hubiera dictado su laudo. Solicitaban asimismo que el Tribunal emitiera una orden inmediata preservando el *status quo ante* hasta que el Tribunal resolviera sobre la solicitud de medidas provisionales. Las Demandantes solicitaban también al Tribunal que dictara una orden temporal de emergencia mediante la cual se le prohibiera a la Demandada ejecutar las órdenes para el pago de impuestos vigentes o emitir nuevas órdenes.

37. El 13 de abril de 2011, el Tribunal fijó un calendario procesal para la presentación de los escritos de las Partes acerca de la solicitud de las Demandantes para que el Tribunal dictara medidas provisionales.
38. El 20 de abril de 2011, la Demandada presentó sus observaciones a la solicitud de las Demandantes de una orden temporal de emergencia, manifestando que ni el Convenio del CIADI ni las Reglas de Arbitraje contemplaban la posibilidad de dictar órdenes temporales de emergencia y que, en todo caso, la falta de urgencia en este caso era manifiesta. Por consiguiente, la Demandada le solicitó al Tribunal que rechazara la solicitud, a la vez que se reservaba asimismo sus derechos y el poder del Estado de recaudar impuestos y ejercer tales facultades mediante los canales y ante las cortes y tribunales, según fuera apropiado.
39. El 26 de abril de 2011, la Demandada solicitó una prórroga del plazo fijado durante la primera sesión para la presentación de nuevos documentos.
40. Tras consultar con las Partes, el 27 de abril de 2011 el Tribunal prorrogó el plazo para que las Partes presenten nuevos documentos; fijó un calendario procesal para la presentación de los escritos siguientes de las Partes acerca de las solicitudes de medidas provisionales de las Demandantes e invitó a las Partes a discutir y a llegar a un acuerdo acerca de la estructura, el cronograma y otras cuestiones respecto de la audiencia.
41. El 27 de abril de 2011, las Demandantes presentaron su Dúplica sobre Jurisdicción.
42. El 29 de abril de 2011, el Tribunal dictó la Resolución Procesal No. 2, denegando la solicitud de una medida temporal de emergencia de las Demandantes, y señalando que las Partes tendrían oportunidad de presentar sus argumentos en tal sentido durante la audiencia sobre jurisdicción. Asimismo, se invitó a las Partes a abstenerse de agravar o profundizar la diferencia.
43. En la misma fecha, las Demandantes reiteraron su solicitud de una orden temporal de emergencia a la luz del hecho de que Interinvest había recibido una intimación para el pago de impuestos. Se invitó a la Demandada a presentar sus observaciones respecto de la solicitud de las Demandantes antes del 4 de mayo de 2011.

44. Asimismo, el 29 de abril de 2011, la Demandada presentó sus observaciones acerca de la solicitud de medidas provisionales de las Demandantes del 12 de abril de 2011. Las Demandantes presentaron su respuesta el 4 de mayo de 2011.
45. El 6 de mayo de 2011, las Demandantes informaron al Tribunal del acuerdo alcanzado entre las Partes respecto de la organización de la audiencia sobre jurisdicción, que luego fue ratificado por la Demandada. En la misma fecha, las Demandantes presentaron su Réplica sobre la solicitud de medidas provisionales.
46. El 13 de mayo de 2011, se informó a las Partes que luego de sus intercambios respecto de la cuestión de la solicitud de una orden temporal de emergencia de las Demandantes del 29 de abril de 2011, el Tribunal había determinado que dada la proximidad de la audiencia, no existía una amenaza inminente o suficientemente inminente hasta la celebración de la audiencia, y por este motivo se denegó la solicitud de las Demandantes.
47. También el 13 de mayo de 2011, la Demandada presentó la Réplica sobre la solicitud de medidas provisionales.
48. Entre los días 27 y 31 de mayo de 2011, el Tribunal celebró una audiencia sobre jurisdicción y medidas provisionales en la sede del Centro en Washington D.C.
49. El 8 de junio de 2011, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 3, planteando preguntas a las Partes luego de la audiencia.
50. Las Partes presentaron sus respuestas a las preguntas planteadas por el Tribunal de conformidad con el calendario procesal establecido en la Resolución Procesal No. 3, y el 5 de julio de 2011, las Demandantes hicieron una presentación adicional para complementar sus respuestas.
51. El 26 de agosto de 2011, la Sra. Annalise Nelson fue nombrada asistente del Presidente del Tribunal, con el consentimiento de las Partes.
52. El 30 de agosto de 2011, las Demandantes presentaron una carta respecto de la conclusión del concurso preventivo de las Aerolíneas Argentinas S.A. en Argentina, en donde se citaba asimismo jurisprudencia reciente, entre otros, la Decisión sobre Admisibilidad y Jurisdicción dictada en el caso *Abaclat y otros c. Argentina*¹⁹, y la Orden Ratificando la Suspensión del Procedimiento de Anulación en el caso *ATA c. Jordania*²⁰.
53. El 26 de octubre de 2011, la Demandada presentó una carta en respuesta a la carta de las Demandantes del 30 de agosto de 2011, adjuntando el informe pericial de Juan Antonio Cabezudo Álvarez.

¹⁹ *Abaclat et al c. la República Argentina* (caso anteriormente conocido como *Giovanna a Beccara et al*) (Caso CIADI No. ARB/07/5), Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad del 4 de agosto de 2011 (en adelante “*Abaclat c. Argentina*”), Anexo C-769.

²⁰ *ATA Construction, Industrial and Trading Company c. Reino Hachemita de Jordania* (Caso CIADI No. ARB/08/2), Orden Ratificando la Suspensión del Procedimiento del 11 de julio de 2011 (en adelante “*ATA c. Jordania*”), Anexo C-770.

54. El 8 de noviembre de 2011, las Demandadas presentaron una carta en respuesta a una carta de la Demandada del 26 de octubre de 2011. En su carta, las Demandantes aducían que en ciertas partes de la carta de la Demandada se replanteaba extemporáneamente su excepción a la jurisdicción basada en la supuesta falta de *ius standi* de las Demandantes. Las Demandantes solicitaron al Tribunal que rechazara los argumentos extemporáneos de la Argentina y que no admitiera el nuevo informe pericial del Sr. Juan Antonio Cabezudo Álvarez. Las Demandantes también citaron jurisprudencia reciente, entre otros, el laudo emitido en *Impregilo c. Argentina*²¹ y la Decisión sobre Jurisdicción del caso *Hochtief*²².
55. El 15 de diciembre de 2011, el Tribunal informó a las Partes que había tomado nota de los argumentos planteados en la carta de la Demandada del 26 de octubre de 2011 y en la carta de las Demandantes del 8 de noviembre de 2011 en la medida en que se refieren a los escritos sobre jurisdicción, a excepción del informe pericial del abogado español Juan Antonio Cabezudo Álvarez, adjunto a la carta de la Demandada, y los argumentos de la Demandada fundados en dicho informe.
56. Asimismo, el 15 de diciembre de 2011, la Demandada solicitó la autorización del Tribunal para presentar ciertas opiniones disidentes en la jurisprudencia reciente. El Tribunal hizo lugar a la solicitud de la Demandada el 20 de diciembre de 2011.
57. El 22 de diciembre de 2011, la Demandada presentó una carta adjuntando las opiniones disidentes mencionadas *supra*, incluidas (i) la opinión de la Profesora Brigitte Stern en *Impregilo*; (ii) Chris Thomas en *Hochtief*; y (iii) el Profesor Georges Abi-Saab en *Abaclat*.
58. El 17 de febrero de 2012, la Demandada presentó una carta solicitando la autorización del Tribunal para introducir en el expediente la decisión reciente de la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el Circuito del Distrito de Columbia en el caso *República de Argentina c. BG Group plc* del 17 de enero de 2012²³, y del tribunal de arbitraje del caso *CNUDMI ICS c. la República Argentina*²⁴.
59. El 22 de febrero de 2012, el Tribunal aceptó la carta de la Demandada del 17 de febrero de 2012 y les ofreció a las Demandantes la oportunidad de responder a esta carta.
60. El 28 de febrero de 2012, las Demandantes presentaron una carta en respuesta a la carta de la Demandada del 17 de febrero de 2012.
61. El 26 de marzo de 2012, las Demandantes presentaron una segunda solicitud de medidas provisionales, alegando que la Demandada había adoptado medidas ilícitas el 14 de marzo de

²¹ *Impregilo S.p.A. c. la República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/07/17), Laudo, 21 de junio de 2011 (en adelante, "*Impregilo c. Argentina*"), Anexo C-772.

²² *Hochtief AG c. la República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/07/31), Decisión sobre Jurisdicción del 24 de octubre de 2011 (en adelante, "*Hochtief c. Argentina*"), Anexo C-773.

²³ *República Argentina c. BG Group plc*, Corte de Apelación de los Estados Unidos para el Circuito del Distrito de Columbia, 17 de enero de 2012 (en adelante, "*Argentina c. BG*"), Anexo C-775.

²⁴ *ICS Inspection and Control Services Limited c la República Argentina*, CNUDMI, Caso PCA No. 2010-9, Laudo sobre Jurisdicción del 10 de febrero de 2012 (en adelante, "*ICS c. Argentina*"), Anexo C-774.

2012 que amenazaban con producir un daño irreparable a la inversión de las Demandantes y los derechos que las Demandantes procuraban proteger mediante este procedimiento de arbitraje. Específicamente, las Demandantes afirmaban que la Demandada, actuando a través del Directorio de las Aerolíneas Argentinas y sus empresas de servicio relacionadas, hoy bajo el control de la Demandada, habían anunciado que presentarían Estados Contables Rectificativos para el ejercicio fiscal finalizado al 31 de diciembre de 2008 para su aprobación en las próximas Asambleas de Accionistas. Según las Demandantes, con esa modificación a los estados contables del ejercicio 2008 se reformularían también estados contables previamente aprobados y definitivos correspondientes a los ejercicios cerrados en los años 2004, 2005, 2006, y 2007²⁵.

62. En su segunda solicitud de medidas provisionales, las Demandantes solicitaron una orden provisional mediante la cual se instruyera a la Demandada a detener cualquier procedimiento tendiente a aprobar cualquier modificación formal o material a los estados contables de las Aerolíneas Argentinas correspondientes a cualquier ejercicio anterior al 2008; a detener cualquier proceso tendiente a la aprobación de los Estados Contables Rectificativos correspondientes al ejercicio 2008; a poner a disposición de los representantes de las Demandantes en Interinvest, en calidad de accionistas de las Aerolíneas Argentinas, toda la información disponible y sujeta a debate y a permitirles votar en las asambleas de accionistas que deban convocarse en tal sentido; y a autorizar a los representantes de las Demandantes en Interinvest a asistir, participar y/o ejercer sus derechos a voto en cualquier asamblea de accionistas convocada a fin de tratar los supuestos “ajustes” a los estados contables de las Aerolíneas Argentinas, y en todos los casos, libres de coerción, amenaza física o jurídica, hasta el momento en que el Tribunal dicte su Laudo²⁶. Las Demandantes también solicitaron al Tribunal que dictara una orden temporal de emergencia preservando el *status quo ante* en relación con los estados contables hasta tanto emitiera su decisión respecto a esa solicitud de medidas provisionales.
63. Asimismo, el 26 de marzo de 2012, la Demandada presentó una carta, con adjuntos, informando al Tribunal de “hechos nuevos de gravedad” que se habían producido en procesos penales en España.
64. El 28 de marzo de 2012, el Tribunal fijó un calendario procesal para la presentación de los escritos de las Partes respecto de la segunda solicitud de medidas provisionales de las Demandantes y de la respuesta de las Demandantes a la carta de la Demandada acerca de los procesos penales en España.
65. El 1 de abril de 2012, y tras un intercambio de correspondencia entre las Partes, el Tribunal modificó el calendario procesal para la presentación de los escritos de las Partes respecto de la segunda solicitud de medidas provisionales de las Demandantes. El Tribunal ordenó a las Partes que se abstuvieran de tomar cualquier medida o realizar cualquier acto que pudiera agravar la diferencia o vaciar de contenido la solicitud de las Demandantes durante su consideración por parte del Tribunal.

²⁵ Segunda Solicitud de Medidas Provisionales de las Demandantes, 26 de marzo de 2012, párrafo 4.

²⁶ *Íd.* párr. 5.

66. El 4 de abril de 2012 las Demandantes presentaron su respuesta a la carta de la Demandada del 26 de marzo de 2012 respecto de los “hechos nuevos” en el proceso penal en España.
67. El 11 de abril de 2012, la Demandada presentó sus observaciones a la segunda solicitud de medidas provisionales de las Demandantes.
68. El 23 de abril de 2012, las Demandadas presentaron sus observaciones en respuesta a la segunda solicitud de medidas provisionales.
69. El 4 de mayo de 2012, la Demandada presentó sus observaciones en réplica a la segunda solicitud de medidas provisionales de las Demandantes.
70. El 24 de mayo de 2012, la Demandada presentó observaciones adicionales respecto de la segunda solicitud de medidas provisionales de las Demandantes y la cuarta excepción a la jurisdicción opuesta por la Demandada. El 25 de mayo de 2012, el Tribunal invitó a las Demandantes a presentar una respuesta al escrito de la Demandada a más tardar el 1 de junio de 2012. El 1 de junio de 2012, las Demandantes presentaron su respuesta al escrito de la Demandada del 24 de mayo de 2012.
71. El 28 de septiembre de 2012, la Demandada puso del conocimiento del Tribunal (i) el laudo emitido el 22 de agosto de 2012 en el arbitraje *Daimler Financial Services AG c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/05/1), (ii) la sentencia dictada por un tribunal sueco el 9 de noviembre de 2011 en el caso *RosInvestCo UK Ltd. c. La Federación Rusa* Caso de la Cámara de la ECC No. V079/2005; y (III) y una presentación ante la Cámara Federa de Apelaciones para el Segundo Circuito en el caso *Thai-Lao Lignite (Thailand) Co., Ltd & Hongsa Lignite (Lao PDR) Co., Ltd c. Gobierno de la República Democrática Popular de Laos*. Mediante carta del 9 de octubre de 2012, las Demandantes, en atención a la invitación que les hiciera el Tribunal, formularon sus comentarios acerca de la presentación de la Demandada del 28 de septiembre de 2012.

III. Posición de las Partes respecto de la Jurisdicción

a. Posición de la Demandada

72. En sus presentaciones orales y escritas respecto de la jurisdicción, la Demandada presentó los siguientes argumentos:
 - i. El Tribunal carece de jurisdicción porque las Demandantes no cumplen los requisitos establecidos en el Artículo X del Tratado;
 - ii. El Tribunal carece de jurisdicción porque las Demandantes no están legitimadas para reclamar por derechos que pertenecen a otra persona jurídica;
 - iii. El Tribunal carece de jurisdicción para resolver algunas de las reclamaciones relativas a actos de entes no gubernamentales, no atribuibles a la Demandada; y
 - iv. El Tribunal carece de jurisdicción porque la inversión invocada por las Demandantes no constituye una inversión protegida por el Tratado.

La Demandada le solicita al Tribunal que declare, conforme a la Regla 41(5) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, que el Centro no tiene jurisdicción y el Tribunal no tiene competencia sobre este caso y que, por tanto, desestime la reclamación, y que ordene a las Demandantes a pagar todas las costas y gastos del procedimiento, más intereses, de conformidad con la Regla 47(1)(j) de las Reglas de Arbitraje²⁷.

b. Posición de las Demandantes

73. En sus presentaciones escritas y orales sobre jurisdicción, las Demandantes plantearon los siguientes argumentos:
- i. El Tribunal tiene jurisdicción sobre las reclamaciones de las Demandantes porque las Demandantes han cumplido con las disposiciones procesales establecidas en el TBI Argentina-Australia, que les está permitido invocar en virtud de la cláusula NMF del Tratado;
 - ii. Alternativamente, el Tribunal tiene jurisdicción porque las Demandantes han satisfecho el requisito establecido en el Artículo X del Tratado y/o se encuentran exentas de cumplirlo por consideraciones de inutilidad;
 - iii. El Tribunal tiene jurisdicción sobre las reclamaciones de las Demandantes porque las Demandantes son partes legítimas en este arbitraje;
 - iv. El Tribunal debería postergar la resolución de la imputación al Estado de los actos de entidades no gubernamentales a la etapa del fondo de la diferencia de este arbitraje, o bien determinar que los hechos alegados son imputables a la Demandada; y
 - v. El Tribunal tiene jurisdicción sobre las reclamaciones de las Demandantes porque la inversión de las Demandantes se adquirió y se realizó de conformidad con las leyes de la Argentina y de buena fe.

Las Demandantes solicitan el siguiente resarcimiento: i) una declaración de que la controversia recae dentro de la jurisdicción del Convenio del CIADI y dentro de la competencia de este Tribunal; ii) una orden desestimando todas las excepciones de la Demandada contra la admisibilidad de la diferencia y desestimando todas las excepciones de la Demandada a la jurisdicción del Centro y a la competencia del Tribunal; y iii) una orden a Argentina de que pague el costo de este procedimiento²⁸, incluidos los honorarios y gastos del Tribunal, y el costo de la representación letrada de las Demandantes, con intereses hasta la fecha de pago.²⁹

²⁷ Réplica, párrafo 388.

²⁸ El Tribunal interpreta que en el párrafo 385(iii) las Demandantes exigen el pago de costos respecto de la decisión acerca de las excepciones a la jurisdicción.

²⁹ Dúplica, párrafo 385.

IV. Análisis

a. Primera Excepción a la Jurisdicción: Cumplimiento de los Requisitos Procesales del Artículo X del Tratado por Parte de las Demandantes

74. La primera excepción de la Demandada a la jurisdicción en esta controversia surge del Artículo X del Tratado, que establece que:
1. Las controversias que surgieren entre una de las Partes y un inversor de la otra Parte en relación con las inversiones en el sentido del presente Acuerdo, deberán, en lo posible, ser amigablemente dirimidas entre las partes en la controversia.
 2. Si una controversia en el sentido del párrafo 1 no pudiera ser dirimida dentro del plazo de seis meses, contando desde la fecha en que una de las partes en la controversia la haya promovido, será sometida a petición de una de ellas a los tribunales competentes de la Parte en cuyo territorio se realizó la inversión.
 3. La controversia podrá ser sometida a un tribunal de arbitraje internacional en cualquiera de las circunstancias siguientes:
 - (a) a petición de una de las partes en la controversia, cuando no exista una decisión sobre el fondo después de transcurridos dieciocho meses contados a partir de la iniciación del proceso previsto por el apartado 2 de este artículo.

o

cuando exista tal decisión pero la controversia subsiste entre las partes;
 - (b) Cuando ambas partes en la controversia así lo hayan convenido.
75. Según la Demandada, las Demandantes no cumplieron con los requisitos establecidos en el Artículo X. Específicamente, la Demandada alega que las Demandantes no han intentado dirimir la controversia amigablemente tal como lo exige el Artículo X(1) y (2) del Tratado. La Demandada alega también que las Demandantes no hay sometido su controversia a los tribunales locales de la Argentina por el término de 18 meses antes de recurrir al arbitraje, tal como lo exige el Artículo X(3).
76. Las Demandantes han planteado dos respuestas a esta excepción. En primer lugar, las Demandantes afirman que están facultadas a invocar la cláusula de NMF del Artículo IV(2) para beneficiarse de la cláusula de resolución de controversias más favorable establecida en otros TBI negociados por la Argentina. En segundo lugar, las Demandantes afirman que incluso si la cláusula de NMF del Tratado no les permite invocar las cláusulas de resolución de controversias establecidas en otros TBI firmados por la Argentina, han cumplido con los requisitos

establecidos en el Artículo X del Tratado, o, alternativamente, deberían ser eximidas de cumplir con los requisitos del Artículo X por razones de inutilidad.

77. Puesto que los argumentos de las Partes se refieren a dos argumentos alternativos, el Tribunal analizará cada uno de ellos por separado. En primer lugar, el Tribunal analizará si las Demandantes cumplieron con los requisitos del Artículo X del Tratado. Luego, el Tribunal analizará, alternativamente, si la cláusula de NMF se aplica al Artículo X del Tratado.

i. Cumplimiento de los Requisitos del Artículo X

1. Posición de la Demandada

Requisito de los seis meses

78. La Demandada alega que las Demandantes recurrieron a la jurisdicción del CIADI sin antes llevar a cabo negociaciones amistosas durante un término de al menos seis meses con la República Argentina, a pesar de que el cumplimiento de ese requisito es una de las condiciones a las que se sujetó el consentimiento de la Demandada al arbitraje CIADI³⁰.
79. De conformidad con el Artículo X(1) y (2), del Tratado las controversias “deberán, en lo posible, ser amigablemente dirimidas” dentro del plazo de seis meses³¹. El Artículo X(2) del Tratado establece que el período de negociación de 6 meses debe contarse desde la fecha de presentación de la controversia por cualquiera de las partes³². De conformidad con la Demandada, el inicio del período debe computarse desde que una de las partes plantea que existe desacuerdo respecto de los hechos y derechos relativos al Tratado, y no desde el momento de la violación del Tratado³³.
80. Asimismo, la Demandada manifiesta que los inversores deben notificar formalmente la controversia a las autoridades competentes de la Demandada, a fin de que el gobierno tome conocimiento de la controversia³⁴. Esta notificación debe incluir una descripción de la naturaleza de la diferencia y manifestar la intención de entablar negociaciones amistosas a los fines de resolver el conflicto dentro del marco del Tratado³⁵.
81. La Demandada aduce que los inversores no presentaron comunicación alguna ante las autoridades argentinas a fin de indicar el inicio formal de negociaciones amistosas y que estas negociaciones nunca se llevaron a cabo³⁶. Recién fue el 20 de noviembre de 2008 cuando las Demandantes notificaron a la Demandada de la presentación de su reclamación conforme al Tratado, al enviar una carta informando a la Demandada que las Demandantes habían decidido someter una controversia en materia de inversiones bajo el Tratado³⁷.

³⁰ Memorial sobre Jurisdicción, párrafo 10.

³¹ Memorial sobre Jurisdicción, párrafo 2.

³² Réplica, párrafo 34.

³³ Réplica, párrafo 36.

³⁴ Réplica, párrafo 32.

³⁵ *Id.*

³⁶ Memorial sobre Jurisdicción, párrafo 15.

³⁷ Memorial sobre Jurisdicción, párrafo 13.

82. La Demandada aduce asimismo que ninguno de los documentos ofrecidos por las Demandantes como prueba de las negociaciones hacen referencia a los derechos establecidos en el Tratado, a los procedimientos de arbitraje internacional o incluso al requisito establecido en el Tratado de negociar amigablemente por un término de seis meses³⁸. Si bien las Demandantes hacen referencia a reuniones con funcionarios argentinos, nada demuestra que dichas discusiones se hayan mantenido en los términos del Artículo X(1). Por el contrario, dichas reuniones se refirieron al marco legal local aplicable a la industria aerocomercial argentina³⁹.
83. La Demandada señala que las Demandantes presentaron supuestas pruebas, incluidos artículos periodísticos y declaraciones de diputados y senadores argentinos, que demuestran que la Demandada sabía que las Demandantes recurrirían al CIADI, pero la Demandada aduce no obstante que estas pruebas son irrelevantes⁴⁰. La excepción de la Demandada se basa en que las Demandadas no cumplieron con el requisito de negociar amigablemente por el término de seis meses⁴¹. La obligación que imponen a las Demandantes el Artículo X(1) y (2) no se satisface mediante discusiones en los medios respecto de la posibilidad de recurrir al CIADI si se frustran las negociaciones⁴². Asimismo, las declaraciones efectuadas por los senadores y diputados de la Demandada respecto de la posibilidad de que las Demandantes recurran ante el CIADI no constituyen negociaciones; tales declaraciones son especulativas y no reflejan la voluntad del Congreso Nacional o de la Demandada⁴³.

Requisito de Someter la Diferencia a los Tribunales Locales durante 18 meses

84. Según la Demandada, el Artículo X(2) y (3) del Tratado exigen que las diferencias se sometan antes a los tribunales locales competentes antes de someterse a arbitraje internacional⁴⁴. Estas disposiciones son obligatorias, y el sometimiento de las controversias a los tribunales locales es un requisito de jurisdicción, que no puede dejarse de lado ni ignorarse⁴⁵.
85. La Demandada discrepa con la afirmación de las Demandantes en el sentido de que han cumplido con este requisito en razón de una acción de expropiación planteada por la República Argentina contra Interinvest ante los tribunales argentinos. De conformidad con la Demandada, el juicio de expropiación bajo el derecho argentino y el presente arbitraje son dos cuestiones que difieren claramente entre sí, dado que no se refieren a las mismas partes ni al mismo objeto⁴⁶. La acción de expropiación tiene por objeto que los tribunales locales determinen el valor de los bienes expropiados por Argentina, en tanto que el objeto del arbitraje no es sólo la expropiación sino las acusaciones de omisión de brindar trato justo y equitativo, la adopción de medidas arbitrarias y la omisión de garantizar protección y seguridad plenas, todas ellas regidas por el Tratado⁴⁷.

³⁸ Memorial sobre Jurisdicción, párrafo 24.

³⁹ Memorial sobre Jurisdicción, párrafo 21.

⁴⁰ Réplica, párrafos 44, 45.

⁴¹ Réplica, párrafo 45.

⁴² Réplica, párrafo 47.

⁴³ Réplica, párrafos 48, 49.

⁴⁴ Réplica, párrafo 9.

⁴⁵ Réplica, párrafo 17.

⁴⁶ Réplica, párrafo 71.

⁴⁷ Réplica, párrafo 72.

86. La Demandada aduce asimismo que la Solicitud de Arbitraje presentada ante el CIADI debió haberse sometido *sólo una vez que* la diferencia hubiera sido sometida a los tribunales locales durante 18 meses. No obstante ello, el juicio de expropiación comenzó el 5 de febrero de 2009, en tanto que las Demandantes presentaron la Solicitud de Arbitraje antes de esa fecha, el 11 de diciembre de 2008⁴⁸.
87. Por último, la Demandada aduce que la afirmación de las Demandantes de que han cumplido con el requisito de someter la controversia a los tribunales locales durante 18 meses se contradice con la invocación por parte de las Demandantes de los TBI Argentina-EE.UU. o Argentina-Australia a través de la cláusula de NMF. Estos dos últimos tratados establecen que las controversias sólo pueden someterse a arbitraje internacional si *no* han sido sometidas a los tribunales locales⁴⁹.

Inutilidad

88. La Demandada aduce que las Demandantes no están exentas de cumplir con los requisitos impuestos por el Artículo X debido a cuestiones de inutilidad. El derecho argentino garantiza la protección judicial de los derechos en cuestión, y las Demandantes no encontraron ningún obstáculo a la presentación de reclamaciones judiciales. Los tribunales argentinos habitualmente dictan decisiones finales y provisionales en menos de dieciocho meses, tanto en procesos ordinarios como en procesos sumarios⁵⁰. Asimismo, no hay fundamento para que las Demandantes manifiesten que deberían incurrir en costos desproporcionados para procurar resarcimiento ante los tribunales de Argentina, y no hay fundamento para concluir que los tribunales argentinos no son independientes⁵¹.

2. Posición de las Demandantes

Requisito de los Seis Meses

89. Las Demandantes afirman que han dado cumplimiento al período de seis meses previsto en el Tratado, ya que presentaron la solicitud de arbitraje claramente después de transcurridos seis meses desde el momento en que Argentina “promovió” (“*instigated*”) la controversia⁵². Al 11 de diciembre de 2008, las Partes ya habían pasado más de un año negociando con intensidad y ya habían fracasado por lo menos tres acuerdos transaccionales⁵³.
90. Las Demandantes afirman que el Artículo X no exige una notificación formal ni acusaciones específicas de incumplimientos del Tratado. En la primera parte del Artículo X(1) del Tratado se define “controversia” en sentido amplio, de la siguiente manera: “[I]as controversias que surgieron entre una de las Partes y un inversor de la otra Parte en relación con las inversiones en el sentido del presente Acuerdo”. Esta definición amplia de “controversias” no se refiere a su

⁴⁸ Réplica, párrafo 69.

⁴⁹ Réplica, párrafo 73.

⁵⁰ Réplica, párrafo 75.

⁵¹ Réplica, párrafos 76-84.

⁵² Memorial de Contestación, párrafo 22(ii).

⁵³ Dúplica, párrafo 11.

fundamento jurídico y tampoco exige que se mantengan negociaciones formales para su resolución con arreglo al Tratado o que se planteen o aleguen violaciones de disposiciones específicas de dicho instrumento. Únicamente exige que la controversia se relacione con una inversión⁵⁴.

91. De conformidad con las Demandantes, el Artículo X(1) establece una obligación de “mejor esfuerzo” que exige a las partes intentar resolver la controversia, y el Artículo X(2) provee un período de “enfriamiento” durante el cual cada una de las partes puede proceder a la próxima etapa una vez pasados los seis meses desde la instigación o el inicio de la controversia misma⁵⁵. La única condición para avanzar de los intentos de solución amistosa al siguiente paso consiste en que la controversia “no pudiera ser dirimida dentro del plazo de seis meses, contado desde la fecha en que una de las partes en la controversia la haya promovido”.⁵⁶
92. Las Demandantes afirman que el plazo de reflexión de seis meses dispuesto en el Tratado comienza a correr desde la fecha en que “una de las partes en la controversia la haya promovido”⁵⁷. La “promoción” de la controversia se refiere al acto o la omisión que efectivamente desencadenó la controversia. Así, el período de seis meses comienza a computarse no cuando se alega, plantea o comunica la violación formal del tratado sino más bien cuando se produce la conducta objeto de la controversia.⁵⁸
93. Las Demandantes señalan que mientras que otros tratados celebrados por alguna de las Partes exigen expresamente una notificación de la controversia conforme al TBI para que comience a computarse el período de seis meses, el Artículo X del Tratado no incluye exigencia semejante⁵⁹. Asimismo, conforme al Artículo X, una demandante no está obligada a plantear formalmente o alegar explícitamente la violación del Tratado⁶⁰. Considerando que la controversia debe presentarse antes a los tribunales locales y sólo después al arbitraje internacional, no se puede interpretar razonablemente el Artículo X como una exigencia de “que se alegue la violación del *tratado* simplemente para que la ‘controversia’ exista”⁶¹. Asimismo, la jurisprudencia internacional indica que no es necesario que un Estado se refiera expresamente a un tratado específico en sus intercambios con el otro Estado—lo que importa es que los intercambios deben “referirse al objeto del tratado”⁶².
94. Las Demandantes afirman que en realidad, la Demandada “promovió” esta controversia ya en octubre de 2002, al no lograr implementar las medidas paliativas prometidas a las Aerolíneas Argentinas⁶³. Alternativamente, las Demandantes afirman que la “controversia” comenzó en octubre de 2004, cuando la Demandada rechazó su solicitud de aumento de las tarifas del

⁵⁴ Memorial de Contestación, párrafo 76.

⁵⁵ Dúplica, párrafos 5, 70-71.

⁵⁶ Memorial de Contestación, párrafo 82.

⁵⁷ *Íd.*

⁵⁸ Memorial de Contestación, párrafo 87.

⁵⁹ Memorial de Contestación, párrafo 96.

⁶⁰ Dúplica, párrafo 97.

⁶¹ Dúplica, párrafos 97, 113.

⁶² Dúplica, párrafo 132.

⁶³ Memorial de Contestación, párrafo 100.

transporte aéreo⁶⁴. La controversia se intensificó en 2005 y 2006, y, luego de extensas negociaciones, la Demandada una vez más prometió medidas paliativas. Sin embargo, al aprobar un incremento tarifario insuficiente y al no proveer los subsidios prometidos, una vez más la Demandada incumplió lo acordado con las Demandantes⁶⁵.

95. Según las Demandantes, la controversia continuó en abril de 2008, cuando las Demandantes solicitaron a la Demandada una acción urgente para corregir las medidas gubernamentales que habían afectado sus operaciones, lo que incluía la aprobación de aumentos tarifarios o subsidios⁶⁶. En mayo de 2008, la Demandada, Interinvest y las Aerolíneas Argentinas celebraron un acuerdo para modificar la estructura societaria de las Aerolíneas, incrementando la participación de la Demandada y otorgando una participación mayoritaria a un futuro inversor privado argentino. En el marco de este acuerdo, la Demandada aceptaba elevar las tarifas de los vuelos de cabotaje y a otorgar medidas paliativas. No obstante ello, la Demandada no lo hizo, y la operación con el futuro inversor finalmente se frustró⁶⁷.
96. El 17 de julio de 2008, las Partes llegaron a un acuerdo respecto de la venta de las Aerolíneas Argentinas a la Demandada. Por medio del acuerdo, las Partes convinieron que el precio de compra sería determinado por tasadores independientes designados por cada una de las Partes y que, en caso de persistir el desacuerdo respecto del precio, las Partes designarían entonces a un tercer tasador independiente⁶⁸. Las Demandantes aducen que, no obstante ello, la Demandada agravó la diferencia el 24 de julio de 2004 cuando elevó al Congreso un proyecto de ley para el “rescate” de las Aerolíneas Argentinas. Las Demandantes alegan que, de esta forma, la Demandada incumplió el Acuerdo del 17 de julio de 2008⁶⁹. El 18 de septiembre de 2008, el Congreso Argentino aprobó una ley autorizando la toma de control de las Aerolíneas Argentinas por parte de la Demandada. Sin embargo, el Congreso determinó que el cálculo del monto indemnizatorio correspondería exclusivamente al *Tribunal de Tasaciones de la Nación Argentina*, en desconocimiento del mecanismo de valuación por terceros establecido en el Acuerdo de Julio de 2008, profundizando la controversia aún más⁷⁰.
97. Por último, las Demandantes afirman que incluso si este Tribunal exige que la “controversia” entre las Partes se refiera al Tratado, las Demandantes han cumplido este requisito. La Demandada sabía que ante el fracaso de las negociaciones las Demandantes podrían presentar una demanda ante el CIADI. La controversia entre las Demandantes y la Demandada fue un acontecimiento nacional y se discutió ampliamente en la prensa del país a partir de principios de 2008⁷¹. Durante un debate legislativo en agosto de 2008, varios diputados reconocieron que las Demandantes estaban preparando el arbitraje ante el CIADI al amparo del Tratado. Asimismo, durante la audiencia del 1 de septiembre de 2008 ante el Congreso, los representantes de las

⁶⁴ Dúplica, párrafo 16.

⁶⁵ *Íd.*

⁶⁶ Dúplica, párrafo 17.

⁶⁷ Memorial de Contestación, párrafo 106; Dúplica, párrafo 17.

⁶⁸ Memorial de Contestación, párrafo 111.

⁶⁹ Memorial de Contestación, párrafo 112.

⁷⁰ Memorial de Contestación, párrafo 123.

⁷¹ Memorial de Contestación, párrafo 135.

Demandantes confirmaron que recurrirían al arbitraje internacional si la Demandada no pagaba una indemnización justa⁷².

98. Por consiguiente, según las Demandantes, incluso si no existía una “controversia” entre la Partes entre 2002 y 2007, las pruebas demuestran que a mayo de 2008 ya se había promovido, planteado y discutido formalmente la actual controversia relativa a las inversiones de las Demandantes. Las pruebas también demuestran que las Partes intentaron resolver amistosamente la controversia mediante varias negociaciones que se extendieron más de seis meses, lo que incluye las negociaciones en el marco de las cuales se llegó al Acuerdo del 15 de mayo de 2008 y al Acuerdo del 17 de julio de 2008.⁷³

Requisito de Someter la Controversia a los Tribunales Locales durante 18 meses

99. Las Demandantes aducen que se ha cumplido el requisito establecido en el Artículo X(3) de someter la controversia a los tribunales locales durante 18 meses, puesto que los tribunales argentinos han tenido oportunidad de revertir las medidas que generaron esta controversia, no obstante lo cual no lo han hecho en un plazo de más de 18 meses⁷⁴. Las Demandantes citan múltiples acciones planteadas ante los tribunales argentinos. Primero, en dos valuaciones distintas realizadas en octubre de 2008 y enero de 2009 el Tribunal de Tasaciones determinó que las Aerolíneas Argentinas tenían un valor negativo aproximado de USD 832 millones y USD 770 millones.⁷⁵ Segundo, como consecuencia de no haber Interinvest aceptado la valuación de enero de 2009, la Demandada inició un juicio ante un tribunal argentino solicitando la expropiación de las acciones de las Aerolíneas Argentinas. Ese tribunal todavía no ha emitido una decisión sustantiva en el caso⁷⁶.
100. Las Demandantes reconocen que tanto la valuación efectuada por el *Tribunal de Tasaciones* como el juicio de expropiación iniciado por el GA se basaron exclusivamente en el derecho argentino. No obstante, estas acciones guardan relación con el mismo objeto que se encuentra hoy en día en curso ante este Tribunal: la cuestión de la indemnización por la apropiación de las inversiones de las Demandantes por parte de la Demandada⁷⁷.
101. Las Demandantes también reconocen que el período de 18 meses no se había cumplido cuando presentaron la solicitud de arbitraje el 11 de diciembre de 2008. No obstante ello, el juicio de expropiación promovido por la Demandada lleva ya ante los tribunales argentinos mucho más de dieciocho meses sin que se haya dictado ninguna decisión de fondo⁷⁸. Por ello, las Demandantes afirman que (i) los tribunales argentinos contaron ya con más de dieciocho meses para resolver los principales puntos en esta controversia y que (ii) se ha cumplido el objetivo principal del requisito de los tribunales locales, a saber, darle al Estado receptor la oportunidad de considerar y/o subsanar las medidas controvertidas antes de someterlas al arbitraje internacional⁷⁹. La

⁷² Memorial de Contestación, párrafo 136.

⁷³ Memorial de Contestación, párrafo 127.

⁷⁴ Memorial de Contestación, párrafo 22(iii).

⁷⁵ Memorial de Contestación, párrafo 140.

⁷⁶ *Id.*

⁷⁷ Memorial de Contestación, párrafo 139.

⁷⁸ Dúplica, párrafo 161.

⁷⁹ *Id.*

jurisprudencia internacional soporta la posición de que, en estas circunstancias, los prerequisites se han cumplido⁸⁰.

102. Por último, las Demandantes afirman que el cumplimiento del requisito establecido en el Artículo X(3) de someter la controversia a los tribunales locales durante 18 meses no contradice las disposiciones de resolución de controversias del TBI EE. UU.-Argentina⁸¹. La “cláusula de bifurcación” exige al inversor elegir entre procurar resarcimiento ante los tribunales locales y el arbitraje internacional. No obstante ello, en este caso, fue la Demandada, y no las Demandantes, la que inició el juicio de expropiación ante los tribunales locales⁸². Según las Demandantes, esta postura se ajusta plenamente al Artículo X(2) del Tratado, que establece claramente que el proceso ante el tribunal local puede iniciarse “a petición de cualquiera de [las partes]”⁸³.

Inutilidad

103. Las Demandantes aducen que incluso si este Tribunal determinara que no se han cumplido los requisitos establecidos en el Artículo 10, no tendría sentido exigirles a las Demandantes seguir intentando lograr la solución amistosa o someter la controversia a los tribunales locales por otros 18 meses⁸⁴.
104. Según las Demandantes, ellas intentaron solucionar esta controversia de manera amistosa en diversas ocasiones a partir de septiembre de 2002, e incluso lo intentaron con más perseverancia a partir de mayo de 2008⁸⁵. Además de estas negociaciones, las Demandantes también entablaron otras negociaciones con Argentina, desde octubre de 2008 hasta principios de 2010, específicamente sobre el tema de la indemnización que les corresponde a las Demandantes por la expropiación de su inversión⁸⁶.
105. Las Demandantes también alegan que exigirles que volvieran a plantear la controversia una vez satisfecho el requisito de someter la controversia a los tribunales locales durante 18 meses no serviría absolutamente para nada y simplemente incrementaría los costos y la extensión del proceso⁸⁷. Asimismo, el hecho de que la materia principal objeto de controversia se haya mantenido pendiente durante más de 18 meses demuestra que sería inútil exigirles a las Demandantes litigar durante otros 18 meses⁸⁸. La jurisprudencia también apoya la postura de que el requisito de recurrir a los tribunales locales resultaría inútil, ineficaz y/o no le ofrecería a la parte demandante medios adecuados de resarcimiento legal, corresponde dejar ese requisito de lado⁸⁹.

⁸⁰ Dúplica, párrafos 162-165.

⁸¹ Dúplica, párrafo 171.

⁸² Memorial de Contestación, párrafo 143.

⁸³ *Id.*

⁸⁴ Memorial de Contestación, párrafo 22(iv).

⁸⁵ Memorial de Contestación, párrafo 158.

⁸⁶ Memorial de Contestación, párrafo 159.

⁸⁷ Memorial de Contestación, párrafo 22(iv).

⁸⁸ Dúplica, párrafo 182.

⁸⁹ Dúplica, párrafo 192.

106. Las Demandantes aducen que, en todo caso, la omisión de cumplir con los períodos de 6 y 18 meses no plantean un obstáculo a la jurisdicción. En la opinión de las Demandantes, la mayor parte de los tribunales del CIADI que trataron este tema han concluido que los períodos de espera constituyen requisitos procesales, más que jurisdiccionales⁹⁰.

3. Análisis del Tribunal

(a) Los Requisitos del Artículo X(1) y (2)

107. El Artículo X(1) y (2) establece lo siguiente:

1. Las controversias que surgieren entre una de las Partes y un inversor de la otra Parte en relación con las inversiones en el sentido del presente Acuerdo, deberán, en lo posible, ser amigablemente dirimidas entre las partes en la controversia.
2. Si una controversia en el sentido del párrafo 1 no pudiera ser dirimida dentro del plazo de seis meses, contando desde la fecha en que una de las partes en la controversia la haya promovido, será sometida a petición de una de ellas a los tribunales competentes de la Parte en cuyo territorio se realizó la inversión [*If a dispute within the meaning of section 1 cannot be settled within six months as from the date on which one of the parties to the dispute raised it, it shall be submitted, at the request of either party, to the competent tribunals of the Party in whose territory the investment was made.*]

...

108. El Tribunal esta de acuerdo con las Demandantes en que el Artículo X(1) puede interpretarse razonablemente como una obligación de “mejor esfuerzo” que obliga a las Partes a intentar resolver amigablemente su controversia. No obstante ello, sería demasiado literal interpretar la disposición del Artículo X(2) de que “no pudiera ser dirimida dentro del plazo de seis meses” como una simple exigencia de que las Partes deban *esperar* seis meses desde iniciada la controversia antes de proceder al próximo paso en el proceso de resolución de controversias. La interpretación más natural del Artículo X(1) y (2) leído de forma conjunta es que las Partes deben hacer cuanto esté a su alcance para resolver amigablemente la controversia, y que deben hacerlo durante seis meses antes de proceder a la etapa siguiente.

i. Inicio del Período de Seis Meses

109. Las Demandantes afirman que el momento relevante a los fines del Artículo X(2) es la fecha en la que tiene lugar la *conducta* sustantiva de la Demandada que se encuentra en disputa⁹¹. En otras palabras, la pregunta clave es cuando se produjo el acto u omisión que dio lugar a la controversia. En apoyo de esta conclusión, las Demandantes señalan el uso del término “*promover*” de la redacción original en español del Artículo X(2), que en su parte relevante establece “*contando desde la fecha en que una de las partes en la controversia la haya*

⁹⁰ Memorial de Contestación, párrafo 168.

⁹¹ Memorial de Contestación, párrafo 87.

promovido”. Traducen “*promover*” al inglés como “*initiate*”, “*provoke*”, “*give rise to*”, “*cause*”, e “*instigate*”⁹². De tal forma, las Demandantes concluyen que “*promover una controversia*” se refiere a la “conducta sustantiva, actos u omisiones” de la Demandada que dan origen a esta controversia⁹³. Las Demandantes señalan que el término “*promover*” difiere de los verbos utilizados en los requisitos para la resolución de controversia establecidos en otros tratados, que exigen que a la parte “*someter*” una controversia o definir la fecha en que “*surgió*” la controversia⁹⁴.

110. No obstante, la interpretación de las Demandantes no se ajusta al sentido natural u ordinario de la frase “*promover una controversia*” o “*instigate a dispute*”. La argumentación de las Demandantes se centra casi exclusivamente en el término “*promover*”, dejando de lado por completo el significado o la relevancia del término “controversia”. Si bien los términos “*instigate*” [instigar], “*initiate*” [iniciar] y “*provoke*” [provocar] hacen referencia al comienzo de algo, ese algo es la controversia en si misma, no los actos que dieran lugar a la controversia. Los términos “*dispute*” y “*controversia*” son sinónimos de “disputa” o “desacuerdo”. Tal como lo señalara oportunamente la CPJI en el caso *Mavrommatis*, “[una] controversia es un desacuerdo respecto de una cuestión de hecho o de derecho, un conflicto de posiciones jurídicas o intereses entre dos personas”⁹⁵ (traducción del Tribunal). Por consiguiente, “instigar” una controversia se refiere al momento en que surgió el *desacuerdo*, que sólo puede ocurrir una vez que las partes han al menos intercambiado puntos de vista. No se refiere a la realización del acto que dio lugar al desacuerdo entre las partes, por el simple motivo que un incumplimiento o violación no se transforma en una “controversia” hasta que la víctima identifica el incumplimiento o violación y lo objeta.
111. Las Demandantes afirman que su interpretación cuenta con precedentes y que otros tratados de inversión establecen disposiciones similares. No obstante ello, la única disposición citada por las Demandantes es el Artículo 1120 del TLCAN, cuya redacción difiere notoriamente de la redacción del Artículo X(2)⁹⁶. El Artículo 11120 del TLCAN requiere “que hayan transcurrido seis meses desde que tuvieron lugar los actos que motivan la reclamación”. Pero el Artículo X(2) no contiene referencia alguna a “los actos que motivan la reclamación”, y sería muy forzado interpretar esa frase simplemente con el significado de “*promover una controversia*”. Además, en la medida en que el requisito de los seis meses tiene por objeto ofrecer al estado receptor la oportunidad de resolver el problema antes de someter la controversia a arbitraje, si se computara el plazo desde la fecha del incumplimiento, este objetivo no se cumpliría⁹⁷. Sin un intercambio de opiniones, la Demandada no podría haber tenido idea de que el inversor consideraba que la Demandada había incurrido en incumplimiento.

⁹² Memorial de Contestación, párrafo 84.

⁹³ Memorial de Contestación, párrafos 85, 86.

⁹⁴ Dúplica, párrafos 129-30.

⁹⁵ *Concesiones Mavrommatis en Palestina, Sentencia No. 2, 1924, P.C.I.J., Series A, No. 2*, p. 11. (en adelante, “*Mavrommatis*”).

⁹⁶ Dúplica, párrafo 124.

⁹⁷ Ver, por ejemplo, *Ronald S. Lauder c. la República Checa* (Caso CNUDMI), Laudo del 3 de septiembre de 2001, párrafo 185 (en adelante, “*Lauder c. la República Checa*”), Anexo C-329 (“[E]l período de espera no se computa a partir de la fecha en la que se produjo el supuesto incumplimiento, sino desde la fecha en que se notifica al Estado del supuesto incumplimiento. Ello se desprende del objetivo del período de espera, es decir, permitirles a las partes que entablen negociaciones de buena fe antes de dar inicio al arbitraje”) (traducción del Tribunal).

ii. El Requisito de la Notificación Formal

112. El significado corriente del Artículo X(1) apoya el argumento de las Demandantes de que no necesitaban enviar una notificación formal para dar inicio a las negociaciones para la resolución. El Artículo X(1) simplemente define “controversias” como aquéllas que “surgieran entre una de las Partes y un inversor de la otra Parte en relación con las inversiones en el sentido del presente Acuerdo”. Nada en este artículo permite inferir que las Demandantes debieran notificar formalmente a la Demandada de que se ha producido una controversia conforme al Tratado o citar las disposiciones específicas del Tratado en las que se funda la controversia. La única exigencia para que exista una controversia conforme al Artículo X(1) es que la misma se suscite “en relación con las inversiones”. En tal sentido, las Demandantes citan acertadamente el Laudo *Vivendi I*⁹⁸. El caso *Vivendi I* se refería al TBI Francia-Argentina, que contenía un artículo con una definición similar de “controversia”, estableciendo que debía ser “relativa a las inversiones, en el sentido del presente acuerdo”. El tribunal concluyó que este artículo “no utiliza una formulación más estrecha en el sentido de exigir que la reclamación del inversor alegue un incumplimiento del TBI mismo. Leído literalmente, los requisitos de jurisdicción arbitral del Artículo 8 no precisan que la demandante alegue un incumplimiento del TBI mismo: es suficiente que la diferencia guarde relación con una inversión efectuada bajo el TBI”⁹⁹.
113. Las Demandantes señalan acertadamente que en otros TBI se define expresamente “controversia” [o “diferencia”] en referencia al fundamento legal de la misma de conformidad con tales tratados. Por ejemplo, el TBI Estados Unidos-Ecuador ofrece la siguiente definición:

A efectos del presente Artículo una diferencia en materia de inversión es una diferencia entre una Parte y un nacional o una sociedad de la otra Parte, que se deba o sea pertinente a: (a) un acuerdo de inversión concertado entre esa parte y dicho nacional o sociedad; (b) una autorización para realizar una inversión otorgada por la autoridad en materia de inversiones extranjeras de una Parte a dicho nacional o sociedad, o (c) una supuesta infracción de cualquier derecho conferido o establecido por el presente Tratado con respecto a una inversión.¹⁰⁰

114. El TBI Estados Unidos-Ecuador fue analizado por los tribunales de los casos *Murphy*¹⁰¹ y *Burlington*¹⁰², que resolvieron que no existía una controversia y que no podía intentarse resolver la controversia hasta que la misma se formulara con base en un incumplimiento del tratado. Específicamente, el tribunal del caso *Murphy* sostuvo que las demandantes debían informar a la demandada su intención de resolver su reclamación conforme al TBI¹⁰³. No obstante, los casos

⁹⁸ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. la República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/97/3), Decisión sobre Anulación del 3 de julio de 2002 (en adelante, “*Vivendi I v. Argentina*”), Anexo C-403.

⁹⁹ *Vivendi I v. Argentina*, Decisión sobre Anulación, párr. 55.

¹⁰⁰ Dúplica, párrafo 105, citando el Artículo VI(1) del TBI Estados Unidos -Ecuador.

¹⁰¹ *Murphy Exploration and Production Company International c. la República del Ecuador*, Decisión sobre Jurisdicción, (Caso CIADI No ARB/08/4), 15 de diciembre de 2010, párr. 104 (en adelante, “*Murphy v. Ecuador*”), Anexo C-417.

¹⁰² *Burlington Resources Inc. c. República del Ecuador* (Caso CIADI No. ARB/08/5), Decisión sobre Jurisdicción del 2 de junio de 2010, párr. 337 (en adelante, “*Burlington c. Ecuador*”), LA AR 6.

¹⁰³ *Ver Murphy v. Ecuador*, Decisión sobre Jurisdicción, párrafos 107-109.

Murphy y Burlington son distintos del que nos ocupa debido a la redacción del TBI Estados Unidos-Ecuador, y ambos tribunales señalaron que su decisión se basaba en la definición del término “controversia” [“diferencia”] consagrada en el Tratado¹⁰⁴.

115. La jurisprudencia internacional también mantiene la postura general de que no existe requisito que exija a una parte notificar formalmente a la otra parte de que se están produciendo negociaciones conforme a un tratado en particular a fin de que existan negociaciones en relación con una controversia. Así lo ha manifestado la Corte Internacional de Justicia (“CIJ”):

[N]o se desprende necesariamente de lo anterior que porque un Estado no se haya referido expresamente en las negociaciones con otro Estado a un tratado en particular que hubiera sido violado por la conducta de ese otro Estado no pueda invocar una cláusula de resolución de controversias de ese tratado. Estados Unidos sabía perfectamente que Nicaragua alegaba que su conducta importaba violación de obligaciones internacionales antes de que se iniciara el caso que nos ocupa; y ahora sabe que se alega violación de artículos específicos del Tratado de 1956. No tendría sentido exigirle a Nicaragua que inicie un nuevo procedimiento con fundamento en el Tratado, lo cual estaría plenamente facultada para hacer¹⁰⁵. (Traducción del Tribunal).

116. Como el Artículo X y la jurisprudencia internacional son claros en el sentido de que, en estas circunstancias, las Demandantes no estaban obligadas a entablar una negociación formal conforme al Tratado o notificar a la Demandada de su intención de recurrir al arbitraje del CIADI conforme al Tratado, los voluminosos materiales provistos por las Partes respecto de las declaraciones ante los medios argentinos y en el Senado argentino respecto de la posibilidad de recurrir al arbitraje del CIADI resultan irrelevantes.

iii. Determinación del Inicio de la Controversia

117. Considerando que no era necesario que existiera una notificación formal de la existencia de una controversia o del inicio del período de negociaciones, el Tribunal debe determinar cuándo se puede considerar que se inició la “controversia”. Considerando que la Solicitud de Arbitraje se presentó el 11 de diciembre de 2008, la fecha crítica es entonces el 11 de junio de 2008, es decir, seis meses antes.
118. Surge claramente de las extensas exposiciones sobre el tema que las dos Partes tienen posturas encontradas respecto de la regulación y el control de las Aerolíneas Argentinas durante años, y

¹⁰⁴ Ver *Burlington v. Ecuador*, Decisión sobre Jurisdicción, párrafos 335-337 (“[L]a “diferencia” a la que el Artículo VI (3)(a) se refiere es una que se relaciona a “una supuesta infracción de cualquier derecho conferido o establecido por el presente Tratado con respecto a una inversión”. Expresado de otro modo, en tanto y en cuanto no se alegue una supuesta violación del Tratado, no surgirá una diferencia que dé acceso a arbitraje bajo el Artículo VI.”); Ver también *Murphy c. Ecuador*, Decisión sobre Jurisdicción, párr. 103.

¹⁰⁵ *Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos de América)*, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, Sentencia, *I.C.J. Reports* 26 de noviembre de 1984, párrafo 83 (en adelante, “*Nicaragua c. EE.UU.*”), Anexo C-406. Ver también *Caso relativo a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Georgia c. la Federación Rusa)*, Excepciones Preliminares, Fallo del 1 de abril de 2011, párrafo 30, Anexo C-554, (en adelante, “*Georgia c. la Federación Rusa*”).

que han existido numerosas comunicaciones e intercambios entre las Partes, en las que participaron funcionarios del más alto nivel del gobierno argentino.¹⁰⁶ No obstante ello, los desacuerdos durante este período han sido dinámicos, y esto se refleja en los argumentos de las Demandantes. Las Demandantes identificaron dos “cuestiones fundamentales” como parte de su controversia: 1) un desacuerdo sobre el marco regulatorio aplicado a las Demandantes (respecto de las tarifas máximas del transporte aéreo impuestas a las Aerolíneas Argentinas) y 2) un desacuerdo respecto de la indemnización adeudada a las Demandantes por la expropiación de su inversión (mediante la expropiación directa de las acciones de Interinvest por parte de la Demandada)¹⁰⁷. La primera cuestión, una supuesta “expropiación progresiva” de las *Aerolíneas Argentinas*, habría comenzado en 2004¹⁰⁸. La segunda cuestión, la supuesta expropiación de las acciones de *Interinvest* en las Aerolíneas Argentinas, comenzó mucho después.

119. Las cortes y los tribunales internacionales concuerdan en que para que exista una controversia, debe haberse cristalizado en un desacuerdo efectivo. Como resolviera la CIJ en el caso *Mavrommatis*, “una] controversia es un desacuerdo respecto de una cuestión de hecho o de derecho, un conflicto de posiciones jurídicas o intereses entre dos personas”¹⁰⁹ (Traducción del Tribunal). Cabe destacar que “una de las partes se opone positivamente a la reclamación de la otra”¹¹⁰. (Traducción del Tribunal). El tribunal del caso *Maffezini* reconoció que la controversia “debe referirse a problemas claramente identificados entre las partes y no debe ser meramente académica... La controversia debe ir más allá de reclamaciones generales y ha de ser susceptible de ser expuesta en términos de una reclamación concreta”¹¹¹. Una notificación formal y diplomática de un inversor a un Estado Receptor solicitando mayor ayuda no expresa necesariamente por sí sola un desacuerdo sobre los derechos y obligaciones de las partes¹¹². Por el contrario, sólo se puede considerar que existe una controversia cuando mediante una solicitud se “expresa indudablemente un desacuerdo sobre derechos y obligaciones”¹¹³.
120. No hay duda de que existía un desacuerdo entre las Partes respecto del *trato regulatorio* acordado a las Aerolíneas Argentinas desde mucho antes de la fecha crítica del 11 de junio de 2008, y de que las Partes habían negociado extensamente en relación con dicho desacuerdo. Las Demandantes afirman que en este caso existía una controversia desde fines de 2004, cuando la

¹⁰⁶ Ver, por ejemplo, Memorial de Contestación, párrafo 103.

¹⁰⁷ Memorial de Contestación, párrafo 99.

¹⁰⁸ Dúplica, párrafo 91.

¹⁰⁹ *Sentencia Mavrommatis*, No. 2, p. 11.

¹¹⁰ *África Occidental del Sur (Etiopía c. Sudáfrica; Liberia c. Sudáfrica)*, Excepciones preliminares, Sentencia, *I.C.J. Reports* 1962, p. 328; *Actividades Armadas en el Territorio del Congo (Nueva Solicitud: 2002) (República Democrática del Congo c. Ruanda)*, Jurisdicción y Admisibilidad, Sentencia, *I.C.J. Reports* 2006, pág. 40, párr. 90.

¹¹¹ *Emilio Agustín Maffezini c. el Reino de España* (Caso CIADI No. ARB/97/7), Decisión sobre Jurisdicción, 25 de enero de 2000 (en adelante, “*Maffezini c. España*”), párr. 94 (se omitieron las citas del original).

¹¹² Ver *Burlington c. Ecuador*, Decisión sobre jurisdicción, párr. 298 (“Si bien la expectativa de la Demandante es posiblemente una forma diplomática de pedir mayor ayuda en relación con la oposición indígena en el Bloque, este pedido no expresa desacuerdo con la manera en que la Demandada ha cumplido con su obligación de proporcionar protección y seguridad en el Bloque. En sí mismo, un pedido de ayuda no expresa desacuerdo sobre los derechos y obligaciones de las partes, a menos que el contexto circundante sugiera otra cosa, por ejemplo, que la parte cuya ayuda se solicita no haya cumplido posteriormente con su deber de asistencia.”).

¹¹³ Ver *id.* párr. 320 (“En opinión del Tribunal, la carta del 4 de diciembre de 2002 es suficiente para suscitar una “controversia” en el sentido del Artículo VI (3) del Tratado. Si bien el objetivo principal de la carta es solicitar ayuda a PetroEcuador con respecto a los episodios de violencia y la oposición que se presentaron en el Bloque, el tono y el contexto de la carta expresan indudablemente un desacuerdo sobre derechos y obligaciones.”)

Demandada rechazó el pedido de las Aerolíneas Argentinas de aumentar los límites a las tarifas aéreas¹¹⁴. La controversia supuestamente se agravó en 2006 cuando, a pesar de las promesas anteriores de aumentos de tarifas, la Demandada condicionó esta medida y otras a que las Demandantes le transfirieran un porcentaje de las acciones que mantenían en ARSA¹¹⁵. Es cierto que muchas de las discusiones entre las Partes se dieron en la forma de una *solicitud* de las Demandantes de varios cambios regulatorios prometidos. Sin embargo, en una carta de 2004 de las Aerolíneas Argentinas a la Demandada se deja claro que la Demandada no había cumplido con la aplicación de estas regulaciones adecuadamente¹¹⁶. Esto demuestra que las Demandantes claramente discrepaban con la Demandada respecto de la aplicación de las leyes y regulaciones argentinas a ellas.

121. No está tan claro que existiera un desacuerdo entre las Partes respecto de la *expropiación* de las acciones de Interinvest con anterioridad al 11 de junio de 2008. Si bien las Demandantes afirman que discrepaban con la Demandada respecto del valor justo de su inversión en abril de 2008¹¹⁷, las pruebas en este sentido no son tan claras. En esa instancia, el primer intento de la Demandada por encontrar un comprador para las Aerolíneas Argentinas fracasó porque las Demandantes rechazaron la oferta del posible comprador¹¹⁸. Sin embargo, resulta difícil asimilar el rechazo de una oferta de compra de un *tercero* como una controversia *jurídica* con la Demandada y no como una simple operación comercial fallida. Luego, las Partes celebraron un acuerdo mediante el cual la Demandada adquiriría las acciones de las Aerolíneas Argentinas el 17 de julio de 2008. Si bien las Demandantes alegan que este acuerdo se negoció en un entorno hostil y caracterizado por amenazas¹¹⁹, conceptualmente resulta difícil equiparar un *acuerdo* firmado como una *controversia* jurídica¹²⁰.
122. Por tanto, la cuestión radica en determinar si al 11 de junio de 2008 existía un desacuerdo respecto del *tratamiento regulatorio de las Aerolíneas Argentinas* (y lo que se estaba negociando) a los fines del ArtículoX(2), a pesar de que *aún no se había cristalizado claramente un desacuerdo respecto de la valuación de las acciones de Interinvest en las Aerolíneas Argentinas (finalmente expropiadas)*. En otras palabras, ¿existe una relación lo suficientemente

¹¹⁴ Memorial de Contestación, párrafo 101.

¹¹⁵ Memorial de Contestación, párrafo 102.

¹¹⁶ Ver, por ejemplo, Memorial sobre el fondo, párrafo 124, citando una carta del 4 de octubre de 2004 de Aerolíneas Argentinas al Secretario de Transporte de Argentina, Ricardo Jaime, mediante la cual solicitan un aumento de las tarifas aéreas. En esa carta, Aerolíneas Argentinas manifiestan que los precios máximos a las tarifas aéreas a los que se encuentran sujetas “no guarden relación alguna con el incremento de los costos derivados del aumento del combustible desvirtuando así el concepto de tarifa económica retributiva que establece la ley 19030 de Política Aerocomercial.” Ver Anexo C-71.

¹¹⁷ Dúplica, párrafo 91.

¹¹⁸ Memorial de Contestación, párrafo 104.

¹¹⁹ Memorial de Contestación, párrafo 107.

¹²⁰ Más adelante, el 18 de septiembre de 2008, el Congreso sancionó una ley por la cual se aprobaba el rescate de Aerolíneas Argentinas por parte de la Demandada y dispuso que la indemnización fuera calculada por el *Tribunal de Tasaciones de la Nación*, en desconocimiento del mecanismo de valuación por terceros establecido en el Acuerdo de Julio de 2008. Memorial de Contestación, párrafo 123. Tras un desacuerdo respecto del valor de Aerolíneas Argentinas entre el *Tribunal de Tasaciones* y Credit Suisse, el experto en valuaciones de la Demandante, el Congreso sancionó la ley el 22 de diciembre de 2008 autorizó la expropiación de las acciones de Aerolíneas Argentinas pertenecientes a Interinvest. Memorial sobre el fondo, párrafo 276.

fuerte entre estos dos desacuerdos de modo tal que las negociaciones respecto del primer desacuerdo bastan para satisfacer el requisito del Artículo X(2)?

123. La respuesta a esta pregunta es afirmativa. La jurisprudencia internacional señala que el *objeto* de las negociaciones debe ser el mismo que el de la controversia planteada ante el tribunal. En el reciente caso *Georgia c. Rusia*, la CIJ señaló que “los intercambios deben referirse al objeto del tratado con claridad suficiente como para que el Estado contra el cual se plantea la reclamación pueda entender que existe o que podría existir una controversia en relación con dicho objeto”¹²¹ (Traducción del Tribunal). El tribunal del caso *CMS* se refirió a la existencia de diversos tipos de actos de gobierno que podían constituir controversias, y en tal sentido señaló que “en tanto [estos diversos tipos de actos de gobierno] afecten al inversionista en violación de sus derechos y se refieran a la misma materia, el hecho de que puedan originarse en fuentes diferentes o surgir en momentos distintos tampoco significa necesariamente que las controversias sean separadas y diferentes”.¹²²
124. Las Demandantes han caracterizado el objeto de su controversia como relativo al tratamiento conferido por la Demandada a las inversiones de las Demandantes en las Aerolíneas Argentinas e Interinvest¹²³. La Demandada ha replicado que las negociaciones entre las Partes se referían exclusivamente a cuestiones contractuales y de derecho interno, que difieren del objeto de una reclamación surgida del TBI¹²⁴. No obstante ello, el único argumento de la Demandada es una afirmación de carácter general de que la reclamación debe plantearse en los mismos términos (y, dentro de lo posible, sobre la base de las mismas teorías) al negociar que cuando finalmente se somete a arbitraje. Una vez más, la referencia del Artículo X(1) a “controversias que surgieren... en relación con las inversiones” no exige en absoluto que la controversia deba plantearse exclusivamente con fundamento en una violación del Tratado.
125. Dado que la expropiación formal alegada parece guardar una estrecha relación y ser el corolario de un proceso o, en las palabras de las Demandantes, “no fue sino la culminación de una expropiación formal” iniciada en octubre de 2004¹²⁵, se podría concluir razonablemente que las dos cuestiones se encuentran relacionadas hasta tal punto que comparten el objeto. Por consiguiente, puesto que la controversia había cristalizado con anterioridad al 11 de junio de 2008 y que las Partes siguieron intercambiando opiniones y trabajando para resolver esta cuestión, resulta claro que las Demandantes cumplieron con el requisito de negociar amigablemente durante seis meses.

¹²¹ *Georgia c. la Federación Rusa, Excepciones Preliminares*, Fallo del 1 de abril de 2011, párrafo 30, Anexo C-554. Ver también *Generation Ukraine Inc. c. Ucrania* (Caso CIADI No. ARB/00/9), Laudo del 15 de septiembre de 2003, párrafo 14.5, Anexo C-297, donde se señala que, en ese caso, “[n]o cabe duda de que el objeto de las dos mediaciones fue el proyecto Parkview de las Demandantes y la conducta de las autoridades de Ucrania en relación con éste. Esto basta a los fines de satisfacer el requisito establecido en el Artículo VI(2) del TBI”. (Traducción del Tribunal).

¹²² *CMS Gas Transmission Company c. la República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/8), Decisión sobre Jurisdicción del 17 de julio de 2003, párr. 109 (en adelante, “*CMS c. Argentina*”).

¹²³ Dúplica, párrafo 132.

¹²⁴ Memorial sobre Jurisdicción, párrafos 39-40.

¹²⁵ Memorial sobre el fondo, párrafo 501.

(b) Inutilidad

126. Incluso si el Tribunal resolviera que las Demandantes no habían planteado una “controversia” en los términos del Artículo X(1) con anterioridad al 11 de junio de 2008, y que no habían intentado resolver la controversia amigablemente antes de presentar la Solicitud de Arbitraje el 11 de diciembre de 2008, el incumplimiento de esta obligación por parte de las Demandantes debería excusarse con base en razones de inutilidad. Las Demandantes han afirmado que habría sido inútil seguir negociando con las Demandadas, puesto que ya habían intentado resolver la controversia entre 2002 y mayo de 2008, y luego nuevamente entre octubre de 2008 y a principios de 2010.
127. Los tribunales del CIADI han resuelto que se puede eximir del requisito de períodos de espera en aquellos casos en que no tendría sentido seguir negociando. Por ejemplo, el tribunal del caso *Occidental* sostuvo que “los intentos de llegar a una solución negociada fueron inútiles” puesto que el inversor había procurado refutar las acusaciones en un procedimiento de caducidad infructuosamente durante 18 meses con anterioridad a la sanción del Decreto de Caducidad¹²⁶.
128. Las Demandantes afirman que las negociaciones con la Demandada continuaron entre octubre de 2008 y principios de 2010¹²⁷. Estas negociaciones se referían a un posible acuerdo mediante el cual la Demandada asumiría los derechos y obligaciones de las Demandantes conforme a órdenes de compra efectuadas por las Demandantes para adquirir varias aeronaves Airbus en nombre de las Aerolíneas Argentinas. Las Demandantes aducen que la Demandada estaba dispuesta a asumir estos compromisos a cambio del abandono del arbitraje ante el CIADI¹²⁸. La Demandada no ha contradicho esta afirmación¹²⁹. A pesar de que se inicializó un borrador de acuerdo el 8 de febrero de 2009, y de que la Demandada luego obtuvo financiamiento del gobierno español por este acuerdo, la Demandada finalmente no firmó el acuerdo¹³⁰.
129. Esta operación fallida tras negociar durante al menos seis meses demuestra que incluso después de recibir notificación formal de las reclamaciones jurídicas de las Demandantes contra la Demandada al amparo del Tratado, las Partes no lograron llegara ningún tipo de resolución amigable a pesar de seguir negociando. Por tanto, no tendría sentido exigirles a las Demandantes que siguieran intentando llegar a un acuerdo.

¹²⁶ *Occidental Petroleum Corporation et al. c. República del Ecuador* (Caso CIADI No. ARB/06/11), Decisión sobre Jurisdicción, 9 de septiembre de 2008, párrafos 93-95, Anexo C-439.

¹²⁷ Memorial de Contestación, párrafos 159.

¹²⁸ Memorial sobre el fondo, párrafos 284-303; Memorial de Contestación, párrafos 158-65.

¹²⁹ *Ver también* Anexo C-235, que contiene un borrador de acuerdo de fecha 8 de febrero de 2009 entre la Demandada e Interinvest. En el Artículo 3.1(b) del acuerdo, Interinvest se comprometía a “*desistir íntegra y expresamente de todos los derechos que pudiera eventualmente invocar, como también a todas las acciones entabladas o en curso, fundados o vinculados a las medidas mencionadas en el párrafo anterior [la renacionalización, estatización, expropiación relativa a las empresas del Grupo AA], así como también a cualquier tipo de solicitud de arbitraje y/o conciliación, demanda judicial...*”.

¹³⁰ Memorial de Contestación, párrafo 162.

(c) Requisito de Recurrir a los Tribunales Internos establecido en el Artículo X(2) y (3)

130. La Demandada aduce asimismo que las Demandantes incumplieron con el Artículo X(2) y (3), donde se exige que las Demandantes sometan la controversia a los tribunales locales del estado Receptor durante 18 meses antes de poder someter la controversia al Tribunal¹³¹. Las Demandantes responden citando dos procedimientos que según ellas “cuentan” a los fines del Artículo X(2) y (3): en primer lugar, las valuaciones de las Aerolíneas Argentinas realizadas en octubre de 2008 y en enero de 2009, y, en segundo lugar, el juicio de expropiación iniciado por la Demandada contra Interinvest poco después de realizarse la valuación de enero de 2009.
131. La Demandada plantea varias objeciones respecto de los procedimientos citados por las Demandantes. En primer lugar, la Solicitud de Arbitraje de las Demandantes no debió haberse presentado antes de someter la controversia a los tribunales locales; en efecto, el juicio de expropiación es posterior a la iniciación de este procedimiento ante el CIADI. En segundo lugar, el juicio de expropiación se basa exclusivamente en el derecho interno, y no en una reclamación internacional relacionada con una inversión. En tercer lugar, las partes del juicio de expropiación —a saber, la Demandada e Interinvest—no son idénticas a las Partes de este procedimiento de arbitraje.
132. El Tribunal discrepa con la afirmación de la Demandada de que el objeto del juicio de expropiación planteado ante un tribunal local difiere del objeto del presente arbitraje. Es cierto que el proceso ante el tribunal argentino se refería exclusivamente a la determinación del valor de los bienes expropiados, en tanto que el procedimiento ante el CIADI plantea cuestiones específicas relativas a la validez de la expropiación (a saber, el trato justo y equitativo, medidas arbitrarias e injustificadas y protección y seguridad plenas). No obstante ello, en esencial, el objeto de ambos procedimientos es la indemnización a las Demandantes (y a Interinvest, en el caso del proceso ante el tribunal argentino) por la pérdida sufrida en razón de la nacionalización. En tal sentido, en el caso *ELSI*, la Cámara de la CIJ señaló lo siguiente:

[E]l requisito de los recursos internos no puede interpretarse de modo tal de exigir que una reclamación se presente a los tribunales locales de una forma, y fundado en argumentos adecuados para un tribunal internacional, que aplica leyes distintas a distintas partes: para que una reclamación internacional resulte admisible basta con que la esencia de la reclamación se haya planteado ante los tribunales

¹³¹ “2. Si una controversia en el sentido del párrafo 1 no pudiera ser dirimida dentro del plazo de seis meses, contando desde la fecha en que una de las partes en la controversia la haya promovido, será sometida a petición de una de ellas a los tribunales competentes de la Parte en cuyo territorio se realizó la inversión.

3. La controversia podrá ser sometida a un tribunal de arbitraje internacional en cualquiera de las circunstancias siguientes: (a) A petición de una de las partes en la controversia, cuando no exista una decisión sobre el fondo después de transcurridos dieciocho meses contados a partir de la iniciación del proceso previsto por el apartado 2 de este artículo o Cuando exista tal decisión pero la controversia subsiste entre las partes; (b) Cuando ambas partes en la controversia así lo hayan convenido.”

competentes y se haya promovido en la medida en que lo permitan el derecho y el procedimiento internos, infructuosamente¹³². (Traducción del Tribunal)

133. Asimismo, el Tribunal entiende que el hecho de que el proceso ante los tribunales locales haya sido planteado por la Demandada contra Interinvest en lugar de contra las Demandantes mismas no afecta a la conclusión de que las Demandantes han cumplido este requisito. Tal como lo reconoció el tribunal en el caso *ELSI*, los recursos del derecho internacional permiten aplicar “distintas leyes a distintas partes” no disponibles en el derecho interno, y ello no puede obstar al cumplimiento de los requisitos de procurar los recursos de derecho interno. El hecho de que el procedimiento de expropiación haya sido planteado contra Interinvest, una empresa argentina propiedad de las Demandantes a través de Air Comet, no significa que estos procedimientos no deban tenerse en cuenta a los fines del Artículo X(2) y (3), considerando que el objeto de dichos procedimientos es el mismo que el planteado ante este Tribunal.
134. Asimismo, el Tribunal observa que el Tratado faculta a cualquiera de las partes a iniciar procedimientos ante los tribunales locales a los fines del Artículo X. En este caso, fue la Demandada la que planteó la controversia contra Interinvest. Por consiguiente, la forma en que han sido planteados los procedimientos por la Demandada ante los tribunales locales no pueden convertirse en una excepción exitosa contra las Demandantes por no haber cumplido con los requisitos procesales del Artículo X, siempre y cuando el objeto de la controversia conforme al Tratado haya sido objeto de análisis en el proceso local, tal y como ha sucedido en este caso.
135. Por último, si bien las Demandantes admiten que el plazo de 18 meses no había transcurrido al momento de presentar la Solicitud de Arbitraje, acertadamente señalan que sí han transcurrido 18 meses desde entonces, y el procedimiento interno se encuentra aún pendiente de resolución. Por tanto, el objetivo último de este requisito, es decir, el darles a los tribunales locales la posibilidad de analizar las medidas controvertidas, se ha cumplido. Exigirles a las Demandantes que comiencen nuevamente y vuelvan a presentar este arbitraje hoy, habiéndose cumplido el plazo de 18 meses, sería sólo una pérdida de tiempo y recursos¹³³.

¹³² *Caso relativo a Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (Estados Unidos de América c. Italia)*, Sentencia, *I.C.J. Reports*, 20 de julio de 1989, párrafo 59, Anexo C-437.

¹³³ *Ver, por ejemplo, Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Yugoslavia)*, Excepciones Preliminares, Sentencia, *I.C.J. Reports* 1996 (II), pág. 613, párrafo 26 (“A los fines de determinar la jurisdicción en este caso, la Corte... sólo necesita señalar que incluso si se supusiera que la Convención acerca del Genocidio no entró en vigor entre las Partes hasta la firma del Acuerdo Dayton-París, se han reunido todos los requisitos de la competencia de la Corte en razón de la persona. Por lo general, debe determinarse que la Corte tiene jurisdicción a la fecha de realización del acto que da inicio al procedimiento... Esta Corte aplicó este principio en el caso relativo a los Cameruneses del Norte (*I.C.J. Reports* 1963, pág. 28), y en el caso de la *Jurisdicción de Nicaragua*, en el cual concluyó: ‘No tendría sentido exigirle ahora a Nicaragua que inicie un nuevo procedimiento con arreglo al Tratado, lo cual estaría dentro de sus derechos.’ (*I.C.J. Reports* 1984, págs. 428-429, párrafo 83.)”); *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Croacia c. Serbia)*, Excepciones Preliminares, Sentencia, *I.C.J. Reports* 2008, pág. 412 (en adelante, “*Croacia c. Serbia*”) párrafo 85, Anexo C-579 (“La Corte observa que, en relación con el primero de estos argumentos, en razón del fundamento lógico de la jurisprudencia de la Corte citada que surge de la Sentencia de 1924 en el caso de las Concesiones *Mavrommatis* en Palestina (Sentencia No. 2, 1924, P.C.I.J., Series A, No. 2), es irrelevante si es el solicitante o la demandada la que no cumple los requisitos para la jurisdicción de la Corte, o ambas partes —como es el caso cuando la cláusula de consentimiento a arbitraje invocada como fundamento a la jurisdicción no entra en vigencia hasta después del inicio del procedimiento. Lo que importa es que a más tardar a la fecha en que la Corte resuelva sobre su jurisdicción, la solicitante debe estar facultada, si lo deseara, a plantear un nuevo procedimiento en

136. Por todo lo expuesto, el Tribunal concluye que las Demandantes han cumplido los requisitos establecidos en el Artículo X(1) y (3) del Tratado. No obstante, como las Demandantes invocaron, en la alternativa, la aplicación de la Cláusula de Nación Más Favorecida en relación con la primera excepción de la Demandada, el Tribunal procederá a analizar esta cuestión a continuación.

ii. Aplicación de la Cláusula de Nación Más Favorecida (Artículo IV(2)) a las disposiciones sobre Resolución de Controversias

137. El Artículo IV(2) del Tratado dispone:

En todas las materias regidas por el presente Acuerdo, este tratamiento no será menos favorable que el otorgado por cada Parte a las inversiones realizadas en su territorio por inversores de un tercer país.

138. En su Solicitud de Arbitraje, las Demandantes invocaron la cláusula de NMF establecida en el Artículo IV(2) y afirmaron que esa cláusula los autorizaba a invocar “el tratamiento más favorable acordado a los inversores, por ejemplo, conforme al TBI Estados Unidos-Argentina”¹³⁴. (Traducción del Tribunal) En su Memorial sobre el fondo, las Demandantes una vez más invocan la cláusula de NMF, en referencia al TBI Estados Unidos -Argentina como ejemplo, y afirman que han satisfecho todos los requisitos establecidos en ese Tratado para acceder al arbitraje del CIADI¹³⁵. Luego, en su Memorial de Contestación, las Demandantes afirman que se basan en las disposiciones sobre resolución de controversias del TBI Australia-Argentina¹³⁶. El Artículo 13(1) del TBI Australia-Argentina establece que:

Toda controversia que surja entre una Parte Contratante y un inversor de la otra Parte Contratante relativa a una inversión será resuelta, en la medida de lo posible, en forma amistosa. Si la controversia no hubiera podido ser así solucionada, podrá ser sometida, a pedido del inversor:

(a) al tribunal competente de la Parte Contratante que admitió la inversión; o

el cual se hubiera cumplido la condición que originalmente no estaba satisfecha. En tal caso, no se cumplirían los objetivos de la administración de justicia obligando al solicitante a comenzar el procedimiento nuevamente— o a iniciar un nuevo procedimiento— y es preferible, excepto en ciertas circunstancias, concluir que desde ese momento la condición se encuentra cumplida.”) (Traducción del Tribunal).

¹³⁴ Solicitud de Arbitraje, párrafo 44.

¹³⁵ Memorial sobre el fondo, párrafos 328-331. El Artículo VII(2) del TBI Estados Unidos - Argentina establece que de suscitarse una diferencia, las partes “procurarán primero solucionarla mediante consultas y negociaciones”. De no ser posible, el inversor podrá optar entre someter la controversia a) ante los tribunales judiciales o administrativos del Estado parte en la controversia; o b) de conformidad con los procedimientos de solución de controversias aplicables, previamente acordados; o c) de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo 3 de este Artículo. A su vez, el Artículo VII(3) dispone que si el inversor no hubiera sometido la solución de la controversia a lo previsto por el párrafo 2 a) o b), y hubieran transcurrido seis meses desde la fecha en que se planteó la controversia, el inversor podrá someter la controversia al CIADI, al Mecanismo Complementario del CIADI, de acuerdo con las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI o con cualquier otra norma de arbitraje acordada entre las partes. *Ver* Anexo C-3.

¹³⁶ Memorial de Contestación, párrafo 7; *Ver* Anexo C-394.

(b) a arbitraje internacional de acuerdo con el párrafo 3 del presente Artículo.

A su vez, el Artículo 13(3) le ofrece al inversor la posibilidad de elegir entre el arbitraje internacional ante el CIADI, un tribunal con arreglo al Reglamento de la CNUDMI, u otras reglas de arbitraje acordadas entre las Partes.

1. Posición de la Demandada

139. La Demandada afirma que las Demandantes no pueden invocar la cláusula de NMF del Artículo IV(2) del Tratado para acceder a las cláusulas de resolución de controversias de otros TBI celebrados entre la Argentina y un tercer estado, por los motivos que se exponen a continuación:
140. En primer lugar, la Demandada aduce que las obligaciones establecidas en el Artículo X—de entablar negociaciones y someter la controversia a los tribunales locales durante 18 meses—son requisitos *jurisdiccionales* que no pueden derogarse ni ignorarse¹³⁷.
141. En segundo lugar, la Demandada alega que el Artículo X forma parte de su oferta unilateral de arbitraje vigente¹³⁸. Esa oferta unilateral debe ser aceptada por el inversor para que un acuerdo de arbitraje exista, y al aceptar la oferta, el inversor no está facultado a modificar los términos de aceptación¹³⁹. El arbitraje se basa en un consenso, y si no se respetan las condiciones establecidas de la oferta de la Demandada, no puede considerarse que exista consentimiento al arbitraje¹⁴⁰.
142. En tercer lugar, la Demandada afirma que como regla general, las cláusulas de NMF consagradas en los TBI no constituyen acuerdos de arbitraje ni forman parte del consentimiento al arbitraje; y por lo tanto no pueden aplicarse a cuestiones de jurisdicción¹⁴¹. Una cláusula de NMF *sólo* puede aplicarse a cuestiones jurisdiccionales cuando los Estados Parte así lo han consentido. Este consentimiento debe surgir de las intenciones claras e inequívocas de los Estados expresadas en el tratado¹⁴².
143. La Demandada admite que los tribunales de arbitraje no han resuelto esta cuestión en forma uniforme. No obstante, según la Demandada, a partir del caso *Maffezini c. España*, los tribunales que aplicaron las cláusulas de NMF a cuestiones jurisdiccionales no entendieron que estas cláusulas no se aplican a la cláusula de resolución de controversias y no forman parte del consentimiento a arbitraje¹⁴³. Aduce asimismo que estas decisiones no reflejan la postura mayoritaria sobre el tema. En efecto, existe “una misma cantidad de decisiones” que han rechazado la posibilidad de invocar una cláusula de resolución de controversias mediante la aplicación de la cláusula de NMF de un tratado¹⁴⁴. La Demandada afirma asimismo que

¹³⁷ Memorial sobre Jurisdicción, párrafo 32; Réplica, párrafo 96.

¹³⁸ Memorial sobre Jurisdicción, párrafo 39.

¹³⁹ Memorial sobre Jurisdicción, párrafo 40-41.

¹⁴⁰ Memorial sobre Jurisdicción, párrafo 44.

¹⁴¹ Memorial sobre Jurisdicción, párrafo 48; Réplica, párrafo 111.

¹⁴² Memorial sobre Jurisdicción, párrafo 48.

¹⁴³ Memorial sobre Jurisdicción, párrafo 52.

¹⁴⁴ Réplica, párrafo 132; ver también cartas de la Demandada del 17 de febrero y 28 de septiembre de 2012.

“muchos” Estados han limitado expresamente el alcance del tratamiento de NMF en sus tratados bilaterales de inversión a fin de evitar el resultado alcanzado en *Maffezini*¹⁴⁵.

144. En cuarto lugar, la Demandada aduce que el sentido corriente de la cláusula de NMF del Tratado no refleja la intención clara e inequívoca de los dos Estados de que ésta se aplique a las cláusulas de resolución de controversias, ya sea con arreglo a las normas de interpretación de los tratados consagradas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (“CVDT”) o de conformidad con el principio *ejusdem generis*¹⁴⁶.
145. Por su parte, la Demandada alega que existen abundantes pruebas que demuestran que la intención de los Estados fue que la cláusula de la NMF *no* se aplicara a cuestiones de jurisdicción y procedimiento¹⁴⁷. La Demandada alega que la cláusula de los 18 meses es una cláusula esencial del Tratado que fue especialmente negociada por la Argentina y España, y que ése fue el caso en algunos—pero no en todos—los TBI celebrados por la Argentina¹⁴⁸. Asimismo, al momento de la celebración del Tratado, ambas Partes habían celebrado otros TBIs que no contenían ningún requisito de recurrir a los tribunales locales. Por consiguiente, es imposible que haya sido la intención de las Partes que la cláusula de NMF se aplicara a disposiciones de resolución de controversias, dado que una interpretación en tal sentido privaría de todo efecto al Artículo X¹⁴⁹. Finalmente, Argentina continuó incluyendo el requisito de recurrir a los tribunales locales durante 18 meses en los TBIs celebrados desde entonces. Tales disposiciones estarían carentes de sentido si pudieran dejarse de lado simplemente en virtud de una cláusula de NMF¹⁵⁰.
146. En quinto lugar, la Demandada afirma que las Demandantes no pueden pretender importar partes de la cláusula de resolución de controversias del TBI Argentina-Estados Unidos, que contiene una cláusula de elección de foro o *fork-in-the-road*¹⁵¹. Las cláusulas de resolución de controversia establecidas en el Tratado y en el TBI Estados Unidos – Argentina son diametralmente distintas e inconmensurables. Conforme al Tratado, si la controversia *no* se *somete* a los tribunales argentinos, no se puede recurrir al arbitraje internacional, mientras que el TBI Estados Unidos-Argentina establece que si la controversia *se somete* a los tribunales locales, no se puede recurrir luego al arbitraje internacional. No hay pruebas de que España y la Argentina hayan aceptado que “se modificase de modo tan radical” su consentimiento a la jurisdicción internacional¹⁵² mediante la cláusula de NMF del Tratado.
147. En sexto lugar, la Demandada alega que la verdadera interpretación de los Estados Partes del Tratado es clara. En el caso *Maffezini*, en el cual un inversor argentino demandó a España en virtud del Tratado, el Reino de España adoptó la misma posición que la República Argentina está tomando en el presente caso en cuanto a la inaplicabilidad de la cláusula de NMF a las cláusulas

¹⁴⁵ Memorial sobre Jurisdicción, párrafos 54-55.

¹⁴⁶ Memorial sobre Jurisdicción, párrafos 57-68.

¹⁴⁷ Memorial sobre Jurisdicción, párrafo 28.

¹⁴⁸ Memorial sobre Jurisdicción, párrafo 70.

¹⁴⁹ Réplica, párrafo 113.

¹⁵⁰ Réplica, párrafo 145.

¹⁵¹ Memorial sobre Jurisdicción, párrafos 74-75.

¹⁵² Réplica, párrafo 124.

de resolución de controversias¹⁵³. La interpretación unilateral previamente esgrimida por España es la que hoy comparte la República Argentina, lo cual la transforma en la verdadera interpretación del Tratado de conformidad con el Artículo 31(3) de la CVDT¹⁵⁴.

148. En séptimo lugar, la Demandada afirma que la invocación del Artículo 13 del TBI Argentina-Australia por aplicación de la cláusula de NMF efectuada por las Demandantes en el Memorial de Contestación, es extemporánea y debe ser desestimada¹⁵⁵. Modificar en esta instancia el instrumento en el que basan su reclamación contradice el principio de la buena fe y no puede ser permitido, en virtud de la teoría de los actos propios¹⁵⁶. También afecta gravemente el derecho de defensa de la Demandada y convierte la jurisdicción del Tribunal en un objetivo en movimiento.¹⁵⁷

2. Posición de las Demandantes

149. Las Demandantes afirman que mediante la aplicación de la cláusula de NMF establecida en el Artículo IV(2) del TBI España-Argentina, pueden invocar las normas procesales relativas a la admisibilidad de las reclamaciones inversor-estado establecidas en el Artículo 13 del TBI Australia-Argentina en lugar de aplicar las disposiciones establecidas en el Artículo X del Tratado. El Artículo 13 del TBI Australia-Argentina no establece los requisitos de los 6 meses o de los 18 meses establecidos en el Artículo X del Tratado¹⁵⁸.
150. Las Demandantes afirman que la redacción del Artículo IV(2) del Tratado indica claramente que se puede invocar el criterio de la NMF respecto de los períodos de espera previstos en el Artículo X¹⁵⁹. La cláusula de la NMF resulta extremadamente amplia, ya que abarca “todas las materias” regidas por el Tratado¹⁶⁰. El Artículo IV(3) y (4) enumera taxativamente las cuestiones excluidas del alcance de la cláusula de NMF, y esta lista no incluye las cláusulas sobre resolución de controversias o los “períodos de espera”¹⁶¹. Por ello, en función del principio *expressio unius est exclusio alterius*, la cláusula de la NMF se extiende a todas las materias no excluidas expresamente¹⁶².
151. En segundo lugar, según las Demandantes, no existe ninguna regla que indique que las cláusulas de NMF sólo se aplican a las cláusulas de resolución de controversias cuando existen pruebas de que ésta fue la intención clara e inequívoca de las Partes. Esta presunta presunción especial en las que se apoya Argentina no encuentra sustento en la CVDT ni en la jurisprudencia internacional¹⁶³.

¹⁵³ Memorial sobre Jurisdicción, párrafo 83.

¹⁵⁴ Réplica, párrafo 125.

¹⁵⁵ Réplica, párrafo 104.

¹⁵⁶ Réplica, párrafo 105.

¹⁵⁷ Réplica, párrafo 106.

¹⁵⁸ Memorial de Contestación, párrafo 23.

¹⁵⁹ Memorial de Contestación, párrafo 24.

¹⁶⁰ Memorial de Contestación, párrafo 26.

¹⁶¹ *Íd.*

¹⁶² *Id.*

¹⁶³ Dúplica, párrafos 29-32.

152. En tercer lugar, las Demandantes afirman que los casos resueltos conforme a las cláusulas de NMF del Tratado¹⁶⁴ apoyan unánimemente la postura de las Demandantes. En cada uno de los cuatro casos, las demandantes invocaron el Artículo IV(2) para dejar sin efecto las disposiciones del Artículo X. En todos los casos, los tribunales enfatizaron la utilización de la fórmula amplia “en todas las materias” en el Artículo IV(2). Y en todos los casos, los tribunales admitieron la aplicación de la cláusula de NMF a los “períodos de espera”¹⁶⁵.
153. En cuarto lugar, las Demandantes señalan que otros tantos tribunales de arbitraje han permitido a las demandantes invocar cláusulas de NMF de los TBI aplicables a fin de eximirse de cumplir con períodos de espera. En esos casos, a pesar de que el TBI base establecía un período de espera, los tribunales acordaron a las demandantes el tratamiento más favorable de otros tratados¹⁶⁶. Según las Demandantes sólo tres¹⁶⁷ tribunales de un total de trece tribunales rechazaron la invocación de una cláusula de la NMF a efectos de desplazar un requisito de recurrir a los tribunales locales durante 18 meses como requisito para acceder al arbitraje internacional¹⁶⁸. No obstante, las cláusulas de NMF de los TBI aplicables en los casos *Wintershall*, *ICS* y *Daimler* eran sustancialmente distintas de la cláusula de NMF del presente Tratado, y los hechos controvertidos en dichos casos también diferían sustancialmente¹⁶⁹.
154. Las Demandantes aducen que la Demandada se equivoca en su afirmación de que la jurisprudencia se encuentra marcadamente dividida respecto de esta cuestión¹⁷⁰. Por el contrario, la Demandada ofrece en su análisis una serie de decisiones muy distintas del caso que nos ocupa¹⁷¹. Estos casos no se referían a la invocación de la cláusula de NMF para eximirse de los períodos de espera o requisitos procesales (que dependen exclusivamente de la conducta y la

¹⁶⁴ Memorial de Contestación, párrafo 29 y ss. Las Demandantes citan *Maffezini c. España*; *Gas Natural SDG SA c. la República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/03/10), Decisión sobre Jurisdicción del 17 de junio de 2005 (en adelante, “*Gas Natural c. Argentina*”), Anexo C-260; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. c. la República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/03/17), Decisión sobre Jurisdicción del 16 de mayo de 2006 (en adelante, “*Suez InterAguas c. Argentina*”), Anexo C-400; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and Vivendi Universal S.A. c. la República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/03/19), Decisión sobre Jurisdicción del 3 de agosto de 2006 (en adelante, “*Suez Vivendi c. Argentina*”), Anexo C-255 (nótese que el caso *Suez Vivendi c. Argentina* se consolidó con el caso *AWG Group Ltd. c. la República Argentina*, un arbitraje relacionado planteado con arreglo a las Reglas de la CNUDMI).

¹⁶⁵ Memorial de Contestación, párrafo 29.

¹⁶⁶ Memorial de Contestación, párrafo 44.

¹⁶⁷ *Wintershall Aktiengesellschaft c. la República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/04/14), Laudo del 8 de diciembre de 2008 (en adelante, “*Wintershall v. Argentina*”), LA AR 7, Laudo del 8 de diciembre de 2008 (en adelante, “*Wintershall v. Argentina*”), LA AR 7; *ICS c. República Argentina*, CNUDMI, Caso de la CPA No. No. 2010-9, Laudo sobre jurisdicción del 10 de febrero de 2012; *Daimler Financial Services AG c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/05/1), laudo del 22 de agosto de 2012 (en adelante “*Daimler c. Argentina*”).

¹⁶⁸ Memorial de Contestación, párrafo 51; carta de las Demandantes del 28 de febrero de 2012, pág. 2.

¹⁶⁹ Memorial de Contestación, párrafo 52, 57; carta de las Demandantes del 28 de febrero de 2012, págs 2, 4.

¹⁷⁰ Dúplica, párrafo 44.

¹⁷¹ Según las Demandantes (Memorial de Contestación, párrafo 59), estos casos incluyen *Salini Costruttori SpA e Italstrade SpA c. el Reino Hachemita de Jordania* (Caso CIADI No. ARB/02/13), Decisión sobre Jurisdicción, 15 de noviembre de 2004 (en adelante, “*Salini c. Jordania*”), LA AR 21; *Plama Consortium Limited c. la República de Bulgaria* (Caso CIADI No. ARB/03/24), Decisión sobre Jurisdicción del 8 de febrero de 2005 (en adelante, “*Plama c. Bulgaria*”), LA AR 11; *Telenor Mobile Communications c. la República de Hungría* (Caso CIADI No. ARB/04/15), Laudo del 13 de septiembre de 2006, (en adelante, “*Telenor c. Hungría*”), Anexo C-254; y *Vladimir Berschader y Moïse Berschader c. la Federación Rusa* (Caso SCC No. 080/2004), Laudo del 21 de abril de 2006 (en adelante, “*Berschader c. la Federación Rusa*”), LA AR 19.

fecha de presentación de la demandante). Por el contrario, en esos casos las demandantes invocaron la cláusula de NMF a efectos de extender la competencia sustantiva del Tribunal¹⁷².

155. En quinto lugar, las Demandantes afirman que la práctica de la Demandada en materia de negociación de tratados demuestra que no incluyó períodos de espera en muchos de sus TBIs. Tan sólo 10 de los 50 TBI citados en el Memorial de la Demandada establecen el período de espera de 18 meses. Esto confirma aún más que estas cláusulas son de naturaleza procesal y técnica, y no se refieren a cuestiones de orden público esencial para Argentina¹⁷³.
156. En sexto lugar, según las Demandantes, la Demandada no ha ofrecido una “interpretación auténtica” del texto basada en la práctica posterior de los Estados parte¹⁷⁴. Lo que Argentina sostiene no es una interpretación del Artículo IV del Tratado, sino, más bien, una modificación del texto del Artículo IV¹⁷⁵. Incluso si fuera una interpretación, la Demandada debe demostrar un acuerdo y/o práctica uniforme entre los Estados Partes conforme a dicha interpretación. Sin embargo, la Demandada invoca únicamente declaraciones efectuadas por España en el marco de una única controversia, el caso *Maffezini*, en el cual España era la Demandada¹⁷⁶.
157. En séptimo lugar, las Demandantes consideran que no existe contradicción con la aplicación del Artículo 7(3) del TBI Estados Unidos –Argentina debido a la cláusula de elección de foro entre los recursos internos y el arbitraje internacional, ya que las Demandantes no plantearon la presente controversia a los tribunales argentinos, sino que fue la Demandada la que planteó la cuestión de la indemnización ante dichos tribunales. Por consiguiente, nada les impide a las Demandantes recurrir al arbitraje internacional con arreglo al TBI entre Argentina y EE.UU.¹⁷⁷.
158. Por último, las Demandantes afirman que la invocación del TBI Australia-Argentina no es extemporánea. Según las Demandantes, invocaron la cláusula de NMF incluso antes de presentar la Solicitud de Arbitraje¹⁷⁸. Asimismo, las Demandantes citaron el TBI entre Argentina y Australia por primera vez en la Contestación sobre Jurisdicción porque la propia Argentina recién planteó por primera vez la excepción respecto del período de espera de seis meses en el Memorial sobre Jurisdicción¹⁷⁹.

¹⁷² Memorial de Contestación, párrafo 59.

¹⁷³ Memorial de Contestación, párrafo 71.

¹⁷⁴ Dúplica, párrafo 60.

¹⁷⁵ Id.

¹⁷⁶ Dúplica, párrafo 61.

¹⁷⁷ Dúplica, párrafo 21.

¹⁷⁸ Dúplica, párrafo 14. *Ver* carta de las Demandantes al Presidente de la República Argentina del 20 de noviembre de 2008, Anexo C-265 (“En tal sentido, de acuerdo con el artículo X.4 del Tratado, e invocando el artículo IV.2 del mismo que le reconoce a los inversores de otros países el derecho de invocar el trato más favorable que la República [h]a otorgado a inversores de otros países, como por ejemplo a los inversores de los Estados Unidos de América o la República de Chile”).

¹⁷⁹ Dúplica, párrafo 56.

3. Análisis del Tribunal

b. El Sentido Corriente del Artículo IV

159. El Artículo IV, titulado “Tratamiento”, establece lo siguiente:

1. Cada Parte garantizará en su territorio un tratamiento justo y equitativo a las inversiones realizadas por inversores de la otra Parte.
2. En todas las materias regidas por el presente Acuerdo, este tratamiento no será menos favorable que el otorgado por cada Parte a las inversiones realizadas en su territorio por inversores de un tercer país.
3. Este tratamiento no se extenderá, sin embargo, a los privilegios que una parte conceda a los inversores de un tercer Estado en virtud de su participación en:
 - una zona de libre cambio;
 - una unión aduanera;
 - un mercado común;
 - un acuerdo de integración regional; oUna organización de asistencia económica mutua en virtud de un acuerdo firmado antes de la entrada en vigor del presente Acuerdo que prevea disposiciones análogas a aquellas que son otorgadas por esa Parte a los participantes de dicha organización.
4. El tratamiento concedido con arreglo al presente artículo no se extenderá a deducciones y exenciones fiscales u otros privilegios análogos otorgados por cualquiera de las Partes a inversores de terceros países en virtud de un acuerdo para evitar la doble imposición o de cualquier otro acuerdo en materia de tributación.

160. En principio, la redacción del Artículo IV(2) es amplia. Se aplica a “*todas las materias regidas por el presente Acuerdo*”. La redacción en inglés es igualmente amplia “*all matters governed by this Agreement*”. “*Todas*” o “*all*” son términos inequívocamente inclusivos. “*Materias*”, o “*matters*”, son igualmente amplios y generales. Si bien no resulta concluyente respecto de la cuestión, es ilustrativo señalar que otros TBI han restringido la aplicación del tratamiento de NMF a una categoría más acotada de actividades que la redacción amplia del Artículo IV(2) que se refiere a “*todas las materias*”. Por ejemplo, el TBI Argentina-Alemania¹⁸⁰ establece disposiciones más acotadas:

Artículo 3

(1) Ninguna de las Partes Contratantes someterá en su territorio a las inversiones de nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante o a las inversiones en las que mantengan participaciones los nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante, a

¹⁸⁰ El TBI Argentina-Alemania se aplicó en el caso *Wintershall, Hochtief, Daimler y Simens AG v. la República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/02/8), Decisión sobre Jurisdicción, 3 de agosto de 2004 (en adelante “*Siemens c. Argentina*”), Anexo C-330.

un trato menos favorable que el que se conceda a las inversiones de los propios nacionales y sociedades o a las inversiones de nacionales y sociedades de terceros Estados.

(2) Ninguna de las Partes Contratantes someterá en su territorio a los nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante, en cuanto se refiere a sus actividades relacionadas con las inversiones, a un trato menos favorable que a sus propios nacionales y sociedades o a los nacionales y sociedades de terceros Estados¹⁸¹.

161. La cláusula de NMF del TBI Italia-Jordania aplicable al caso *Salini c. Jordania* también establece un ámbito de aplicación más limitado:

*Ambas Partes Contratantes, dentro de los límites de su propio territorio, deberán acordar a las inversiones efectuadas por inversores de una Parte Contratante y a los ingresos generados por éstas, un trato no menos favorable que el acordado a las inversiones efectuadas por sus propios nacionales o inversores de un tercer Estado y a los ingresos generados por aquéllas*¹⁸². (Traducción del Tribunal).

162. Asimismo, la cláusula de NMF establecida en el TBI Reino Unido-Argentina controvertido en el caso *ICS c. Argentina* establece un ámbito de aplicación más limitado:

*Ninguna Parte Contratante someterá en su territorio a los inversores de la otra Parte Contratante, en cuanto se refiere a la gestión, mantenimiento, uso, goce o liquidación de sus inversiones, a un trato menos favorable que el otorgado a sus propios inversores o a los inversores de cualquier tercer Estado*¹⁸³.

163. En los TBI citados *supra*, el tratamiento de NMF se aplica sólo a determinadas “inversiones”, “actividades relativas a las inversiones”, “ingresos generados” percibidos por los inversores, o “la gestión, mantenimiento, uso, goce o liquidación” de dichas inversiones. Tales términos son

¹⁸¹ Tratado entre la República Argentina y la República Federal de Alemania sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, 9 de abril de 1991, UNTS Vol. 1910, 171 (1996) (énfasis agregado). El Ad Artículo 3 del Protocolo al TBI Argentina-Alemania dispone lo siguiente: “a) Por “actividades” en el sentido del apartado 2 del artículo 3 se considerarán en especial pero no exclusivamente, la administración, la utilización, el uso y el aprovechamiento de una inversión. Se considerarán en especial pero no exclusivamente como “trato menos favorable” en el sentido del artículo 3 a las medidas menos favorables que afecten la adquisición de materias primas y otros insumos, energía y combustibles, así como medios de producción y de explotación de toda clase o la venta de productos en el interior del país y en el extranjero. No se considerarán como “trato menos favorable” en el sentido del artículo 3 las medidas que se adopten por razones de seguridad interna o externa y orden público, sanidad pública o moralidad”.

¹⁸² *Salini c. Jordania*, Decisión sobre Jurisdicción, párr. 66.

¹⁸³ *ICS c. Argentina*, Laudo sobre Jurisdicción, párr. 65. Tal como se señala *supra*, el Tribunal del caso *ICS* determinó que la cláusula del TBI Reino Unido-Argentina no se aplicaba a los fines de la cláusula de resolución de controversias. El Tribunal basó esta conclusión en los siguientes fundamentos: 1) ante el estado del derecho al momento en que se había celebrado el TBI y la expectativa de las partes, sin una disposición expresa en el tratado, el tratamiento no se podía extender al mecanismo de resolución de controversias (párrafos 285-296); 2) el lenguaje del contexto indicaba que el “tratamiento” sólo se referían a la “gestión, mantenimiento, uso, goce o liquidación” de una inversión (párrafos 297-304); y 3) la frase “en su territorio” impone una limitación territorial que excluye el arbitraje internacional, que constituye la esencia del procedimiento de resolución de controversias extraterritorial (párrafos 305-309).

más acotados que la referencia amplia a “materias” del Tratado. Además, ninguno de estos otros TBI contienen el simple y amplio “todas” del Tratado¹⁸⁴.

164. Otros párrafos del Artículo IV del Tratado contienen excepciones explícitas a la aplicación del tratamiento de NMF. El Artículo IV(3) dispone que el tratamiento de NMF no se extenderá al tratamiento que una Parte conceda a terceros debido a su participación en una zona de libre comercio; una unión aduanera; un mercado común; un acuerdo de integración regional; o una organización de asistencia económica mutua. El Artículo(4) IV dispone que el tratamiento de NMF no se aplicará al tratamiento concedido por cualquiera de las Partes a inversores de terceros países en materia de deducciones fiscales o disposiciones similares. Las cuestiones de jurisdicción y admisibilidad no forman parte de este listado de excepciones expresas.
165. El Tribunal observa que la jurisprudencia de arbitraje de inversiones respecto del significado corriente de las cláusulas de NMF no ha sido del todo uniforme, incluso en casos fundados en el mismo TBI. Cabe destacar, no obstante, que en todos los casos en los que se analizó el Artículo IV(2) del Tratado se concluyó que la fórmula amplia de la cláusula de NMF incluye las cláusulas de resolución de controversias del Artículo X¹⁸⁵. No obstante ello, otros tribunales han discrepado. El TBI Bélgica/Luxemburgo-Unión Soviética que aplicó el tribunal del caso *Berschader* contenía una referencia “todas las materias”(traducción del Tribunal) similar a la del TBI España-Argentina. Sin embargo, el tribunal del caso *Berschader* desestimó el intento de la demandante de utilizar la cláusula de NMF. A diferencia de los tribunales que resolvieron los casos *Maffezini*, *Gas Natural* y *Suez*, el tribunal del caso *Berschader* señaló que “todas las materias regidas por el presente Tratado” (traducción del Tribunal) no se puede interpretar en forma “literal” (traducción del Tribunal), ya que la cláusula de NMF no es susceptible de aplicación a muchas de las cuestiones reguladas por un TBI¹⁸⁶.
166. De igual modo, los tribunales que determinaron el alcance de las disposiciones de NMF del TBI Argentina-Alemania no han interpretado en forma uniforme el sentido corriente de las disposiciones de NMF de ese TBI¹⁸⁷. Los tribunales de los casos *Siemens* y *Hochtief* concluyeron que el lenguaje utilizado en las cláusulas de NMF (lenguaje que abarca menos y es más específico que el de la cláusula NMF en el presente Tratado) incluía las disposiciones de

¹⁸⁴ Ver también *Maffezini c. España*, Decisión sobre Jurisdicción, párr. 60 (señalando, que de todos los TBI celebrados por España, “el único que se refiere a “todas las materias regidas por el presente Acuerdo” en lo que respecta a la cláusula de la nación más favorecida es el suscrito con Argentina. Todos los demás tratados, incluidos los suscritos con Uruguay y Chile, omiten esta referencia y solamente disponen que “este tratamiento” estará sujeto a la cláusula, que es naturalmente una formulación más limitada.”).

¹⁸⁵ *Maffezini c. España*, Decisión sobre Jurisdicción, párr. 64; *Gas Natural v. Argentina*, Decisión sobre Jurisdicción, párrafos 30-31; *Suez InterAguas c. Argentina*, Decisión sobre Jurisdicción, párrafos 54-55; *Suez Vivendi c. Argentina*, Decisión sobre Jurisdicción, párrafos 54-55. Ver también *Impregilo c. Argentina*, Laudo, párr. 108, en el cual la mayoría de los árbitros determinó que la fórmula amplia “todas las materias” utilizada en el TBI Italia-Argentina incluía las cláusulas de solución de controversias. Nótese, no obstante, que uno de los árbitros, Brigitte Stern, discrepó con esta cuestión en particular. *Impregilo c. Argentina*, Opinión concurrente y disidente, párr. 46 y ss.

¹⁸⁶ *Berschader c. la Federación Rusa*, Laudo, párr. 192.

¹⁸⁷ Las cláusulas de NMF en el TBI Alemania-Argentina están incluidas en numerosas disposiciones. Ver párr. 158 de esta Decisión, *supra*.

resolución de controversia¹⁸⁸. Sin embargo, el tribunal del caso *Wintershall* y en *Daimler* discreparon al respecto¹⁸⁹. El tribunal en *Wintershall* determinó que la cláusula de NMF del Artículo 3 del TBI “no menciona que el ‘trato’ de la nación más favorecida con respecto a las inversiones y las actividades vinculadas con las inversiones *deba aplicarse a ‘todas las relaciones’ o que se extienda a ‘todos los aspectos’ o abarque ‘todas las cuestiones del tratado’*”¹⁹⁰. El tribunal en el caso *Daimler*, por su parte, determinó que el lenguaje en la cláusula NMF en el TBI Argentina-Alemania contenía una limitación territorial, y observó que la intención de las partes fue la de que el término “trato” se refiera sólo al trato de inversiones y que el TBI no extienda el trato de la NMF respecto de “todas las cuestiones” sujetas al TBI¹⁹¹.

(a) Jurisprudencia Respecto de la Aplicación de las Cláusulas de NMF a las disposiciones sobre resolución de Controversias

167. Este Tribunal no está obligado por las decisiones de otros tribunales en el pasado, y resuelve sobre la base del texto del Tratado y los argumentos de hecho y de derecho planteados por las Partes. No obstante, el Tribunal reconoce que no resuelve en el vacío. La cuestión de la aplicación de las cláusulas de NMF a las disposiciones de resolución de controversias ha sido tratada por numerosos paneles en diversos escenarios fácticos. Asimismo, ambas Partes han hecho profundos análisis y argumentos acerca de la jurisprudencia en esta materia. A continuación, el Tribunal identificará las cuestiones respecto de las cuales las decisiones de los distintos casos pueden distinguirse, y las cuestiones respecto de las cuales existe una discrepancia analítica entre los tribunales.

i. Taxonomía de los Casos de la CNUDMI

168. Tal como señalan las Demandantes, la reciente publicación de la UNCTAD acerca del Trato de Nación Más Favorecida o *Most-Favoured-Nation Treatment*¹⁹² clasifica los casos en los cuales se trata la aplicación de las cláusulas de NMF a la jurisdicción en una forma que se corresponde con el resultado de cada uno de los casos.

169. La UNCTAD clasifica los casos en dos categorías. En la primera categoría, las demandantes “invocaron la cláusula de trato de NMF para dejar sin efecto un requisito procesal que constituye una condición para el sometimiento de la reclamación al arbitraje internacional”¹⁹³. (Traducción del Tribunal) La UNCTAD califica esta categoría de casos como relativos a los requisitos de “admisibilidad”. En la segunda categoría, las demandantes “han intentado aplicar la cláusula de NMF para ampliar el umbral jurisdiccional, es decir, el ámbito de facultades del tribunal de

¹⁸⁸ *Siemens v. Argentina*, Decisión sobre Jurisdicción, párr. 85 y ss.; *Hochtief c. Argentina*, Decisión sobre jurisdicción, párr. 66 y ss. (nótese, sin embargo, la opinión disidente de Christopher Thomas, Q.C., acerca de esta cuestión en particular. *Hochtief c. Argentina*, Opinión Separada y Disidente, párr. 45 y ss.

¹⁸⁹ *Wintershall c. Argentina*, Laudo, párr. 162 y ss; *Daimler c. Argentina*, Laudo, párr.. 179 y ss (nótese sin embargo, la opinión disidente de Charles N. Brower, acerca de esta cuestión en particular). *Daimler c. Argentina*, opinión disidente. Párr. 17 y ss.

¹⁹⁰ *Wintershall c. Argentina*, Laudo, párr. 162 (énfasis agregado).

¹⁹¹ *Daimler c. Argentina*, Laudo, párr. 224, 230-231, 236.

¹⁹² “Most Favoured-Nation Treatment,” UNCTAD Series on International Investment Agreements II, págs. 66-67, UNCTAD/DIAE/IA/2010/1, enero de 24, 2011 (en adelante, “UNCTAD MFN Treatment”), Anexo C-563.

¹⁹³ *Íd.* pág. 66.

arbitraje, más allá del definido expresamente en el tratado base. La utilización de la cláusula de NMF daría al tribunal de arbitraje la competencia para entender en materias o diferencias no contempladas o no expresamente excluidas del tratado”¹⁹⁴. (Traducción del Tribunal). La UNCTAD clasifica esta categoría de casos como relativa al “alcance de la competencia”.

170. Dentro de la categoría de “admisibilidad”¹⁹⁵, la UNCTAD identifica los siguientes casos: *Maffezini*, *Siemens*, *Gas Natural*, *National Grid*¹⁹⁶, *Suez InterAguas*, *AWG Group*¹⁹⁷ y *Wintershall*. A estos casos, el Tribunal agregaría *Impregilo*¹⁹⁸, *Hochtief*¹⁹⁹, *Abaclat*²⁰⁰, *ICS*²⁰¹ y *Daimler*.²⁰² En cada uno de estos casos, conforme a la cláusula de resolución de controversias del TBI correspondiente, la demandante estaba obligada a procurar resarcimiento ante los tribunales locales del Estado receptor por un determinado período de tiempo antes de instituir un procedimiento de arbitraje. Las demandantes en estos casos invocaron la cláusula de NMF establecida en sus TBI para “tomar prestada” una cláusula de resolución de controversias de otro tratado que no establecía el requisito de recurrir a los tribunales locales como requisito previo al arbitraje. Con excepción de los casos *Wintershall*, *ICS* y *Daimler*, en todos los casos se impuso el argumento de las demandantes.
171. Por su parte, la UNCTAD incluye los casos que se enumeran a continuación dentro de la categoría de “alcance de la competencia”²⁰³: *Salini*, *Plama*, *Telenor*, *Berschader*, y *Tza Yap Shum*²⁰⁴. En estos casos, las demandantes invocaron la cláusula de NMF para ampliar el alcance de la jurisdicción establecido en el TBI correspondiente. En el caso *Salini*, la demandante invocó la cláusula de NMF para plantear una reclamación contractual ante un tribunal del CIADI. En el caso *Plama*, la demandante invocó la cláusula de NMF para ampliar el alcance de la jurisdicción establecido en el TBI aplicable, que limitaba la jurisdicción a cuestiones relativas a la indemnización debida en el caso de expropiación²⁰⁵. En igual sentido, en los casos *Telenor* y *Berschader*, las demandantes invocaron la cláusula de NMF para ampliar la jurisdicción establecida en el TBI, que limitaba la competencia del tribunal a las reclamaciones de expropiación²⁰⁶. Los tribunales rechazaron la invocación de la cláusula de NMF por parte de las demandantes en todos estos casos. La UNCTAD identificó un solo caso en esta categoría, *RosInvestCo*, que se apartaba de esta tendencia²⁰⁷.

¹⁹⁴ *Íd.* pág. 67.

¹⁹⁵ *Íd.* págs. 67-73.

¹⁹⁶ *National Grid Plc c. la República Argentina* (CNUDMI), Decisión sobre Jurisdicción, 20 de junio de 2006, (en adelante, “*National Grid c. Argentina*”), LA AR 25.

¹⁹⁷ *Ver Suez Vivendi v. Argentina*, Decisión sobre Jurisdicción.

¹⁹⁸ *Impregilo c. Argentina*, Laudo, párrafos 79 y ss. (nótese, una vez más, la opinión disidente de B. Stern respecto de esta cuestión).

¹⁹⁹ *Hochtief v. Argentina*, Decisión sobre Jurisdicción, párrafos 59 y ss. (nótese, una vez más, la opinión disidente de C. Thomas respecto de esta cuestión).

²⁰⁰ *Abaclat c. Argentina*, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, párrafos 568 y ss.

²⁰¹ *ICS c. Argentina*, Laudo, párrafos 243 y ss.

²⁰² *Daimler c. Argentina*, Laudo, párr. 179 y ss.

²⁰³ UNCTAD *MFN Treatment*, págs. 73-79.

²⁰⁴ *Tza Yap Shum c. República de Perú* (Caso CIADI No. ARB/07/6), Decisión sobre Jurisdicción y Competencia, 19 de junio de 2009.

²⁰⁵ *Plama c. Bulgaria*, Decisión sobre Jurisdicción, párrafos 186-187.

²⁰⁶ *Telenor c. Hungría*, Laudo, párrafos 81-83, *Berschader c. la Federación Rusa*, Laudo, párrafos 151-153.

²⁰⁷ *RosInvestCo UK Ltd. c. la Federación Rusa*, Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, Caso No. 079/2005, Laudo, Octubre de 2007; *Ver también UNCTAD MFN Treatment*, 79. *La Federación Rusa c.*

172. Surge claramente de la taxonomía descrita *supra* que la posición de las Demandantes se inscribe dentro de la categoría de casos de “admisibilidad” citados por la UNCTAD, dentro de la cual los tribunales por lo general resuelven a favor de la aplicación de la cláusula de NMF. Las Demandantes buscan aplicar la cláusula de NMF del Tratado a fin de obviar los requisitos del Artículo X, a saber, que las partes intenten resolver la controversia amigablemente durante 6 meses y que se someta la controversia a los tribunales locales durante 18 meses.

ii. Otras Cuestiones Interpretativas

173. Además de analizar la jurisprudencia según el resultado de los casos, el Tribunal considera los supuestos interpretativos que subyacen a las decisiones de los tribunales. Al menos uno de los tribunales de los casos de “admisibilidad” identificados por la UNCTAD buscó pruebas de que los Estados parte *no* hubieran tenido la intención de incluir las cláusulas de resolución de controversias dentro del alcance de la cláusula de NMF. Así lo entendió el tribunal de *Gas Natural*, que manifestó “A menos que resulte claro que los Estados Partes en un TBI o las Partes en un determinado acuerdo sobre inversiones han acordado un método diferente para dar resolución a eventuales controversias, deben entenderse aplicables a la resolución de controversias las disposiciones de los TBIs sobre nación más favorecida”²⁰⁸.

174. Por el contrario, los tribunales de los casos de “alcance de la competencia” han tomado como principio rector que *no puede* presumirse que la cláusula de NMF se extiende a cuestiones jurisdiccionales. Ésta fue la conclusión del caso *Plama*, que resolvió de la siguiente manera: “una cláusula en un tratado base no incorpora por referencia las cláusulas de resolución de controversias establecidas en otro tratado, en todo o en parte, salvo que la cláusula de NMF del tratado base no deje duda de que las Partes Contratantes deseaban incorporarlas”²⁰⁹. Según *Plama*, “una cláusula de arbitraje debe ser clara e inequívoca y la referencia a la cláusula de arbitraje debe estar redactada de manera que la cláusula pase a formar parte del contrato (tratado)”²¹⁰. (Traducción del Tribunal).

175. Asimismo, los tribunales han discrepado en sus opiniones respecto de si las cláusulas de resolución de controversias constituyen una protección esencial de los inversores extranjeros. Muchos de los tribunales se han basado en la Decisión sobre Jurisdicción del caso *Maffezini* y han resuelto que estas cláusulas constituyen un elemento esencial del “trato” o protección debidos a los inversores:

- “No obstante el hecho de que el tratado básico que contiene la cláusula no se refiere expresamente a la solución de controversias como una materia cubierta por la cláusula de la nación más favorecida, el Tribunal considera que hay razones

RosInvestCo UK Ltd., Caso No. T24891-07, Orden, Tribunal de Distrito de Estocolmo, 9 de noviembre de 2011. En un fallo por falta de comparecencia (“*default judgement*”) emitido el 9 de noviembre de 2011, el Tribunal de Distrito de Estocolmo declaró que el acuerdo de arbitraje, que surgió a través de la solicitud de arbitraje de la demandante, al amparo del TBI Rusia-Reino Unido, *no* le confería competencia a los árbitros para determinar si Rusia había tomado medidas de expropiación en contra de la demandante.

²⁰⁸ *Gas Natural* Decisión sobre Jurisdicción, párr. 49.

²⁰⁹ *Plama c. Bulgaria*, Decisión sobre Jurisdicción, párr. 223.

²¹⁰ *Íd.* párr. 218. Ver también *Berschader c. la Federación Rusa*, Laudo, párr. 181.

suficientes para concluir que actualmente *los arreglos relativos a la solución de controversias están inseparablemente vinculados con la protección de inversionistas extranjeros*, como también se vinculan con el resguardo de los derechos de los comerciantes en los tratados de comercio”.²¹¹

- “Desde el punto de vista de la promoción y protección de las inversiones, que son los objetivos declarados del TBI Argentina-España y el TBI Argentina-Reino Unido, *la solución de controversias es tan importante como otras materias reguladas por esos TBI y forma una parte integrante del régimen de protección de las inversiones que han convenido los Estados soberanos de que se trata*”.²¹²
- “[E]l Tribunal considera que la cuestión fundamental consiste en establecer si las disposiciones sobre solución de controversias de los tratados bilaterales sobre inversiones forman parte del conjunto de mecanismos de protección concedidos a los inversores extranjeros por los Estados donde se efectúan las inversiones. A juicio del Tribunal, la historia, primero del Convenio del CIADI, que creó la institución del arbitraje entre inversores y Estados, y, ulteriormente, de la serie de tratados bilaterales de inversiones entre países desarrollados y en desarrollo (y en algunos casos entre países en desarrollo *inter se*), *muestra como un componente decisivo —de hecho, quizás el más decisivo— la institución de un sistema de arbitraje internacional independiente para resolver controversias entre los inversores y el Estado donde se efectúa la inversión. La creación del CIADI y la adopción de tratados bilaterales de inversiones ofreció a los inversores garantías de que las controversias que pudieran derivarse de sus inversiones no estarían expuestas a lo que se consideraba como peligro de demoras y presiones políticas a que pudiera dar lugar su resolución en tribunales nacionales*”²¹³.
- “*El acceso a mecanismos [especiales de solución] es parte de la protección otorgada en virtud del Tratado. Forma parte del trato a las inversiones extranjeras y a los inversores y de las ventajas que se obtienen a través de la CNMF*”²¹⁴.
- La cláusula de resolución de controversias del “Artículo X confiere un beneficio a los inversionistas y está destinado a proteger los intereses de éstos y los de un Estado parte en su calidad de Estado parte receptor frente a una controversia con un inversionista: *es un derecho de protección que se añade a las garantías contra las medidas arbitrarias y discriminatorias, la expropiación, etc.*”²¹⁵

176. Los tribunales mencionados *supra* no comparten la preocupación manifestada por la Demandada, y por algunos otros tribunales, de que este enfoque desestime el requisito fundamental del consentimiento a la jurisdicción del Estado parte. En tal sentido, el tribunal del caso *Telenor*

²¹¹ *Maffezini c. España*, Decisión sobre Jurisdicción, párr. 54 (énfasis agregado).

²¹² *Suez InterAguas c. Argentina*, Decisión sobre Jurisdicción, párr. 57 (énfasis agregado).

²¹³ *Gas Natural c. Argentina*, Decisión sobre Jurisdicción, párr. 29 (énfasis agregado).

²¹⁴ *Siemens v. Argentina*, Decisión sobre Jurisdicción, párr. 102 (énfasis agregado).

²¹⁵ *Hochtief c. Argentina*, Decisión sobre Jurisdicción, párr. 68 (énfasis agregado).

manifestó: “Lo que debe aplicarse no es un principio abstracto de protección de las inversiones a favor de un posible inversor que no es parte de un TBI y al que incluso se desconoce en el momento de la celebración del TB, sino la intención de los Estados, que son las Partes contratantes”²¹⁶. (Traducción del Tribunal). Puesto que el consentimiento es un requisito esencial para la jurisdicción sobre un Estado, y las condiciones del consentimiento a arbitraje se negocian específicamente para cada TBI, estos tribunales no estaban dispuestos a asumir, de no existir una disposición incluida expresamente por los Estados Parte en tal sentido, que los requisitos jurisdiccionales de un TBI pueden ser tomados prestados para su aplicación por parte de un inversor de un tercer Estado.

177. La posición adoptada por cada tribunal bien puede verse influenciada en cierta medida por los hechos que sean sometidos a su consideración. A los tribunales que consideraron si la protección de la cláusula de NMF podía extenderse a los requisitos de admisibilidad no se les planteó si se podía extender el alcance de la protección de NMF a disposiciones que permitirían modificar el foro del arbitraje o el alcance de las materias que se pueden someter a arbitraje. Por el contrario, los tribunales que debieron considerar esta última cuestión no debieron determinar si la protección de NMF se extendía a los requisitos de admisibilidad.
178. En *Plama*, por ejemplo, si bien el tribunal determinó que la cláusula de NMF no se podía utilizarse para sustituir el mecanismo de resolución de controversias establecido en el TBI para permitir el arbitraje ante el CIADI, se mostró inclinado a concordar con el tribunal del caso *Maffezini*:

La decisión del caso *Maffezini* quizá resulte comprensible. El caso se refería a un curioso requisito que exigía que durante los primeros 18 meses, la controversia se sometiera a los tribunales locales. Este Tribunal ve con beneplácito una intención de neutralizar una cláusula que tiene tan poco sentido práctico. No obstante ello, una circunstancia tan excepcional no puede ser considerada como un principio general al que deban ajustarse tribunales futuros en otros casos, en los que no se observa esa circunstancia excepcional²¹⁷. (Traducción del Tribunal).

El requisito de recurrir a los tribunales locales durante 18 meses del caso *Maffezini* que el tribunal del caso *Plama* describió como “curioso” ha probado no ser una “circunstancia excepcional”, tal como lo sugiriera el tribunal de *Plama*. Desde que se emitió la decisión sobre jurisdicción del caso *Plama*, varios tribunales han abordado la cuestión de la aplicación de las cláusulas de NMF a los requisitos de recurrir a los tribunales locales por el término de 18 meses²¹⁸. En todo caso, la decisión del caso *Plama* parecería sugerir la posición de que el tratamiento de un requisito puede variar según la naturaleza de ese requisito.

²¹⁶ *Telenor c. Hungría*, Laudo, párr. 95. Ver también *Wintershall c. Argentina*, Laudo, párr. 179, que cita con aprobación a los tribunales que no consideran “como suficiente el consentimiento del Estado receptor al arbitraje internacional cuando fuera un consentimiento meramente presunto.”

²¹⁷ *Plama c. Bulgaria*, Decisión sobre Jurisdicción, párr. 224.

²¹⁸ Ver, por ejemplo, *Gas Natural, National Grid, Suez Vivendi, Suez InterAguas, Impregilo, Hochtief, Abaclat*.

179. Por otra parte, el tribunal del caso *Maffezini* mismo se cuidó mucho de subrayar que su decisión se veía influenciada por los “límites derivados de consideraciones de política pública”²¹⁹. Entre dichos límites, el tribunal del caso *Maffezini* hizo referencia a las cláusulas de los TBI que disponen un foro específico para el arbitraje, tal como el CIADI, y que disponen un sistema de arbitraje altamente institucionalizado con reglas de procedimiento precisas²²⁰. En la opinión del tribunal del caso *Maffezini*, disposiciones como ésta no pueden ser reemplazadas ni dejadas de lado.
180. Sin lugar a duda, varios tribunales han criticado los límites derivados de consideraciones de política pública del caso *Maffezini*. El tribunal del caso *Plama* señaló que *Maffezini* no había especificado el origen o la fundamentación de estas consideraciones de “política pública”²²¹. Los tribunales de los casos *Salini* y *Wintershall* afirmaron que los límites identificados por el tribunal del caso *Maffezini* no resultaban suficientes para evitar el riesgo de *treaty shopping*, es decir, de buscar el tratado más favorable aplicable²²². No obstante ello, varios tribunales han aplicado directamente los cuatro límites impuestos por *Maffezini* o han utilizado ese análisis como punto de partida para plantearse qué consideraciones de política pública inspiraron a los Estados parte al formular las cláusulas de NMF. Por ejemplo, en los casos *Plama* y *Berschader*, a los tribunales les resultó relevante que el TBI se hubiera celebrado mientras que los Estados demandados aún eran gobiernos comunistas, que se inclinaban por cláusulas de resolución de diferencias acotadas y una limitada protección para los inversores²²³.
181. A la luz de este análisis, el Tribunal está consciente de la preocupación manifestada por numerosos tribunales de que el alcance de la cláusula de NMF no puede extenderse más allá de los límites apropiados. El Tribunal también reconoce que la naturaleza de las cláusulas de resolución de controversias que las Demandantes intentan sustituir mediante la cláusula de NMF del Artículo IV(2) es relevante a los fines de esta resolución.
182. En tal sentido, al Tribunal le resulta significativo que las Demandantes no hayan solicitado al Tribunal que aplique la cláusula de NMF para sustituir las disposiciones del Tratado respecto del foro o las normas del arbitraje. Las Demandantes tampoco han solicitado al Tribunal que aplique la cláusula de NMF a fin de ampliar el alcance de las cuestiones legales que se pueden resolver por vía de arbitraje. Por el contrario, han alegado que los requisitos procesales del Artículo X, a saber, los requisitos de negociar y de recurrir a los tribunales locales se pueden dejar sin efecto para aplicar una cláusula de resolución de controversias con menos exigencias procesales como la establecida en el TBI Australia-Argentina.

²¹⁹ *Maffezini c. España*, Decisión sobre Jurisdicción, párr. 56.

²²⁰ *Id.*, párr. 63.

²²¹ *Plama c. Bulgaria*, Decisión sobre Jurisdicción, párr. 221.

²²² *Salini c. Jordania*, Decisión sobre Jurisdicción, párr. 115; *Wintershall c. Argentina*, Laudo, párr. 182.

²²³ *Plama c. Bulgaria*, Decisión sobre Jurisdicción, párr. 195-97; *Berschader c. la Federación Rusa*, Laudo, párrafos 200, 203.

(b) Las Cláusulas de Resolución de Controversias del TBI Estados Unidos- Argentina y del TBI Australia-Argentina

183. Por último, la Demandada ha protestado porque las Demandantes invocaron el TBI Estados Unidos Argentina y el TBI Australia -Argentina basándose en dos fundamentos. En primer lugar, la Demandada afirma que las Demandantes no pueden beneficiarse de las disposiciones de resolución de controversias del TBI Estados Unidos-Argentina porque no existe ningún beneficio a obtener del mismo; las disposiciones de elección de foro del TBI Estados Unidos-Argentina (que disponen que debe elegirse entre un recurso local o un recurso de arbitraje) no son mejores, sino que simplemente constituyen un régimen distinto de resolución de controversias²²⁴. En segundo lugar, la Demandada alega que no puede permitírseles a las Demandantes invocar el TBI Australia-Argentina porque el mismo se invocó en forma extemporánea, y que la modificación del mecanismo de resolución de controversias “afectaría seriamente” a su derecho a defender sus intereses.
184. Respecto de la primera cuestión, está claro que el TBI Estados Unidos-Argentina (y el TBI Australia-Argentina) ofrecen ventajas que el Tratado no ofrece, ya que permiten acceder a arbitraje sujeto a menos requisitos procesales. Asimismo, las Demandantes no han efectuado una elección que agote la cláusula de selección de foro establecida en el TBI Estados Unidos-Argentina. El Artículo X(3)(a) del Tratado se cumple cuando la Demandada o el inversor plantean la cuestión ante los tribunales locales. En este caso, fue la Demandada quien inició un juicio contra Interinvest ante los tribunales locales respecto de la expropiación de las Aerolíneas Argentinas. Por ello, está claro que las Demandantes no han elegido la vía de los tribunales locales de modo tal que les impida acceder a arbitraje.
185. En cuanto a la segunda cuestión, el Tribunal observa que la Demandada no ha señalado ningún daño real o percibido, ni existen indicios de que el cambio de las Demandantes de invocar el TBI Estados Unidos-Argentina a invocar el TBI Australia-Argentina BIT pudiera tener algún efecto sobre la argumentación de la Demandada. Por todo lo expuesto, el Tribunal rechaza este argumento.

²²⁴ Las disposiciones relevantes del Artículo VII del TBI Estados Unidos.-Argentina relativas a solución de controversias disponen lo siguiente: Artículo VII (2): “En caso de surgir una controversia, las partes en la controversia procurarán primero solucionarla mediante consultas y negociaciones. Si la controversia no pudiera ser solucionada en forma amigable, la sociedad o el nacional involucrados podrán elegir someter la controversia para su solución: (a) a los tribunales judiciales o administrativos de la Parte que sea parte en la controversia; o (b) a los procedimientos de solución de controversias aplicables, previamente acordados; o (c) A lo dispuesto en el párrafo 3 de este Artículo”. El Artículo VII (3) dispone: “En el caso en que el nacional o sociedad no hubiera sometido la solución de la controversia a lo previsto por el párrafo 2 (a) o (b)... la sociedad o el nacional involucrados podrá expresar por escrito su voluntad de someter la controversia al arbitraje obligatorio” al CIADI, al Mecanismo Complementario del CIADI, de conformidad con las Reglas de la CNUDMI o ante cualquier otra institución de arbitraje acordada entre las partes. Nótese que el argumento de la Demandada podría extenderse al TBI Australia-Argentina BIT invocado por las Demandantes. El Artículo 13 del TBI Australia-Argentina dispone que: “Toda controversia que surja entre una Parte Contratante y un inversor de la otra Parte Contratante relativa a una inversión será resuelta, en la medida de lo posible, en forma amistosa. Si la controversia no hubiera podido ser así solucionada, podrá ser sometida, a pedido del inversor: (a) al tribunal competente de la Parte Contratante que admitió la inversión; o (b) a arbitraje internacional”, incluido ante el CIADI, de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI o ante otra institución de arbitraje acordada entre las partes.

186. Para concluir, el Tribunal entiende que las Demandantes pueden invocar la cláusula de NMF del Artículo IV(2) del Tratado para acceder a las disposiciones de resolución de controversias establecidas en el Artículo 13 del TBI Australia-Argentina. La fórmula “todas las materias” utilizada en la cláusula de NMF del Artículo IV(2) es concluyentemente inclusiva. Asimismo, al aplicar las cláusulas de resolución de controversias establecidas en el Artículo 13 del TBI Australia-Argentina no se modifica el alcance, el foro ni las normas aplicables al presente arbitraje. Las Demandantes han satisfecho los requisitos del Artículo 13 del TBI Australia-Argentina, que dispone que toda controversia “será resuelta, en la medida de lo posible, en forma amistosa”, y que permite al inversor someter la controversia a arbitraje internacional cuando no pudiera ser resuelta por esa vía²²⁵. Claramente, las Demandantes han cumplido con esta disposición.

c. Segunda Excepción a la Jurisdicción: Legitimación de las Demandantes

i. La Inversión de las Demandantes en Interinvest y en las Aerolíneas Argentinas

1. Posición de la Demandada

187. La Demandada aduce que las reclamaciones de las Demandantes, que se basan en la supuesta violación de los derechos de Interinvest en las Aerolíneas Argentinas, son derivados y de naturaleza indirecta. Por tanto, según la Demandada, las Demandantes carecen de legitimación para plantear esta reclamación. Por un lado, las Demandantes invocan derechos que corresponden a terceros (a saber, Interinvest y las Aerolíneas Argentinas) que no son partes del presente arbitraje²²⁶. Por otro lado, las Demandantes poseen sólo una participación indirecta en dichas empresas, a través de la empresa española intermediaria Air Comet S.A.²²⁷.

188. Según la Demandada, las Demandantes plantean dos reclamaciones indirectas. La primera de estas reclamaciones se refiere a los derechos de Interinvest S.A. La Demandada afirma que Interinvest, una empresa argentina que no se encuentra protegida por el Tratado, es la legitimada para reclamar por la alegada expropiación de las acciones de las Aerolíneas Argentinas²²⁸. La segunda de estas reclamaciones se refiere a los derechos de ARSA y AUSA. En este caso, la Demandada plantea que las Demandantes también invocan un conjunto de derechos que no poseen²²⁹. Las únicas entidades que se encuentran legitimadas para reclamar por la adopción de medidas regulatorias de transporte aéreo son ARSA y AUSA, es decir, las Partes cuyos bienes se vieron afectados por las medidas²³⁰.

189. La Demandada aduce que no adoptó ninguna medida en detrimento de la propia inversión de las Demandantes.. Ninguna de sus acciones en Air Comet fueron expropiadas, así como tampoco ninguno de los derechos que emanan de tales acciones fueron menoscabos o limitados en su

²²⁵ Australia-Argentina BIT, art. 13, Anexo C-394.

²²⁶ Réplica, párrafo 222.

²²⁷ Réplica, párrafo 223.

²²⁸ Memorial sobre Jurisdicción, párrafo 108.

²²⁹ Memorial sobre Jurisdicción, párrafo 114.

²³⁰ Memorial sobre Jurisdicción, párrafo 116.

ejercicio²³¹. Existe una distinción entre los derechos de las sociedades y los de sus accionistas²³², y sería injusto compensar a una persona física o jurídica a quien no corresponde²³³.

190. Según la Demandada, la reclamación indirecta de las Demandantes es inadmisibile conforme al Tratado, que no otorga protección a los accionistas indirectos²³⁴. La Demandada señala que en tanto que algunos tratados hacen referencia al control de activos “directo o indirecto” o disponen la protección de los derechos y participaciones de los inversores, el Tratado no contempla la posibilidad de una reclamación indirecta²³⁵. Asimismo, al definir “Inversión”, el Tratado incluye bienes y derechos adquiridos por los inversores extranjeros²³⁶. No coloca bajo su protección a los meros *intereses* que pueda tener un accionista sobre las sociedades en las que participa indirectamente²³⁷.
191. Por otra parte, la Demandada afirma que la reclamación indirecta de las Demandantes es inadmisibile a la luz del derecho internacional general²³⁸. Es un principio general de derecho que los accionistas de una sociedad no pueden reclamar por supuestas violaciones de derechos conferidos a la sociedad de la que forman parte²³⁹. La jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia ha sostenido consistentemente que, bajo el derecho internacional, los accionistas no tienen derecho a reclamar por los derechos de las compañías en las cuales tienen participación²⁴⁰. En otras palabras, las reclamaciones derivadas no están permitidas. La Demandada señala que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha rechazado la procedencia de las acciones indirectas²⁴¹. En el derecho internacional, las reclamaciones indirectas o derivadas sólo se pueden admitir cuando un tratado contempla expresamente las acciones indirectas o derivadas²⁴².
192. La Demandada aduce también que el Convenio del CIADI no permite las reclamaciones indirectas o derivadas. El Artículo 25 del Convenio CIADI establece criterios objetivos para determinar si una controversia recae bajo la jurisdicción del Centro²⁴³. Al momento de redactar el Convenio CIADI, los redactores contemplaron la posibilidad de permitir a los accionistas controlantes de las sociedades locales entablar acciones por los derechos de las sociedades locales en las que poseían participación accionaria²⁴⁴. No obstante, los redactores finalmente rechazaron esta posibilidad y redactaron el Artículo 25(2)(b), que contempla la posibilidad de que una sociedad local, controlada por un propietario extranjero, tenga el derecho de demandar a su propio Estado cuando las partes hayan acordado que la sociedad local sea tratada como nacional del Estado receptor debido a su control extranjero²⁴⁵.

²³¹ Memorial sobre Jurisdicción, párrafos 102, 115.

²³² Memorial sobre Jurisdicción, párrafo 123.

²³³ Memorial sobre Jurisdicción, párrafo 126.

²³⁴ Réplica, párrafo 172.

²³⁵ Memorial sobre Jurisdicción, párrafo 153.

²³⁶ Memorial sobre Jurisdicción, párrafo 159.

²³⁷ Memorial sobre Jurisdicción, párrafo 160.

²³⁸ Memorial sobre Jurisdicción, párrafo 128.

²³⁹ Memorial sobre Jurisdicción, párrafo 130.

²⁴⁰ Réplica, párrafo 175.

²⁴¹ Memorial sobre Jurisdicción, párrafo 136.

²⁴² Memorial sobre Jurisdicción, párrafo 141.

²⁴³ Memorial sobre Jurisdicción, párrafo 165.

²⁴⁴ Memorial sobre Jurisdicción, párrafo 167.

²⁴⁵ Memorial sobre Jurisdicción, párrafo 168.

193. La Demandada aduce también que no surge ningún principio de *jurisprudence constante* del Convenio del CIADI, del derecho internacional de las inversiones, ni del derecho internacional tanto convencional como general²⁴⁶. La jurisprudencia citada favorablemente por las Demandantes en las que se permitió una reclamación indirecta conforme a un TBI resulta inaplicable a la presente controversia²⁴⁷.
194. La Demandada aduce también que la reclamación indirecta de las Demandantes resulta inadmisibles conforme al derecho argentino. La ley argentina no permite la presentación de reclamaciones indirectas, y la sociedad es el único ente facultado para defender sus propios intereses²⁴⁸. Señala asimismo la Demandada que el derecho general internacional y el Tratado le exigen al Tribunal referirse al derecho interno del Estado en el cual posee la participación accionaria a fin de que determine los derechos que podrá invocar un accionista en el derecho internacional²⁴⁹. Se ha reconocido que el derecho local es relevante a los efectos de determinar la jurisdicción del CIADI²⁵⁰.
195. La Demandada también plantea algunas cuestiones de orden público respecto de la legitimación de las Demandantes. En tal sentido, afirma que las Demandantes han ignorado la serie de relaciones existentes entre las sociedades que forman parte de la cadena societaria que conecta a Teinver S.A. con las Aerolíneas Argentinas, así como también las relaciones entre dichas empresas y sus propios acreedores²⁵¹. Si el Tribunal debiera ordenarle a la Demandada que pagara una indemnización a las Demandantes, las Demandantes percibirían un pago que debería haber correspondido en primer término a los acreedores de las Aerolíneas Argentinas y las restantes sociedades intermediarias. Las Demandantes, como el último eslabón de esta cadena de acreedores y accionistas, se enriquecerían ilícitamente²⁵².
196. Por último, la Demandada afirma que el riesgo de doble o múltiple reclamación es real, dado que nada le impide a Interinvest S.A. presentar una reclamación ante los tribunales locales de Argentina simultáneamente con el presente arbitraje²⁵³. Una reclamación múltiple podría generar potencialmente una situación de doble recupero²⁵⁴. Asimismo, permitirles a las Demandantes presentar esta reclamación indirecta implicaría erróneamente que los accionistas tienen un derecho a la intangibilidad del valor de sus tenencias accionarias, cuando, de hecho, el valor de las tenencias accionarias varía según las fluctuaciones de los activos de la sociedad²⁵⁵.
197. Por último, la Demandada señala que sólo Teinver S.A. posee acciones en Air Comet en la actualidad. Entre octubre de 2007 y diciembre de 2009, tanto Transportes de Cercanías como Autobuses Urbanos transfirieron todas sus acciones en Air Comet a Teinver. Por tanto,

²⁴⁶ Réplica, párrafo 195.

²⁴⁷ Réplica, párrafo 204.

²⁴⁸ Memorial sobre Jurisdicción, párrafo 182.

²⁴⁹ Réplica, párrafo 238.

²⁵⁰ Réplica, párrafo 240.

²⁵¹ Memorial sobre Jurisdicción, párrafos 196-98.

²⁵² Memorial sobre Jurisdicción, párrafo 205.

²⁵³ Memorial sobre Jurisdicción, párrafo 209.

²⁵⁴ Memorial sobre Jurisdicción, párrafo 211.

²⁵⁵ Memorial sobre Jurisdicción, párrafo 212.

Transportes de Cercanías y Autobuses Urbanos no tienen participaciones ni directas ni indirectas en las sociedades argentinas²⁵⁶.

2. Posición de las Demandantes

198. Las Demandantes afirman que no reclaman derechos de Interinvest y/o de las Aerolíneas Argentinas. Por el contrario, reclaman en nombre propio y por derecho propio, sobre la base de los derechos que les corresponden conforme al Tratado y el Convenio del CIADI²⁵⁷. Las Demandantes reiteran que sus propias reclamaciones se fundan en los siguientes actos realizados por la Demandada: 1) la expropiación formal de la inversión de las Demandantes en las Aerolíneas Argentinas sin pagar indemnización; 2) la expropiación progresiva de sus inversiones en las Aerolíneas Argentinas; 3) la omisión de acordar tratamiento justo y equitativo a la inversión de las Demandantes en Interinvest y las Aerolíneas Argentinas; 4) la afectación, por medio de medidas injustificadas y discriminatorias, de la gestión, el mantenimiento, la utilización, el disfrute, la extensión, la venta o la liquidación de las inversiones de las Demandantes en Interinvest y las Aerolíneas Argentinas; 5) la omisión de garantizar a las inversiones de las Demandantes en Interinvest y las Aerolíneas Argentinas la protección exigida; y 6) la violación obligaciones específicas que había contraído respecto de la inversión de las Demandantes en Interinvest y las Aerolíneas Argentinas²⁵⁸.
199. Las Demandantes alegan que estas reclamaciones surgen directamente de los derechos que les confiere el Tratado, a saber, la protección debida por la Demandada directamente a las Demandantes en calidad de inversores españoles en Argentina. Por consiguiente, las Demandantes no invocan derechos contractuales de las sociedades argentinas en cuestión. Las Demandantes tienen derecho a plantear que la Demandada violó el Tratado a través de su conducta, independientemente de que dicha conducta constituya también una violación de los derechos de Interinvest o de las Aerolíneas Argentinas bajo el derecho local²⁵⁹.
200. Las Demandantes afirman que las reclamaciones de los accionistas directos e indirectos por las medidas que impactan sus participaciones resultan admisibles con arreglo al Tratado y al Convenio del CIADI, y también encuentran fundamento en el derecho internacional. En primer lugar, las Demandantes aducen que los tribunales del CIADI han sido unánimes en admitir las reclamaciones de los accionistas por los daños provocados a sus tenencias accionarias. A pesar de que la Demandada alegue que un accionista no puede recibir una indemnización por perjuicios causados a sus “acciones y otras formas de participación” en sociedades constituidas en el Estado receptor, prácticamente todos los tribunales del CIADI que resolvieron sobre excepciones similares las rechazaron de manera unánime²⁶⁰. Asimismo, los tribunales del CIADI han reconocido que un accionista *indirecto* podía reclamar por daños “sufridos por una sociedad en la que tiene acciones”, aunque el TBI aplicable no contenía la fórmula “directo o indirecto”²⁶¹.

²⁵⁶ Réplica, párrafo 154.

²⁵⁷ Memorial de Contestación, párrafo 220.

²⁵⁸ Memorial de Contestación, párrafo 221.

²⁵⁹ Memorial de Contestación, párrafo 225, Dúplica, párrafo 246.

²⁶⁰ Memorial de Contestación, párrafo 226.

²⁶¹ Memorial de Contestación, párrafo 246; Dúplica, párrafo 229 (citando *Siemens c. Argentina*, Decisión sobre Jurisdicción, párr. 137).

201. En segundo lugar, las Demandantes alegan que las reclamaciones de accionistas indirectos resultan admisibles según la redacción del Tratado. Si bien el Tratado no contiene la fórmula “directo o indirecto”, el Artículo I(2) del Tratado dispone que “todo tipo de haberes, tales como bienes y derechos de toda naturaleza [entre ellos] acciones y otras formas de participación en sociedades” constituyen inversiones protegidas. Conforme a esta fórmula inclusiva, los accionistas indirectos tienen permitido formular reclamaciones por medidas que afecten a sus “acciones y otras formas de participación en sociedades”²⁶². Es ésta también la conclusión a la que llegaron otros tribunales del CIADI al interpretar el Artículo I(2) del Tratado²⁶³. Por último, el objeto y fin del Tratado es generar condiciones favorables y promover el flujo de capitales e inversiones entre los inversores de las Partes Contratantes. La titularidad directa e indirecta de inversiones también apunta a este objetivo²⁶⁴.
202. En tercer lugar, las Demandantes alegan que el derecho internacional no respalda la posición de la Demandada, y que Argentina cita erróneamente la jurisprudencia de la CIJ. Según las Demandantes, la cuestión planteada en esos casos no era si los accionistas tenían una acción conforme a derecho internacional sino si, conforme al derecho internacional consuetudinario, un Estado podía ejercer la protección diplomática sobre sus nacionales, que eran accionistas con inversiones afectadas por un tercer Estado²⁶⁵. El derecho de un Estado en particular a ejercer la protección diplomática a favor de sus nacionales (incluso si son accionistas de sociedades extranjeras) no tiene relevancia a los efectos de determinar si un inversor tiene legitimación al amparo de un TBI para reclamar por medidas que afectaron a su tenencia accionaria en sociedades locales.²⁶⁶
203. En cuarto lugar, en la opinión de las Demandantes, la Demandada malinterpreta el Artículo 25(2) (b) del Convenio del CIADI. El Artículo 25(2)(b) no resulta aplicable a la controversia que aquí nos ocupa, ya que el Tratado no hace referencia al consentimiento de las Partes para tratar a una sociedad constituida en el Estado receptor y controlada por un inversor extranjero como inversor extranjero a los efectos del Tratado. Las Demandantes no han siquiera intentado invocar el Artículo 25(2) (b) como fundamento de la jurisdicción²⁶⁷. Además, Argentina malinterpreta los antecedentes de la negociación de esta disposición. La cuestión que debieron resolver los redactores del Convenio radicaba en permitir o no que las sociedades locales tuvieran acceso al Convenio del CIADI en ciertas situaciones, como por ejemplo cuando pertenecen a nacionales extranjeros²⁶⁸.
204. En quinto lugar, las Demandantes afirman que el derecho societario argentino resulta irrelevante a los fines de determinar si las Demandantes tienen *jus standi* conforme al Tratado y al derecho internacional. Las reclamaciones de las Demandantes son reclamaciones formuladas al amparo del Tratado, y no representan el ejercicio de derechos al amparo del derecho local argentino²⁶⁹.

²⁶² Memorial de Contestación, párrafo 234.

²⁶³ Memorial de Contestación, párrafo 235 (citando *Gas Natural c. Argentina*, Decisión sobre Jurisdicción, párr. 34).

²⁶⁴ Memorial de Contestación, párrafo 237.

²⁶⁵ Memorial de Contestación, párrafos 248-50.

²⁶⁶ Memorial de Contestación, párrafo 252.

²⁶⁷ Memorial de Contestación, párrafo 259.

²⁶⁸ Dúplica, párrafo 282.

²⁶⁹ Memorial de Contestación, párrafo 265.

205. En sexto lugar, las Demandantes afirman que las consideraciones de orden público de la Argentina resultan irrelevantes respecto del desenlace del presente arbitraje y, en todo caso, son confusas e infundadas. Las Demandantes afirman que ninguna de las excepciones de orden público de la Demandada encuentra ningún tipo de sustento en el Tratado, el Convenio del CIADI o el derecho internacional, incluida la jurisprudencia en materia de inversiones²⁷⁰. Las inquietudes de la Demandada respecto del tratamiento preferencial frente a terceros (incluidos los acreedores), de doble recupero o de doble pago corresponde al fondo de la diferencia y no a la etapa relativa a la jurisdicción²⁷¹.
206. Por último, las Demandantes afirman que Transportes de Cercanías y Autobuses Urbanos son partes legítimas en este arbitraje. Transportes de Cercanías y Autobuses Urbanos transfirieron sus acciones a Teinver el 10 de diciembre de 2009, pero la transferencia no afecta su legitimación en el presente arbitraje. Las fechas pertinentes a los efectos de determinar la jurisdicción del CIADI son las fechas de consentimiento y/o registro de la controversia²⁷². Transportes de Cercanías y Autobuses eran titulares indirectas de acciones de Interinvest y las Aerolíneas Argentinas tanto cuando se perfeccionó el consentimiento como cuando se presentó la Solicitud de Arbitraje²⁷³.

3. Análisis del Tribunal

207. Al afirmar que las Demandantes no tienen legitimación porque son tan sólo accionistas “indirectas” en Interinvest y en las Aerolíneas Argentinas, la Demandada plantea dos argumentos jurídicos²⁷⁴. El primero de ellos se refiere a si las Demandantes, en calidad de accionistas, pueden reclamar una indemnización por el daño sufrido *por las sociedades* en las que invirtieron las Demandantes (es decir, Interinvest y las Aerolíneas Argentinas), en contraposición al daño sufrido directamente por las Demandantes. A partir de ahora, denominaremos este argumento de la Demandada como argumento de la “reclamación derivada”. El segundo argumento jurídico se refiere a si las Demandantes deben ser accionistas directas, en el sentido de que deben ser titulares *directos* de las acciones en Interinvest, en lugar de a través de una subsidiaria intermediaria como Air Comet. Nos referiremos a este argumento como argumento del “inversor intermediario”.

(a) Argumento de la “Reclamación derivada” de la Demandada

i. Artículo I del Tratado

208. La Demandada alega que el Tratado no ofrece protección a los accionistas “derivados”. Si bien protege los derechos *directos* que surgen de las acciones, en la opinión de la Demandada, no protegen los “meros intereses” en las sociedades en las cuales tienen esa participación. La Demandada afirma que en tanto algunos tratados de inversión garantizan la protección de los

²⁷⁰ Memorial de Contestación, párrafo 269.

²⁷¹ Memorial de Contestación, párrafo 270.

²⁷² Dúplica, párrafo 300.

²⁷³ *Íd.*

²⁷⁴ Réplica, párrafos 222-23.

derechos e intereses de los inversores, el Tratado no contempla esta posibilidad. La Demandada compara la redacción del Artículo I(2) con la disposición análoga del TBI Estados Unidos-Argentina, que extiende la protección a las “sociedades, acciones, participaciones u *otros intereses en sociedades o intereses en sus activos*”²⁷⁵. La Demandada señala asimismo que el TBI Estados Unidos-Argentina, a diferencia del Tratado, protege las inversiones en tanto que “*directa o indirectamente sea[n] propiedad o esté[n] controlada[s]*”²⁷⁶.

209. Si bien le asiste razón a la Demandada al señalar que el Artículo I(2) del Tratado no incluye ni excluye expresamente las inversiones “indirectas” de su cobertura, la formulación amplia e inclusiva de esta disposición sugiere que el Tratado protege las participaciones “indirectas”. En efecto, en el Artículo I(2) se incluye la definición de las “inversiones” protegidas conforme al Tratado:

El término “inversiones” designa todo tipo de haberes, tales como bienes y derechos de toda naturaleza, adquiridos o efectuados de acuerdo con la legislación del país receptor de la inversión y en particular, aunque no exclusivamente, los siguientes:

- acciones y otras formas de participación en sociedades;
....

210. Esta definición es amplia e inclusiva. “Inversión” comprende “todo tipo de haberes”, “bienes y derechos de toda naturaleza”, y la lista de inversiones incluidas que se enumeran luego de la definición es de carácter enunciativo, y no taxativo. Otros tribunales del CIADI que han interpretado el Tratado han señalado la amplitud de esta definición. El tribunal del caso *Gas Natural* señaló que “si bien el Convenio del CIADI no define el término ‘inversiones’, el TBI claramente lo hace, en forma inclusiva”, y que la definición del Tratado “sigue la práctica casi universal de los TBIs de definir el objeto del Tratado con la mayor generalidad posible”²⁷⁷.

211. Otros tribunales del CIADI que han analizado el tratado han concluido que la amplia formulación del Artículo I(2) del Tratado implícitamente autoriza las reclamaciones del tipo que promueven las Demandantes. En los arbitrajes *Suez Vivendi* y *Suez InterAguas*, Argentina planteó idéntico argumento, y afirmó que las demandantes accionistas no tenían legitimación para plantear la controversia porque planteaban simplemente un daño “derivado” basado en el daño causado a las sociedades en las cuales poseen acciones, en lugar de un daño directo sufrido por las demandantes. En estos casos, los tribunales rechazaron el argumento, y concluyeron que las demandantes tenían una “inversión” válida en los términos del Tratado:

“[H]abida cuenta del texto de estos TBIs, el Tribunal concluye que las acciones de Suez, así como las de AGBAR y las de InterAguas en APSF son “inversiones” en el marco de los TBI Argentina-Francia y TBI Argentina-España. Por lo mismo, estos accionistas gozan del tratamiento prometido por Argentina a las inversiones realizadas en su territorio por nacionales franceses y españoles. En consecuencia,

²⁷⁵ Memorial sobre Jurisdicción, párrafo 162.

²⁷⁶ Memorial sobre Jurisdicción, párrafo 152.

²⁷⁷ *Gas Natural c. Argentina*, Decisión sobre Jurisdicción, párrafos 33-34.

en virtud del Artículo 8 del tratado francés y el Artículo 10 del tratado español, estos accionistas Demandantes tienen derecho a recurrir al arbitraje del CIADI para hacer valer sus derechos derivados de los tratados. Ni el TBI Argentina-Francia ni el TBI Argentina-España ni el Convenio del CIADI limitan los derechos de los accionistas a incoar acciones por reclamaciones directas, en cuanto opuestos a las derivadas. Esta distinción, presente en el derecho societario de muchos países, no existe en ninguno de los tratados aplicables a este caso”.²⁷⁸

212. Cabe destacar que los tribunales del caso *Suez* concluyeron que el Tratado no *limitaba* los derechos de los accionistas de plantear reclamaciones “derivadas”. Los tribunales rechazaron expresamente la idea de que existiera una selección automática en el derecho internacional aplicable a las inversiones que restrinja qué tipo de derechos se pueden plantear. En tal sentido, los tribunales se han negado a regirse por el derecho societario interno. Siguiendo esta lógica, el hecho de que el Tratado no permita expresamente las acciones “derivadas” resulta irrelevante, porque el concepto mismo de reclamación “derivada” es ajeno al Tratado o al Convenio del CIADI.
213. El Tribunal del caso *Gas Natural* llegó a un resultado similar al de los tribunales del caso *Suez*, a pesar de aplicar un razonamiento ligeramente distinto. En el caso *Gas Natural*, Argentina también argumentó que la demandante, una accionista en una sociedad argentina a la que se le habían otorgado concesiones, carecía de legitimación para plantear su reclamación. El tribunal rechazó este argumento y concluyó que las participaciones de la demandante en la sociedad argentina constituían una inversión “válida” conforme al Tratado, y concluyó que la demandante tenía legitimación porque “una reclamación basada en el deterioro del valor de las acciones de propiedad de la Demandante como resultado de medidas adoptadas por el Gobierno del país receptor de la inversión da lugar a una controversia referente a inversiones en el sentido que da a ese término el Artículo X del TBI”²⁷⁹. El tribunal del caso *Gas Natural* admitió que una disminución en el valor de las acciones de la demandante constituía un daño conforme al Tratado. Al igual que a los tribunales del caso *Suez*, al tribunal del caso *Gas Natural* no le preocupó la posibilidad de que la reclamación fuera meramente “derivada” de un daño causado a una sociedad argentina²⁸⁰.
214. A la luz de la redacción del Artículo I(2), este Tribunal concluye que las Demandantes tienen legitimación con fundamento en sus inversiones en las Aerolíneas Argentinas. En sus argumentos subsiguientes, la Demandada cita jurisprudencia de la CIJ, el Convenio del CIADI y

²⁷⁸ *Suez InterAguas c. Argentina*, Decisión sobre Jurisdicción, párr. 49; *Ver también Suez Vivendi c. Argentina*, Decisión sobre Jurisdicción, párr. 49.

²⁷⁹ *Gas Natural v. Argentina*, Decisión sobre Jurisdicción, párrafos 34-35.

²⁸⁰ El tribunal del caso *Gas Natural* también manifestó que por lo general se entiende que los inversores extranjeros adquieren derechos conforme al Convenio del CIADI y el TBI aplicable al adquirir acciones en una sociedad local: “De hecho, el procedimiento estándar de realización de inversiones extranjeras directas, aplicado en presente caso y en la gran mayoría de las transferencias transnacionales de capital privado, consiste en que una sociedad se establezca conforme a la legislación del país que recibe la inversión, y que el inversor extranjero adquiera las acciones de esa sociedad, o de una sociedad existente establecida conforme a la legislación del país que recibe la inversión. El sistema del Convenio del CIADI y de los tratados bilaterales de inversión consiste en que, en las referidas circunstancias, el inversor extranjero adquiere derechos en el marco del Convenio y del tratado, incluyendo, en especial, la legitimación para promover un arbitraje internacional”. (*Íd.* párr. 34).

el derecho argentino, al afirmar que la condición de “derivada” resulta relevante a los fines de la interpretación del Tratado. No obstante ello, ninguno de los argumentos de la Demandada, que se analizan a continuación, afecta las conclusiones a las que el Tribunal ha llegado a la luz de las disposiciones del Artículo I(2).

ii. Jurisprudencia de la CIJ

215. La Demandada afirma que el derecho internacional general no contempla la posibilidad de reclamaciones indirectas de accionistas por el daño sufrido por las sociedades en las cuales poseen acciones. Específicamente, la Demandada cita el caso *Barcelona Traction (Bélgica c. España)*, en el cual la CIJ concluyó que Bélgica carecía de *jus standi* para ejercer la protección diplomática de los accionistas de nacionalidad belga frente a medidas adoptadas por las autoridades españolas que afectaban a una sociedad canadiense en la cual los nacionales belgas poseían acciones.
216. Las Demandantes alegan que el caso *Barcelona Traction* no es de aplicación en este caso, porque el fallo no se refiere a la legitimación directa de los accionistas, sino a la cuestión de si se han violado los derechos de un *estado* como resultado de la violación de los derechos de sus nacionales en calidad de accionistas. No obstante ello, al analizar si Bélgica estaba legitimada para plantear este caso, la Corte debió primero analizar el alcance de los derechos de los nacionales belgas en calidad de accionistas. Sobre esa cuestión, la Corte resolvió que “la responsabilidad no se genera simplemente cuando un interés se ve afectado, sino sólo cuando se viola un derecho, de modo tal que un acto dirigido contra los derechos de la sociedad y que viola sólo estos derechos no genera responsabilidad frente a los accionistas, aunque sus derechos se ven afectados”²⁸¹.
217. No obstante ello, el análisis realizado en *Barcelona Traction* en relación a los derechos de los accionistas resulta inaplicable a las circunstancias de este caso por dos motivos.
218. En primer lugar, la decisión de la Corte se tomó en ausencia del marco específico de un TBI. La Corte señaló que dichos tratados, que no se aplicaban a los accionistas belgas, podían otorgar a los accionistas “un derecho directo a defender los intereses contra los Estados”²⁸². Es ésta precisamente la posición de las Demandantes, quienes han planteado su reclamación conforme a un TBI que expresamente protege las inversiones realizadas por ella en bienes de cualquier tipo, incluidas acciones.
219. En segundo lugar, la Corte admitió que no existían normas referentes a la cuestión de los derechos de los accionistas en el derecho internacional. Ante la falta de antecedentes internacionales, la Corte expresamente aplicó el derecho interno para dilucidar el contenido de los derechos de los accionistas²⁸³. En el presente caso, no hay necesidad de recurrir al derecho interno, dado que los derechos alegados por las Demandantes tiene su origen en el tratado.

²⁸¹ *Barcelona Traction, Light and Power Co., Ltd. (Bélgica c. España)*, 1970 I.C.J. 3, párrafo 46 (Febrero de 1970).

²⁸² *Íd.* párr. 90.

²⁸³ *Íd.* párr. 50.

220. El análisis de la Corte en el caso de la *Barcelona Traction* se vio ratificado en su decisión de 2007 acerca de excepciones preliminares en el caso *Ahmadou Sadio Diallo (Guinea c. RDC)*, en el que la Corte determinó que los tratados de protección de inversiones extranjeras han adquirido primacía en el derecho internacional en las decisiones sobre los derechos de las sociedades y sus accionistas:

La Corte no puede dejar de señalar que, en el derecho internacional contemporáneo, la protección de los derechos de las sociedades y de sus accionistas y la resolución de las controversias relativas a tales derechos se rigen esencialmente por acuerdos bilaterales o multilaterales para la protección de la inversión extranjera, tales como los tratados para la promoción y protección de inversiones extranjeras y el Convenio de Washington del 18 de marzo de 1965 sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados mediante el cual se creó el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“CIADI”), además de los contratos entre Estados e inversores extranjeros. En ese contexto, el rol de la protección diplomática se ha desdibujado, ya que ha quedado relegada a aquellos casos poco frecuentes en los que no existe un régimen de un tratado o éste no ha funcionado satisfactoriamente²⁸⁴. (Traducción del Tribunal).

En el caso *Diallo*, por los motivos explicados en el caso *Barcelona Traction*, la Corte se vio obligada a aplicar el derecho interno de la RDC para determinar el alcance de los derechos del Sr. Diallo, ante la falta de un TBI aplicable al caso²⁸⁵.

221. Contrariamente a lo que afirma la Demandada, los casos *Barcelona Traction* y *Diallo* no solidifican ningún principio general de derecho internacional acerca de derechos de accionistas que deba aplicarse al caso que nos ocupa. En efecto, en los casos *Barcelona Traction* y *Diallo* la Corte se esforzó en distinguir estos casos de aquellas situaciones en las que se aplica el régimen de un tratado.

iii. El Convenio del CIADI

222. La Demandada alega que el Convenio del CIADI no otorga protección a las reclamaciones planteadas por accionistas. Específicamente, la Demandada afirma que los redactores del Convenio del CIADI consideraron la posibilidad de permitirles a los accionistas de las sociedades locales presentar reclamaciones, pero que esta idea fue finalmente descartada para adoptar la redacción actual del Artículo 25(2)(b).

²⁸⁴ *Case relativo a Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea c. República Democrática del Congo)*, 2007 I.C.J. 1 (24 de mayo), párrafo 88 (en adelante, “Caso de *Ahmadou Sadio Diallo*”).

²⁸⁵ *Id.*; Ver también caso *Ahmadou Sadio Diallo*, 2010 I.C.J. 1, párrafo 104. Las Demandadas también citan jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Memorial sobre Jurisdicción, párrafo 136, citando *Agrotexim et al c. Grecia*, 1995 Eur. Ct. H.R. 42, párrafos 64-66 (LA AR 47); *Tadeusz Olczak c. Polonia*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Decisión sobre Admisibilidad del 7 de noviembre de 2002, párrafo 59 (LA AR 54). No obstante ello, estos casos se refieren a la resolución de los derechos de un accionista en virtud de un instrumento específico —la Convención Europea de Derechos Humanos— que simplemente no resulta comparable a un tratado de inversión.

223. No obstante, no hay pruebas que indiquen que los redactores del Convenio del CIADI hayan rechazado la posibilidad de que los accionistas plantearan acciones “derivadas” al amparo del Convenio del CIADI. Los antecedentes a los que la Demandada hace referencia se refieren sólo a una cuestión muy específica que surgió durante las negociaciones del Convenio del CIADI respecto de la nacionalidad de las demandantes. Tal como explicó Christoph Schreuer en su renombrado *Commentary*, puesto que el objeto del Convenio del CIADI era regular las controversias entre un Estado y los nacionales de otro Estado y no las controversias entre un Estado y sus propios nacionales, los redactores entendieron que la realidad en la práctica podía resultar más complicada. Muchos Estados exigen a los inversores extranjeros realizar sus actividades a través de una sociedad local²⁸⁶. Si bien esta sociedad no podría plantear una reclamación por su nacionalidad, los redactores crearon el Artículo 25(2)(b) como una excepción al requisito de la nacionalidad para contemplar esta situación.
224. Por consiguiente, los redactores sólo “rechazaron” la sugerencia de reconocer legitimación a los accionistas de la sociedad en este contexto específico y limitado. Por otra parte, los redactores rechazaron esta posibilidad en este contexto específico y por consideraciones prácticas, y no por un principio general de que el Convenio del CIADI no debía contemplar la posibilidad de acciones “derivadas”: señalaron que esta solución “no sería factible en los casos en los que las participaciones se encuentran muy atomizadas y sus titulares no se encuentran bien organizados”²⁸⁷. (Traducción del Tribunal).
225. Por último, el Artículo 25(2)(b) simplemente no resulta relevante a los fines de este procedimiento. Las Demandantes son nacionales de otro Estado, no una sociedad argentina. Asimismo, a los fines de la aplicación del Artículo 25(2)(b), los Estados Parte del TBI deben acordar tratar a las sociedades constituidas en su territorio de esta manera. España y Argentina no plasmaron un acuerdo en tal sentido, ni en el Tratado ni en ningún otra parte.

iv. Derecho Argentino

226. La Demandada ha alegado que en el derecho argentino un accionista no puede plantear una acción “derivada” fundada en el daño sufrido por la sociedad en la cual posee acciones. No obstante, la Demandada no ha demostrado la relevancia del derecho societario argentino a los fines de la cuestión de jurisdicción.
227. La Demandada alega que “se ha reconocido que el derecho local es relevante a los efectos de determinar la jurisdicción del CIADI”²⁸⁸. Sin duda, la Demandada tiene razón al afirmar que el derecho local puede resultar “relevante” a los fines de la jurisdicción. No obstante ello, los casos citados por la Demandada se refieren a casos en los cuales los tribunales aplicaron el derecho interno para determinar *cuestiones de hecho* relativas a la jurisdicción²⁸⁹. En ninguno de estos

²⁸⁶ Ver Christoph Schreuer, *The Icsid Convention: A Commentary* (2nd Ed.), AR LA-63 at 296.

²⁸⁷ *Íd.* at 297.

²⁸⁸ Réplica, párrafo 240.

²⁸⁹ Ver, por ejemplo, *Inceysa Vallisoletana S.L. c. República de El Salvador* (Caso CIADI No. ARB/03/26), Laudo del 2 de agosto de 2006, párrafos 149, 157 (en adelante, “*Inceysa c. El Salvador*”) (respecto de la aplicación del derecho interno para determinar si una inversión fue ilegal o fraudulenta), LA AR 77; *Camuzzi International S.A. c. la República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/03/2), Decisión sobre Jurisdicción del 11 de mayo de 2005, párrafo 57 (en adelante, “*Camuzzi c. Argentina*”), Anexo C-402 (“Aun cuando determinados aspectos relativos al contenido

casos se aplicó el derecho interno para *definir* los requisitos básicos de la jurisdicción. Por el contrario, un tribunal puede aplicar el derecho interno para determinar si una demandante ha cumplido efectivamente los requisitos legales que determinan la jurisdicción del CIADI establecidos en el TBI aplicable y en el Convenio del CIADI.

228. La Demandada misma ha reconocido que los requisitos jurisdiccionales de esta controversia se encuentran plasmados en el Convenio del CIADI y en el TBI aplicable. En su Memorial sobre Jurisdicción, planteó que: “La cuestión de la jurisdicción de este Tribunal consiste entonces en determinar cómo un inversor extranjero adquiere *ius standi*. La respuesta a dicha pregunta se encuentra en el TBI Argentina-España y en el Convenio CIADI”²⁹⁰. Asimismo, la jurisprudencia en arbitrajes de inversiones sobre esta cuestión es clara y uniforme²⁹¹. En el caso *BG Group plc c. Argentina*, por ejemplo, el tribunal rechazó el mismo argumento planteado aquí por la Demandada. En las palabras del tribunal:

La invocación de principios de derecho societario interno por parte de Argentina debe ser rechazada. El reclamo de BG se formula conforme al TBI Argentina-Reino Unido. BG es un “inversor” que ha realizado una “inversión” en Argentina en los términos del Artículo 1(a)(ii) del tratado. No se ha controvertido que las acciones de BG [en las sociedades locales] constituyen “bienes” en el sentido del laudo conforme al derecho argentino. *El significado del TBI no debe determinarse por analogía con normas de derecho privado, sino de los términos del tratado mismo y a la luz del propósito que persigue*²⁹².

y alcance de los derechos correspondientes a los activos se rijan por la ley y reglamentaciones de la República Argentina, debe tenerse presente, como se ha indicado, que en materia de jurisdicción el derecho aplicable es el que emana del Convenio y del Tratado.”); Ver también *Gobierno de la Provincia de East Kalimantan c. PT Kaltim Prima Coal et al* (Caso CIADI No. ARB/07/3), Laudo, 28 de diciembre de 2009, párrafo 166 (LA AR 194) (“El análisis de la jurisprudencia del CIADI permite concluir que *los tribunales aplican el derecho interno, por ejemplo, a fin de determinar el cumplimiento del requisito de nacionalidad o la existencia de la inversión*. En otras palabras, según las circunstancias, algunos de los requisitos del Artículo 25 del CIADI en algunos casos se valoran a la luz del derecho interno”).(Énfasis agregado). (Traducción del Tribunal).

²⁹⁰ Memorial sobre Jurisdicción, párrafo 151.

²⁹¹ Ver, por ejemplo, *CMS v. Argentina*, Decisión sobre Jurisdicción, párr. 42 (“las disposiciones jurídicas aplicables son sólo las del Convenio y las del TPPI, pero no aquellas que emanan de la legislación nacional.”); *Azurix Corp. c. la República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/12), Decisión sobre Jurisdicción del 8 de diciembre de 2003, párrafo 50, Anexo C-490 (“La jurisdicción del Centro viene determinada por el Artículo 25 del Convenio y la competencia del Tribunal por los términos de los instrumentos que expresan el consentimiento de las partes al arbitraje del CIADI. Así pues, el Tribunal [en la etapa de jurisdicción] debe establecer si la solicitud de arbitraje de la Demandante cumple con los requisitos del Artículo 25 del Convenio y (...) del APPRI.”); *Siemens c. Argentina*, Decisión sobre Jurisdicción, párr. 31 (“Argentina en sus alegaciones no ha distinguido entre la ley aplicable al fondo del asunto y la ley aplicable para determinar la jurisdicción del Tribunal. Siendo éste un Tribunal del CIADI, su jurisdicción está regida por el Artículo 25 del Convenio del CIADI y las condiciones del instrumento donde se expresa el consentimiento de las partes al arbitraje del CIADI, a saber, el Artículo 10 del Tratado.”).

²⁹² *BG Group plc c. la República Argentina*, CNUDMI, Laudo Final del 24 de diciembre de 2007, párrafos 203-04, Anexo C-340. Cabe destacar que finalmente se denegó la ejecución del Laudo Final del Tribunal por distintos fundamentos en la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el Circuito del Distrito de Columbia. El Circuito del Distrito de Columbia decidió la apelación sobre la base de si se trataba de una cuestión arbitrable, y concluyó que ni BG ni Argentina habían sometido esta cuestión como parte del arbitraje y que el tribunal de BG no tenía competencia para abordar la cuestión de oficio. Ver *República Argentina c. BG Group plc*, D.C. Cir., No. 11-7021 (17 de enero de 2012).

(b) Argumento de “Inversor Intermediario” de la Demandada

229. Además de sus argumentos de “reclamación derivada”, la Demandada también alega que el Tratado no reconoce legitimación a un accionista “indirecto” que sólo posee acciones en la sociedad supuestamente afectada a través de un intermediario (en este caso, Air Comet)²⁹³. La Demandada sugiere que puesto que el Artículo I(2) no se refiere expresamente a las inversiones realizadas en forma “directa o indirecta”, las inversiones indirectas no gozan de protección.
230. Contrariamente a las afirmaciones de la Demandada, la fórmula amplia utilizada en el Artículo I(2) no sugiere en absoluto que las tenencias accionarias a través de subsidiarias se encuentren excluidas de la cobertura que ofrece el Artículo I(2). Una vez más, el Artículo I(2) extiende la definición de “inversiones” protegidas a “todo tipo de activos”, y “bienes y derechos de toda naturaleza”. Por este motivo, el Tribunal considera que las participaciones de las Demandantes en las Aerolíneas Argentinas constituyen “inversiones” en los términos del Artículo I(2).
231. Asimismo, la conclusión del Tribunal es consistente con laudos anteriores. En el caso *Siemens c. Argentina*, que se basó en un TBI con una fórmula muy similar a la utilizada en el Artículo I(2) del Tratado, el tribunal analizó minuciosamente la redacción de la cláusula del tratado aplicable, y su análisis resulta ilustrativo a los fines de la presente controversia. La demandante en el caso *Siemens* era un inversor alemán que poseía acciones en una sociedad intermediaria, que a su vez poseía las acciones en la sociedad local. El tribunal concluyó que la inversión de la demandante se encontraba protegida por el TBI, y se basó en el siguiente razonamiento:

El Tribunal ha realizado un análisis detallado de las referencias que se hacen en el Tratado con respecto a los términos “inversión” e “inversor”. El Tribunal observa que no hay ninguna referencia explícita a inversiones directas o indirectas como tales en el Tratado. La definición de “inversión” es muy general. Una inversión es cualquier clase de bien considerado así en virtud de la ley de la Parte Contratante donde la inversión haya sido hecha. Las categorías específicas de inversión incluidas en la definición son incluidas como ejemplos y no con el propósito de excluir aquellas no mencionadas. Los redactores tuvieron la precaución de utilizar las palabras “no exclusivamente” antes de referirse a las categorías de inversiones “particularmente” incluidas. Una de las categorías consiste en “acciones, derechos de participación en sociedades y otro tipo de participaciones en sociedades”. El sentido claro de esta disposición es que las acciones pertenecientes a un accionista alemán están protegidas por el Tratado. *El Tratado no dispone que no haya sociedades interpuestas entre la inversión y quien sea el propietario en última instancia de la sociedad.* Por tanto, una lectura literal del Tratado no apoya la alegación de que la definición de inversión excluya inversiones indirectas.²⁹⁴

232. Muchos otros tribunales del CIADI han determinado que las participaciones indirectas constituyen inversiones, incluso en casos en los que el TBI aplicable no se refiere expresamente a la naturaleza “directa o indirecta” de la inversión. Por ejemplo, los tribunales del caso

²⁹³ Réplica, párrafos 207-208.

²⁹⁴ *Siemens v. Argentina*, Decisión sobre Jurisdicción, párr. 137 (énfasis agregado).

*Kardassopoulos c. Georgia*²⁹⁵, *Cemex c. Venezuela*²⁹⁶, y *Mobil c. Venezuela*²⁹⁷ analizaron cuestiones similares y llegaron a conclusiones similares a las del caso *Siemens*.

(c) Argumentos de Orden Público de la Demandada

233. Además de los argumentos jurídicos respecto de la naturaleza “indirecta” de las participaciones de las Demandantes, la Demandada ha planteado una serie de argumentos de orden público contra la legitimación de las Demandantes en esta controversia. Según la Demandada, las Demandantes están alterando el orden de prelación de las reclamaciones de acreedores contra las Aerolíneas Argentinas e Interinvest, y resulta inapropiado ordenar el pago de una indemnización a un accionista en lugar de a la sociedad que efectivamente sufrió el daño. La Demandada también manifiesta su preocupación de que este arbitraje pueda incrementar el riesgo de que la Demandada deba pagar una doble indemnización, ya que Interinvest podría recurrir a los tribunales locales y obtener una indemnización que se sumaría a la indemnización obtenida por las Demandantes conforme al Tratado.
234. Las afirmaciones de la Demandada podrían resultar relevantes en el procedimiento sobre el fondo en este caso, pero la Demandada no ha logrado demostrar la relevancia de estas afirmaciones en la etapa de jurisdicción. Asimismo, la Demandada no ha logrado articular por qué estas cuestiones de orden público, aplicadas específicamente a los hechos del caso, podrían afectar la decisión sobre esta excepción a la jurisdicción. La Demandada no ha hecho ningún intento por demostrar la naturaleza particular de los hechos de este caso, ni cómo se diferencian estos hechos de la gran cantidad de casos del CIADI en los cuales se reconoció la legitimación de demandantes accionistas.
235. Finalmente, el Tribunal concluye que las Demandantes, en calidad de accionistas indirectos, tienen legitimación para reclamar indemnización por los daños sufridos por las sociedades en las que ellas invirtieron, es decir, Interinvest y las Aerolíneas Argentinas. El significado corriente del Artículo I(2) conlleva la protección de “todo tipo de activos”, incluidas las participaciones indirectas. Este Tribunal concluye asimismo que la legitimación de las Demandantes no se ve afectada por el hecho de que sus inversiones se hayan realizado a través de su subsidiaria, Air Comet.

ii. Otras Inversiones de las Demandantes

1. Posiciones de las Partes

236. Las Demandantes afirman que han hecho varias inversiones en los términos del Artículo I(2) del Tratado, y que estas inversiones en Argentina van más allá de la titularidad y el control de

²⁹⁵ *Ioannis Kardassopoulos c. Georgia*, (Caso CIADI No ARB/05/18), Decisión sobre Jurisdicción, 6 de julio de 2007, párrafos 123, Anexo C-486, párrafos 123-124 (con fundamento en *Siemens*).

²⁹⁶ *Cemex Caracas Investments B.V. y Cemex Caracas II Investments B.V. c. República Bolivariana de Venezuela*, (Caso CIADI No. ARB/08/15), Decisión sobre Jurisdicción del 30 de diciembre de 2010, párrafos 149-58, Anexo C-482.

²⁹⁷ *Mobil Corporation et al c. República Bolivariana de Venezuela*, (Caso CIADI No. ARB/07/27), Decisión sobre Jurisdicción del 10 de junio de 2010, párrafos 162-65, Anexo C-483.

“acciones y otras formas de participación en sociedades”²⁹⁸. Específicamente, las Demandantes afirman que también han hecho las siguientes inversiones con arreglo al Tratado: (a) importantes aportes de capital para ampliar y respaldar las operaciones de las Aerolíneas Argentinas, (b) concesiones para operar en el sector de transporte aéreo en Argentina, (c) inversión en gestión y en “know-how”, (d) derechos relativos a las aeronaves, motores, un simulador de vuelo, etc., y (e) bienes muebles e inmuebles²⁹⁹.

237. La Demandada niega que estas operaciones constituyan inversiones en los términos del Artículo I(2). Específicamente, la Demandada manifiesta que las Demandantes no han aportado pruebas suficientes de su aporte de capital, y que tal aporte no les conferiría derechos diferentes de los de un accionista³⁰⁰. La Demandada afirma que las Demandantes no poseen directamente concesiones para operar en el sector de transporte aéreo en Argentina y que no invirtieron en otros bienes y derechos que ya se encontraban bajo la posesión de las Aerolíneas Argentinas al momento de su inversión³⁰¹. Por último, la Demandada finalmente afirma que las Demandantes no han demostrado haber realizado efectivamente inversiones en aeronaves de las Aerolíneas Argentinas, o que las Aerolíneas Argentinas fueran las destinatarias de aeronaves pedidas por Astra, una subsidiaria irlandesa de las Demandantes, o que estas actividades constituyan “inversiones” en los términos del Tratado³⁰².

2. Análisis del Tribunal

238. El Tribunal no abordará las otras supuestas inversiones de las Demandantes en esta instancia. El Tribunal concluye que las inversiones indirectas de las Demandantes constituyen una “inversión” en los términos del Tratado, de modo tal que las Demandantes están legitimadas para plantear esta controversia. El Tribunal podrá considerar las demás inversiones que alegan las Demandantes en la etapa del fondo de este procedimiento.

iii. Acuerdo de Financiamiento entre las Demandantes y Terceros y cesión del beneficio neto del arbitraje

239. Durante la audiencia sobre jurisdicción, la Demandada planteó su preocupación de que el concurso preventivo reciente de las Demandantes y de Air Comet en España pudiera afectar la autorización de las Demandantes para plantear este caso³⁰³. En sus presentaciones realizadas con posterioridad a la audiencia, la Demandada también cuestionó dos acuerdos celebrados por las Demandantes con posterioridad al inicio del presente arbitraje. Uno de ellos, un Contrato de Cesión de Créditos celebrado entre Teinver, Transportes de Cercanías y Autobuses Urbanos en calidad de cedentes y Air Comet en calidad de cesionario (el “Contrato de Cesión”), del 18 de enero de 2010, se refería a la cesión hecha a favor de Air Comet del derecho a la suma que pudiera resultar de un eventual laudo en este arbitraje. El otro, un Acuerdo de Financiación

²⁹⁸ Dúplica, párrafos 199-202.

²⁹⁹ Memorial de Contestación, párrafos 217-219; carta del 16 de junio de 2011, párr. 3.

³⁰⁰ Réplica, párrafo 163.

³⁰¹ Réplica, párrafo 166.

³⁰² Réplica, párrafo 164.

³⁰³ Ver, por ejemplo, Transcripción Día 3, págs. 495, 505 y 578, carta de la Demandada del 23 de junio de 2011, párrafo 8 y ss.

celebrado entre las Demandantes y Burford Capital Limited, una sociedad de inversión con sede en Guernsey, y vigente desde el 14 de abril de 2010 (el “Contrato de Financiación”), tiene por objeto el financiamiento de los gastos de litigio de las Demandantes en el presente arbitraje.

240. Las Partes no discuten que Air Comet se haya presentado a concurso preventivo el 20 de abril de 2010³⁰⁴. tampoco discuten que cada una de las Demandantes se haya presentado a concurso preventivo aproximadamente un año más tarde, a saber, Teinver el 23 de diciembre de 2010, Autobuses Urbanos el 28 de enero de 2011, y Transportes de Cercanías el 16 de febrero de 2011³⁰⁵.
241. Las Partes también reconocen que las Demandantes celebraron el Contrato de Cesión mediante el cual las Demandantes se comprometieron a ceder a Air Comet el derecho a la suma que pudiere resultar de un potencial laudo dictado en este arbitraje³⁰⁶. Asimismo, las Partes reconocen que las Demandantes celebraron el Contrato de Financiamiento con Burford³⁰⁷. Sin embargo, las Partes discrepan en cuanto a los efectos de estos acuerdos sobre la legitimación de las Demandantes en este caso.

1. Posición de la Demandada

242. Como cuestión procesal, la Demandada afirma que las Demandantes ocultaron sus concursos preventivos hasta el 12 de abril de 2011, a pesar de que estaban obligadas a poner la documentación y los escritos presentados a disposición del Tribunal y de la Demandada³⁰⁸.
243. La Demandada afirma que la cesión a Air Comet del derecho a la suma que pudiera resultar de un posible laudo a dictarse en este caso fue “fraudulenta”, realizada en una fecha “llamativamente cercana” a la cesión de Air Comet y “a título gratuito”, porque no medió contraprestación alguna³⁰⁹. La Demandada afirma que las Demandantes deberían haber notificado a la Demandada en calidad de supuesto deudor bajo el acuerdo³¹⁰. Asimismo, la Demandada aduce que el contrato viola el orden público español respecto de la prioridad en el pago y, que por consiguiente, las partes del acuerdo deben obtener autorización judicial de los tribunales españoles a fin de poder proceder³¹¹.
244. En cuanto a la cesión misma, la Demandada aduce que las Demandantes cedieron a Air Comet un derecho que jamás tuvieron, dado que las Demandantes mismas carecen de jurisdicción para plantear una controversia u obtener un resarcimiento. Una cesión en tal sentido violaría el

³⁰⁴ Carta de las Demandantes del 16 de junio de 2011, at 16-17.

³⁰⁵ *Id.*, párr. 12, Carta de la Demandada del June 23, 2011, párrafo 9.

³⁰⁶ Carta de las Demandantes del 16 de junio de 2011, at 16; Carta de la Demandada del 23 de junio de 2011, párrafo 17.

³⁰⁷ Carta de las Demandantes del 30 de junio de 2011, at 5-6; Carta de la Demandada del 23 de junio de 2011, párrafo 23. Si bien el Acuerdo de Financiación entró en vigor el 14 de abril de 2010, la operación allí contemplada no se cerró hasta el 4 de julio de 2010. *Ver* Anexo RA-160, Schedule 1 No. 3(a) y Carta de las Demandantes del 30 de junio de 2011, párr. 6.

³⁰⁸ Carta del 23 de junio de 2011, págs. 10, 15.

³⁰⁹ *Id.* párr. 18.

³¹⁰ *Id.* párr. 19.

³¹¹ *Id.* párr. 27.

principio general de derecho que establece: “nadie puede ceder un derecho más extenso o mejor que el que tiene [...]”³¹². Asimismo, la falta de legitimación de las Demandantes surge claramente del texto mismo de la cesión a Air Comet y los escritos judiciales en relación con ésta, donde se señala que “AIR COMET es la realmente afectada por la expropiación por ser la propietaria del 100% de Interinvest S.A., titular del 100% de las acciones de Aerolíneas Argentinas...”³¹³

245. En cuanto al Acuerdo de Financiación entre las Demandantes y Burford, la Demandada afirma que Burford, y no las Demandantes, es la verdadera parte en este arbitraje. Según la Demandada, Burford “no sólo ha invocado tener un pretendido “interés legal común” con las Demandantes en el proceso, sino que, además, es el único que, eventualmente, pareciera se beneficiaría ante una hipotética condena contra la Argentina en este caso”³¹⁴.
246. Según la Demandada, Burford no ha cumplido con los requisitos básicos de jurisdicción establecidos en el Convenio del CIADI. Burford no es un inversor en Argentina, ni una sociedad constituida en España que pueda invocar el Tratado que las Demandantes invocan a los fines de la iniciación de este procedimiento de arbitraje³¹⁵. Por consiguiente, si se le permitiera a Burford beneficiarse del mecanismo de resolución de controversias del Tratado esto sería contrario a su objeto y fin, y desautorizadamente violaría los límites del consentimiento de la Argentina y de España a la jurisdicción arbitral³¹⁶.

2. Posición de las Demandantes

247. Las Demandantes contradicen la afirmación de la Demandada de que las Demandantes ocultaron a propósito información a este Tribunal respecto de los concursos preventivos. Las Demandantes alegan que informaron de buena fe todos los hechos relevantes durante este procedimiento de arbitraje, y que los concursos preventivos supuestamente “ocultados” no inciden sobre la jurisdicción de este Tribunal. Asimismo, el Contrato de Cesión y el Acuerdo de Financiación son irrelevantes a los fines de la jurisdicción del Tribunal³¹⁷.
248. Según las Demandantes, las afirmaciones de la Demandada son infundadas e inaplicables por los siguientes motivos: (i) la legitimación de las Demandantes para promover este arbitraje se rige exclusivamente por el Convenio del CIADI y el Tratado; (ii) de conformidad con el Convenio del CIADI, con el Tratado y con el derecho internacional, la fecha relevante a los fines de determinar la jurisdicción del Tribunal es la fecha de inicio del procedimiento; y (iii) tanto el procedimiento concursal en España como el Contrato de Cesión son posteriores al inicio del presente arbitraje³¹⁸.
249. Las Demandantes enfatizan que el Artículo 25 del Convenio del CIADI define “nacional de otro Estado Contratante” como “toda persona jurídica que, *en la fecha en que las partes prestaron su*

³¹² Carta de la Demandada del 26 de octubre de 2011, pág. 13.

³¹³ *Íd.* págs. 12-13.

³¹⁴ Carta de la Demandada del 23 de junio de 2011, pág. 39.

³¹⁵ *Íd.* pág. 42.

³¹⁶ Carta de la Demandada del 26 de octubre de 2011, págs. 9-10.

³¹⁷ Carta de las Demandantes del 30 de junio de 2011, pág. 10.

³¹⁸ Carta de las Demandantes del 16 de junio de 2011, págs. 9-11.

*consentimiento (...) para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia”*³¹⁹. Según las Demandantes, este principio ha sido firmemente establecido por los tribunales del CIADI, y, asimismo, es un principio firmemente arraigado de la jurisprudencia internacional³²⁰.

250. Las Demandantes señalan que el consentimiento se perfeccionó el 20 de noviembre de 2008, que la Solicitud de Arbitraje se presentó el 11 de diciembre de 2008 y que el CIADI registró su solicitud el 30 de junio de 2009. Ningún evento entre esas fechas afectaría la legitimación de las Demandantes en este procedimiento³²¹. Todos los argumentos de la Demandada se refieren a hechos que se produjeron antes de instituirse este procedimiento y, por consiguiente, irrelevantes a los fines de la jurisdicción. Específicamente, el Contrato de Cesión entre las Demandantes y Air Comet se celebró el 18 de enero de 2010. El Acuerdo de Financiación entre las Demandantes y Burford se celebró el 14 de abril de 2010. El procedimiento concursal de las Demandantes en España se produjo a partir de fines de diciembre de 2010.
251. En relación con el procedimiento concursal de las Demandantes en España, las Demandantes señalan que son procesos voluntarios, y que ellas han conservado sus facultades de administración y disposición sobre su patrimonio³²². Las Demandantes afirman que con arreglo al derecho español no es necesario que las Demandantes obtengan la autorización expresa de los administradores concursales para la continuidad de los procesos arbitrales, incluido el presente arbitraje tramitado ante el CIADI, a menos que vayan a desistir de su reclamación, aceptar o transigir el litigio³²³. No obstante ello, sus respectivos administradores concursales han presentado comunicaciones demostrando que están al tanto y que consienten la tramitación del presente arbitraje³²⁴.
252. Las Demandantes alegan que la cesión de sus derechos a cualquier monto que resulte del presente arbitraje a Air Comet no afecta la legitimación de las Demandantes para promover este arbitraje. El Contrato de Cesión es una transacción válida que continúa plenamente vigente. Incluso si se declarara nulo el Contrato de Cesión, ello no afectaría la legitimación de las Demandantes de promover esta reclamación frente a Argentina. Tampoco se vería afectada la calidad de las Demandantes como acreedor de Argentina, ya que Air Comet sería la única afectada por la declaración de nulidad³²⁵.
253. Asimismo, las Demandantes aducen que la Demandada erróneamente describe la cesión de Air Comet como “cesión de una reclamación” En efecto, las Demandantes celebraron un acuerdo mediante el cual se dispone la cesión del derecho a la suma que pudiera resultar de un eventual laudo contra Argentina. Las Demandantes retienen la titularidad de la reclamación contra

³¹⁹ *Íd.*, pág. 8 (énfasis agregado).

³²⁰ *Íd.* págs. 8-9.

³²¹ *Íd.* pág. 9.

³²² *Íd.* pág. 14.

³²³ *Íd.* pág. 15.

³²⁴ *Íd.* pág. 15, Carta de las Demandantes del 30 de junio de 2011, pág. 16.

³²⁵ Carta de las Demandantes del 30 de junio de 2011, párr. 11.

Argentina³²⁶. En virtud de la cesión, Air Comet tiene derecho a percibir el saldo una vez deducidos todos los pagos³²⁷.

254. Por último, en relación con el Acuerdo de Financiación de Burford, las Demandantes sostienen que Burford no es parte en el presente arbitraje. Las Demandantes no vendieron ni transfirieron su reclamación a Burford. En realidad, Burford se comprometió a financiar el presente arbitraje a cambio de un porcentaje del monto recuperado de lograrse un laudo favorable. Estos acuerdos de financiación son habituales, y la Demandada no ha señalado ningún laudo ni decisión relativa a inversiones en la que se declare la ilegitimidad, ilegalidad o inadmisibilidad del financiamiento de terceros³²⁸.

3. Análisis del Tribunal

(a) Existencia de Jurisdicción

255. En primer lugar, la jurisprudencia internacional ha resuelto uniformemente que, por lo general, la jurisdicción debe determinarse a la fecha de presentación de la reclamación:

- La Corte recuerda que, según su jurisprudencia, su competencia ha de determinarse en el momento en que se procede a entablar actuaciones. Así pues, si la Corte tiene competencia en la fecha en que se le remite el caso, sigue teniéndola con independencia de los hechos que se produzcan ulteriormente.³²⁹

En general se admite que la determinación de si una parte posee legitimación procesal en un foro procesal internacional, a los efectos de la jurisdicción para incoar procedimientos, se adopta en relación con la fecha en que se consideren iniciados esos procedimientos... [No] es sólo un principio de los procedimientos del CIADI, sino que es un principio aceptado sobre la resolución internacional de conflictos, el que la jurisdicción debe determinarse a la luz de la situación existente a la fecha en que se haya incoado el procedimiento. La jurisdicción puede verse afectada por hechos acaecidos antes de esa fecha, no así por los hechos posteriores.. La Corte Internacional de Justicia sentó jurisprudencia convincente al respecto en el caso *Lockerbie*. (...) La consecuencia de esta regla es que, una vez establecida, la jurisdicción no puede quedar sin efecto. Sencillamente, no la afectan los hechos ulteriores. Ningún hecho que se produzca después que se haya incoado el procedimiento (...) puede privar al Tribunal de jurisdicción para entender en la controversia³³⁰. (Traducción del Tribunal).

³²⁶ *Íd.*

³²⁷ *Íd.* págs. 11-12.

³²⁸ Carta de las Demandantes del 30 de junio de 2011, págs. 5-7.

³²⁹ *Caso relativo a la orden de arresto del 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica)*, Sentencia del 14 de febrero de 2002, *I.C.J. Reports* 2002, pág. 3, párrafo 26, Anexo C-762.

³³⁰ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal v. Argentina* (Caso CIADI No. ARB/97/3), Decisión sobre Jurisdicción, 14 de noviembre de 2005, párrafos 60, 61 y 63. *Ver también* Schreuer, *The Icsid Convention: A Commentary*, Anexo C-761, pág. 92 (“Es un principio ampliamente aceptado de la jurisprudencia internacional que la jurisdicción debe determinarse por referencia a la fecha en la cual se instituyeron los procedimientos de arbitraje.

256. En segundo lugar, en la medida en que el argumento de la Demandada se basa en la afirmación de que las Demandantes transfirieron sus derechos o intereses en este caso a Burford después de iniciado este arbitraje, este argumento es inadmisibles. En tal sentido, Schreuer señala: “Los Tribunales del CIADI han aplicado [el principio de que la jurisdicción debe determinarse a la fecha de la presentación] uniformemente. En algunos casos, las demandantes han enajenado o transferido los bienes o derechos que dieron lugar a la controversia después de iniciado el procedimiento. Los Tribunales han rechazado el argumento de que por este motivo las partes del procedimiento ya no eran las verdaderas partes interesadas”³³¹. (Traducción del Tribunal). En el caso *CSOB c. Eslovaquia*, después de iniciar el arbitraje, la demandante cedió sus reclamaciones arbitrales contra la demandada a un tercero. El tribunal del caso *CSOB* resolvió que:

por lo general se reconoce que la decisión respecto del *jus standi* de una parte para recurrir ante un foro jurisdiccional internacional a los fines de la jurisdicción debe realizarse tomando en consideración la fecha en la que se tiene por iniciado el procedimiento. Puesto que la Demandante instituyó este procedimiento con anterioridad a la fecha en la que se realizaron las dos cesiones, el Tribunal tiene jurisdicción para entender en este caso independientemente del efecto jurídico, si correspondiera, que la cesión podría tener sobre la legitimación de la Demandante si la cesión se hubiera efectuado antes de iniciarse el caso³³².

257. En tercer lugar, en la medida en que la caracterización del Contrato de Cesión como “fraudulenta” implica que las Demandantes cometieron ilícitos conforme al derecho español respecto de la ejecución de su inversión, este argumento también resulta inadmisibles. En el caso *Hamester c. Ghana*, la demandada alegó que la demandante había cometido irregularidades en la ejecución de la inversión³³³. Al igual que el Tratado, el TBI del caso *Hamester* exigía que la inversión se adquiriera legítimamente. No obstante ello, el Tribunal determinó que la ilegalidad *sobrevenida* no afectaba a la jurisdicción sobre la controversia de la demandante³³⁴.

258. La Demandada no ha comparado estos casos con ninguna jurisprudencia en contrario, y no ha intentado distinguir los hechos en esta controversia. En cuanto a los hechos, la Demandada no

Esto significa que a esa fecha deben cumplirse todos los requisitos jurisdiccionales. También significa que los eventos ocurridos después de esa fecha no afectarán la jurisdicción”. (Traducción del Tribunal).

³³¹ *Íd.*, pág. 92.

³³² *Ver Ceskoslovenska Obchodni Banka, a.s. (CSOB) c. República Eslovaca* (Caso CIADI No. ARB/97/4), Decisión sobre Jurisdicción del 24 de mayo de 1999, párr. 31 (en adelante, “*CSOB c. República Eslovaca*”), Anexo C-539.

³³³ *Gustav F.W. Hamester GmbH & Co. KG c. República de Ghana* (Caso CIADI No. ARB/07/24), Laudo de 18 de junio de 2010, párr. 96 (en adelante, “*Hamester c. Ghana*”), LA AR 73.

³³⁴ *Íd.* párr. 127 (“El Tribunal considera que corresponde trazar una distinción entre (1) la legalidad al *inicio* de la inversión (“realizada”) y (2) la legalidad *durante la ejecución* de la inversión. ... La legalidad en la vida posterior o durante la ejecución de la inversión no se contempla en el Artículo X. De ello se desprende que no se encuadre en el ámbito de aplicación del TBI (y, por consiguiente, dentro de la competencia de este Tribunal) a pesar de que pudiera ser relevante en el contexto de los méritos que pudiera tener una reclamación presentada al amparo del TBI. Por consiguiente, según la redacción de este TBI, la legalidad en la creación de la inversión constituye una cuestión jurisdiccional; la legalidad de la conducta del inversor durante la vida de la inversión es una cuestión de fondo. Por consiguiente, en esta primera instancia del análisis del caso relativa a la jurisdicción, el Tribunal debe centrarse exclusivamente a las reclamaciones por fraude en la realización de la inversión, y no con los múltiples argumentos de conducta fraudulenta durante la vida de la inversión...”). (Traducción del Tribunal).

niega la afirmación de las Demandantes de que el consentimiento al presente arbitraje se perfeccionó el 20 de noviembre de 2008, que la Solicitud de Arbitraje se presentó el 11 de diciembre de 2008, y que se efectuó el registro de esa solicitud del 30 de enero de 2009. La Demandada tampoco afirma que ninguno de los eventos a los que hace referencia se hayan producido con anterioridad a esta fecha. Cronológicamente, los hechos a los que hace referencia la Demandada en sus escritos se produjeron en el siguiente orden:

- 10 de enero de 2010: Contrato de Cesión mediante el cual las Demandantes transfirieron el derecho a la suma que pudiera resultar de un eventual laudo en este arbitraje a Air Comet
- 23 de marzo de 2010: Se inicia el procedimiento concursal de Air Comet
- 14 de abril de 2010: Se celebra el Acuerdo de Financiamiento entre Burford y las Demandantes respecto del financiamiento del presente arbitraje
- 24 de abril de 2010: Se celebra el acuerdo entre King & Spalding, representante de las Demandantes, y las Demandantes
- 21 de junio de 2010: Acuerdo entre Air Comet y sus administradores concursales
- 22 de diciembre de 2010: El juez español autoriza a los administradores concursales de Air Comet a prestar su consentimiento para el Acuerdo con Burford
- 23 de diciembre de 2010: Se inicia el procedimiento concursal de Teinver
- 28 de enero de 2011: Se inicia el procedimiento concursal de Autobuses
- 16 de febrero de 2011: Se inicia el procedimiento concursal de Cercanías

259. Con base en el hecho de que todos los argumentos de la Demandada se refieren a hechos – los procesos concursales de las Demandantes, el Contrato de Cesión y el Acuerdo de Financiación— que tuvieron lugar con posterioridad al inicio del arbitraje, el Tribunal concluye que este argumento es suficiente para rechazar la excepción opuesta por las Demandantes. El Tribunal no abordará los restantes argumentos de la Demandada respecto del Contrato de Cesión y el Acuerdo de Financiación puesto que los mismos se refieren a la legitimación de las Demandantes, ello sin perjuicio de las presentaciones futuras que pudieran realizar las Partes respecto de estos argumentos en lo que respecta a la reclamación de fondo de las Demandantes, en la medida en que corresponda, durante la etapa de fondo de la diferencia.

d. Tercera Excepción a la Jurisdicción: Cuestiones de Atribución al Estado

260. En el Memorial sobre el fondo, las Demandantes han manifestado que el gobierno del Presidente Néstor Kirchner fue “hostil frente a la gestión de las Demandantes a cargo de las Aerolíneas Argentinas y pareció actuar motivado por un deseo de finalmente “re-argentinar” las empresas”³³⁵. Las Demandantes afirman que el gobierno adoptó una serie de medidas que desestabilizaron el entorno jurídico y de negocios en el que se manejaba la inversión de las Demandantes.³³⁶

³³⁵ Memorial sobre el fondo, párrafo 164.

³³⁶ *Íd.*

261. En particular, las Demandantes hacen referencia al nombramiento de Ricardo Cirielli como Subsecretario de Transporte Aéreo hecho por el Presidente Kirchner. Las Demandantes describen a Cirielli como un poderoso sindicalista que —tanto antes como después de su nombramiento— siempre fue abiertamente crítico de la gestión de las Aerolíneas Argentinas por parte de las Demandantes³³⁷. Las Demandantes afirman asimismo que en el ejercicio de su cargo como Subsecretario de Transporte Aéreo, Cirielli apoyó reiteradamente a los sindicatos y criticó los pedidos de aumento de tarifas solicitados por las Aerolíneas Argentinas.
262. Las Demandantes también afirman que el Gobierno Argentino siempre demostró un “apoyo implícito” frente a las huelgas organizadas por la Asociación de Personal Técnico Aeronáutico (“APTA”) y la Asociación de Pilotos de Líneas Aéreas Argentinas (“APLA”)³³⁸. Las Demandantes hacen referencia a una huelga de 9 días convocada por APLA y APTA en noviembre de 2005. Las Demandantes alegan que esta huelga tuvo un grave impacto sobre las Aerolíneas Argentinas en general y ARSA en particular, y que afectó a alrededor de 95.000 pasajeros, provocando la suspensión de casi 380 vuelos y pérdidas de aproximadamente US\$ 12 millones para las Aerolíneas Argentinas³³⁹.

i. Posición de la Demandada

263. La Demandada alega que las Demandantes han intentado responsabilizar a la Demandada por actos cometidos por organismos no estatales. Según la Demandada, las Demandantes alegan lo siguiente: 1) que la Demandada es responsable, bajo el Derecho Internacional, por los hechos de los Sindicatos APTA y APLA; 2) que la Demandada es responsable bajo el derecho internacional por los actos de estos sindicatos porque fueron coordinados por el Sr. Ricardo Cirielli para cometer actos perjudiciales contra las Aerolíneas Argentinas y de esta manera forzar la nacionalización de las compañías; y 3) la Demandada es legalmente responsable por los actos del Sr. Ricardo Cirielli antes de que éste se desempeñara como Subsecretario de Transporte Aéreo en Argentina³⁴⁰.
264. La Demandada afirma que no es responsable por los actos de los dos sindicatos, que no son órganos de gobierno y no ejercen autoridad gubernamental ni actuaron por instrucciones o bajo la dirección o el control de la Demandada³⁴¹. Conforme al derecho internacional, un sindicato no es un “órgano del Estado” ni ejerce elementos de “autoridad gubernamental” en los términos de los artículos 4 y 5 de los Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional (“Artículos de la CDI”).³⁴² Las Demandantes tampoco han cumplido con el test de atribución establecido en el Artículo 8 de los Artículos de la CDI³⁴³. Las Demandantes no han logrado probar que haya existido una instrucción u orden de la Demandada a personas o entidades o la existencia de *control efectivo* del Gobierno sobre ellas. Asimismo, el estándar de “control general” en el que se basan las

³³⁷ *Íd.*

³³⁸ Memorial sobre el fondo, párrafo 182.

³³⁹ *Íd.* párrafos 170-71, 184-190.

³⁴⁰ Memorial sobre Jurisdicción, párrafo 218.

³⁴¹ Memorial sobre Jurisdicción, párrafo 219.

³⁴² Memorial sobre Jurisdicción, párrafo 224.

³⁴³ Réplica, párrafos 264-265.

Demandantes es inapropiado para el caso que nos ocupa³⁴⁴. En todo caso, las pruebas presentadas por las Demandantes en este caso resultan insuficientes para cumplir con el estándar de “control general”³⁴⁵.

265. La Demandada también alega que no pueden ser imputados al Estado argentino los actos realizados por el Sr. Cirielli antes de su designación como Subsecretario o una vez terminadas sus funciones³⁴⁶. Asimismo, si bien las Demandantes también intentan responsabilizar a la Demandada por los actos cometidos por Cirielli en calidad de funcionario público con fundamento en el control que éste supuestamente tenía sobre los sindicatos, las Demandantes no señalan ningún acto que genere la responsabilidad de un Estado³⁴⁷. El hecho que el Sr. Cirielli se haya desempeñado como Secretario General de APTA antes y después del período durante el cual ejerció la función pública no justifica que los actos de APTA le sean imputables³⁴⁸.
266. Por último, según la Demandada, la cuestión de la atribución de responsabilidad en el derecho internacional es una cuestión jurisdiccional³⁴⁹. Las Demandantes deben demostrar que tienen un caso *prima facie* de atribución para que el objeto de la imputación pueda ser objeto de la discusión sobre los méritos³⁵⁰. Según la Demandada, la jurisprudencia indica que corresponde determinar esta cuestión como parte de la etapa jurisdiccional en caso que sea evidente que el Estado no está involucrado en absoluto, o si se puede responder la pregunta respecto de la atribución sobre la base de un análisis preliminar. Este es, justamente, el caso aquí³⁵¹.

ii. Posición de las Demandantes

267. Las Demandantes afirman que las cuestiones de imputación al Estado corresponde resolverlas en la etapa de fondo de la diferencia del presente arbitraje³⁵². En muchos laudos en el campo del derecho de inversiones se ha sostenido que no está claro si la imputación al Estado es cuestión de jurisdicción o sobre el fondo de la diferencia, y depende de cada caso en particular³⁵³. En el presente caso, puesto que la cuestión de atribución al Estado se encuentra estrechamente entremezclada con el fondo de la diferencia, y como exige un análisis en profundidad de la compleja relación entre ciertos actos y el Estado, corresponde dirimir estas cuestiones durante la etapa de fondo de la diferencia³⁵⁴.
268. Alternativamente, las Demandantes aducen que los actos de los sindicatos son atribuibles a la Demandada. Existen abundantes pruebas de que en varias oportunidades APTA y APLA actuaron “por instrucciones o bajo la dirección o el control” de la Demandada³⁵⁵. La Demandada

³⁴⁴ Réplica, párrafos 266-269.

³⁴⁵ Réplica, párrafo 270.

³⁴⁶ Memorial sobre Jurisdicción, párrafos 221, 230.

³⁴⁷ Réplica, párrafo 278.

³⁴⁸ Réplica, párrafo 261.

³⁴⁹ Memorial sobre Jurisdicción, párrafo 220.

³⁵⁰ Réplica, párrafo 245.

³⁵¹ Réplica, párrafo 247.

³⁵² Memorial de Contestación, párrafo 291.

³⁵³ Memorial de Contestación, párrafos 291-293.

³⁵⁴ Memorial de Contestación, párrafo 298.

³⁵⁵ Memorial de Contestación, párrafo 299.

alega que los actos de los sindicatos sólo son atribuibles al Gobierno Argentino si el Gobierno ejercía el “control efectivo” sobre ellos. Sin embargo, algunos tribunales rechazaron este criterio del “control efectivo” y prefirieron un criterio de “control general”, incluidos la Cámara de Apelaciones del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos³⁵⁶. Las Demandantes afirman que existen abundantes pruebas de que la Demandada ejerció un control general sobre los sindicatos, particularmente por intermedio de Ricardo Cirielli³⁵⁷. Al designar al Sr. Cirielli como Subsecretario de Transporte Aéreo y permitirle que simultáneamente mantuviera su cargo de líder sindical, la Demandada generó una situación de control sobre el sindicato³⁵⁸. La Demandada también, al menos de forma implícita, respaldó las huelgas convocadas por APLA y APTA, incluidas las huelgas de noviembre de 2005, septiembre y octubre de 2007 y enero de 2008, que ocasionaron un perjuicio considerable a las Aerolíneas Argentinas³⁵⁹.

269. Las Demandantes afirman que no pretenden responsabilizar a la Demandada por los actos realizados por el Sr. Cirielli antes de su designación como Subsecretario³⁶⁰. Las Demandantes simplemente procuran demostrar que el Gobierno Argentino designó conscientemente y mantuvo en funciones a un Subsecretario de Transporte Aéreo que había sido anteriormente Secretario General del poderoso sindicato de APTA y quien se mostraba abiertamente hostil a la gestión de las Aerolíneas Argentinas por parte de las Demandantes en el marco de sus argumentos de omisión de acordar trato justo y equitativo conforme al Tratado por parte de la Demandada³⁶¹. Asimismo, la Demandada no niega que los hechos cometidos por el Sr. Cirielli en ejercicio de su cargo como Subsecretario sean atribuibles a la Demandada³⁶². Las Demandantes citan el Artículo 4 de los Artículos de la CDI y afirman que estos hechos son atribuibles a la Demandada, incluso si constituyen un abuso de autoridad³⁶³.

iii. Análisis del Tribunal

270. El Tribunal observa que la Demandada no ha afirmado que *ninguno* de los actos enumerados en el Memorial sobre el fondo de las Demandantes resulten imputables al Gobierno Argentino. En realidad, los argumentos de la Demandada sobre la cuestión se refieren sólo a ciertos actos supuestamente cometidos por los dos sindicatos argentinos y el Subsecretario de Transporte Aéreo de Argentina y su imputabilidad al Estado.
271. Si bien la Demandada afirma que existe abundante jurisprudencia que apoya su posición de que la cuestión de atribución es una cuestión jurisdiccional³⁶⁴, la jurisprudencia también reconoce que no todas las cuestiones de atribución son idénticas o se refieren a idéntico contexto. La jurisprudencia sobre la cuestión *soporta* la conclusión de que las cuestiones de atribución al

³⁵⁶ Memorial de Contestación, párrafos 299-300.

³⁵⁷ Memorial de Contestación, párrafo 301; Dúplica, párrafo 314.

³⁵⁸ Dúplica, párrafo 314.

³⁵⁹ *Id.*

³⁶⁰ Dúplica, párrafo 317.

³⁶¹ Memorial de Contestación, párrafo 305; Dúplica, párrafo 317.

³⁶² Memorial de Contestación, párrafo 302.

³⁶³ Memorial de Contestación, párrafo 303.

³⁶⁴ Memorial sobre Jurisdicción, párrafo 220.

estado deben resolverse en la etapa de la jurisdicción, cuando se presentan como un problema bastante claro cuya resolución establecería si existe o no jurisdicción.

272. Por ejemplo, la cuestión planteada al tribunal de *Maffezini* se refería a si la controversia entre la demandada y la demandante, una empresa comercial privada creada por el gobierno español, constituía una controversia entre un inversor y un Estado en los términos del Artículo 25 del Convenio del CIADI o si simplemente constituía una controversia privada. El tribunal de *Maffezini* concluyó que la cuestión de si se podía considerar a la demandada un organismo estatal era crítica a fin de determinar si el tribunal tenía jurisdicción sobre el caso³⁶⁵. En el caso *CSOB*, y también a los fines de determinar si la disputa constituía una diferencia entre un inversor y un Estado en los términos del Artículo 25, el tribunal debió determinar si la demandante era una entidad privada o se encontraba sujeta a control estatal³⁶⁶.
273. En el presente caso no es necesario que el Tribunal le impute los actos de los sindicatos y del Sr. Cirielli a la Demandada para que este Tribunal tenga jurisdicción sobre la controversia. Las Demandantes han alegado también otros actos de organismos del Gobierno Argentino contrarios al Tratado, cuya atribución al Estado no ha sido motivo de controversia. Asimismo, la cuestión de la atribución de los actos de los sindicatos y del Sr. Cirielli no es transparente. En los términos del tribunal del caso *Hamester*:

³⁶⁵ *Maffezini c. España*, Decisión sobre Jurisdicción, párr. 75. El tribunal señaló que la cuestión de si la sociedad comercial privada constituía una entidad a los fines de determinar la jurisdicción del Centro y la competencia del tribunal era necesariamente una cuestión que debía resolverse en la etapa jurisdiccional del procedimiento. No obstante, el tribunal señaló que la cuestión de si los actos y omisiones por los que reclamaba la demandante eran atribuibles al Estado era una cuestión que “se refiere al fondo de la controversia y sólo podrá resolverse en esa etapa” *Íd.*

³⁶⁶ *CSOB c. República Eslovaca*, Decisión sobre Jurisdicción, párr. 27. En el caso *CSOB*, la demandada había planteado que la demandante no cumplía con el requisito del Artículo 25(1) que exige la existencia de una controversia entre un Estado Contratante y un nacional de otro Estado Contratante. Específicamente, la Demandada alegaba que la controversia se había suscitado entre dos Estados Contratantes porque la demandante era supuestamente un organismo gubernamental de la República Checa y no una entidad comercial independiente, y porque la verdadera parte interesada en la controversia era la República Checa. No obstante, el Tribunal concluyó que la demandada no había logrado sustentar su argumento de que el Centro carecía de jurisdicción y el tribunal carecía de competencia para entender en el caso, con el fundamento de que la demandada actuaba como agente del Estado o cumplía funciones esencialmente gubernamentales. *Ver también Hamester c. Ghana*, Laudo, párr. 141 (“Para que prospere una excepción a la jurisdicción, debe constituir un impedimento tal que el Tribunal no tenga derecho a escuchar o investigar la controversia. Si, por ejemplo, analizamos los requisitos de jurisdicción *ratione personae* establecidos en el Artículo 25 del Convenio del CIADI, es decir, que exista una controversia entre un Estado Contratante del Convenio CIADI y un inversor de otro Estado Contratante, los criterios de determinación son claros y de fácil respuesta: las dos Partes deben ser respectivamente un inversor extranjero de un Estado Contratante y un Estado Contratante para que exista jurisdicción. En este caso, como la jurisdicción surge del TBI Alemania-Ghana, el Tribunal puede entender en una controversia entre la empresa alemana *Hamester* y la República de Ghana. En otras palabras, si *Hamester* no fuera una sociedad alemana, o si el caso se hubiera planteado contra un Estado distinto de Ghana, la existencia de una excepción a la jurisdicción sería clara. No obstante, no todas las cuestiones son tan simples o de tan fácil respuesta. Muchos interrogantes —como el caso de la atribución— requieren un análisis más complejo, que resulta relevante como cuestión jurisdiccional y como cuestión de fondo (en tal sentido a ser considerada sólo si el Tribunal tiene jurisdicción). Asimismo, cada uno de los supuestos actos se relaciona estrechamente con la cuestión de si la Demandada cometió una violación sustantiva del TBI.”). (Traducción del Tribunal)

[E]n muchos casos, las cuestiones de imputabilidad o de legalidad se encuentran estrechamente entremezcladas, y es difícil resolver la cuestión de la imputabilidad sin una investigación acabada sobre el fondo. En todo caso, independientemente de la calificación de la cuestión de imputabilidad, el Tribunal señala que, como cuestión práctica, por lo general resulta conveniente resolver esta cuestión en la etapa de fondo, para permitir un análisis exhaustivo de todos los parámetros de la compleja relación entre algunos actos y el Estado... Este enfoque —resolver la cuestión de imputabilidad en la etapa de fondo— es particularmente conveniente en este caso, en la opinión del Tribunal. En la situación ante el Tribunal no está tan claro si el Estado no participó en absoluto o si es posible encontrar una respuesta a esta pregunta mediante un análisis limitado (típico respecto de otras cuestiones de jurisdicción)³⁶⁷.

Con fundamento en el caso *Hamester*, la Demandada alega que está claro que la Demandada no participó en absoluto en los actos alegados, y que la cuestión puede resolverse como una cuestión preliminar. No obstante, la cuestión no está tan clara como lo afirma la Demandada.

274. Las afirmaciones de las Demandantes respecto de los sindicatos y del Sr. Cirielli se relacionan estrechamente con su afirmación de que la Demandada violó el Tratado. Ambas series de afirmaciones se refieren a la cuestión difícil y fuertemente dependiente de los hechos de si el Gobierno Argentino toleró o alentó, o brindó cualquier tipo de apoyo, a las actividades sindicales en cuestión. En el caso de los sindicatos, las Demandantes afirman que el apoyo de la Demandada a los sindicatos se enmarcó en su objetivo más amplio de renacionalizar las Aerolíneas Argentinas³⁶⁸. En lo que respecta al Sr. Cirielli, las Demandantes pretenden demostrar que la Demandada designó conscientemente y mantuvo en funciones a una persona hostil a la presencia de las Demandantes en Argentina³⁶⁹. Si el Tribunal tuviera que resolver estas cuestiones en la etapa de jurisdicción, debería basar su decisión únicamente en los argumentos presentados por las Partes en sus escritos de jurisdicción. El Tribunal se vería privado del beneficio de los escritos posteriores de las Partes sobre el fondo de la diferencia y de las pruebas adicionales que pudieran arrojar luz sobre esta cuestión. Puesto que los argumentos de las Demandantes dependen fuertemente de cuestiones de hecho, el Tribunal debe diferir la consideración de esta cuestión a la etapa de fondo de la diferencia. Por todo lo expuesto, se desestima la excepción de la Demandada.

275. Ante esta conclusión, el Tribunal no se ve en la obligación de analizar en detalle la esencia de los argumentos de la Demandada en materia de atribución. No obstante ello, el Tribunal observa que la Demandada le ha solicitado que declare expresamente que los hechos de los sindicatos no son atribuibles a la República Argentina bajo los Artículos 4 y 5 de los Artículos de la CDI³⁷⁰, que regulan, respectivamente, la conducta de los órganos de un Estado y de las personas o entidades facultadas por la ley de ese Estado a ejercer funciones relativas a potestades gubernamentales. Las Demandantes han respondido a esta solicitud manifestando que ellas no alegan que los actos de los sindicatos se encuadren dentro de los Artículos 4 o 5 de los Artículos de la CDI, sino que,

³⁶⁷ *Hamester c. Ghana*, Laudo, párrafos 143-45.

³⁶⁸ Memorial de Contestación, párrafo 301.

³⁶⁹ Memorial de Contestación, párrafo 305.

³⁷⁰ Réplica, párrafo 257.

en la opinión de las Demandantes, la cuestión radica en determinar si se encuadran en el Artículo 8 de los Artículos de la CDI³⁷¹. Este último artículo se refiere a la conducta de una persona o grupo de personas que actúan por instrucciones de o bajo la dirección o control del Estado. Puesto que existe consenso entre las dos Partes de que el Artículo 8 y no los Artículos 5 o 6 son relevantes a los fines del análisis de la conducta de los sindicatos³⁷², no es necesario que el Tribunal tome ninguna decisión en tal sentido³⁷³.

276. Por último, cabe aclarar que ambas Partes concuerdan en que la presente excepción se refiere a la atribución al estado de hechos relativos a los actos del Sr. Cirielli *antes y después* de ocupar el cargo de Subsecretario de Transporte Aéreo. Si bien las Demandantes analizan los actos del Sr. Cirielli *durante* el ejercicio de su cargo en sus escritos³⁷⁴, esta cuestión no se encuadra dentro del alcance de la excepción original de la Demandada³⁷⁵. Asimismo, las Demandantes afirman que no es su intención responsabilizar a la Demandada por los actos cometidos por el Sr. Cirielli con anterioridad a su nombramiento³⁷⁶. En tal sentido, las Partes no parecen discrepar en la cuestión de atribución de la conducta del Sr. Cirielli antes y después de ocupar su cargo³⁷⁷.

e. Cuarta Excepción a la Jurisdicción: La Legalidad de la Inversión de las Demandantes

i. Posición de la Demandada

277. En la cuarta y última excepción de la Demandada, ésta afirma que la inversión de las Demandantes no goza de protección conforme al Tratado debido a las supuestas irregularidades relativas a esa inversión. Específicamente, la Demandada afirma que las Demandantes, mediante

³⁷¹ Dúplica, párrafo 307

³⁷² Ver también Réplica, párrafo 256.

³⁷³ El Tribunal observa que si bien las Partes están de acuerdo en que el Artículo 8 de los Artículos de la CDI se aplica a las actividades sindicales, discrepan respecto de la interpretación correcta del término “control” tal como se utiliza en el Artículo 8. Como se señaló anteriormente, la Demandada se aferra al estándar riguroso de “control efectivo”, aplicado en el caso *Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos)*, Etapa de fondo de la diferencia, Laudo, (“*Laudo de Nicaragua sobre el fondo*”) I.C.J. Reports 1986, párrafo 115, y *Caso relativo a la aplicación de la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Crimen de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro)*, 2007 ICJ Reports 1, párrafo 396 y ss. (26 de febrero) (LA AR 75), que se describe en el Comentario de la CDI al Artículo 8(4), y sostiene que es el estándar jurídico aplicable. Por su parte, las Demandadas alegan que el estándar correcto que se debe aplicar a los sindicatos es el estándar menos riguroso de “control general”, aplicado en *Procurador c. Duško Tadic*, Tribunal Internacional de la ex Yugoslavia, Case IT-94-1-A (1999), ILM, vol. 38, No. 6 (Noviembre de 1999), pág. 1518 a 1541, párrafo 117 y pág. 1546, párrafo 145, Anexo C-504; y en *Loizidou c. Turquía*, Etapa sobre el fondo de la diferencia, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 18 de diciembre de 1996, párrafo 56, Anexo C-505.

³⁷⁴ Memorial de Contestación, párrafo 302.

³⁷⁵ Memorial sobre Jurisdicción, párrafo 228.

³⁷⁶ Memorial de Contestación, párrafo 304; Dúplica, párrafo 317.

³⁷⁷ El Tribunal señala que las Partes parecen discrepar respecto de la norma legal aplicable al Sr. Cirielli mientras ocupó su cargo. Las Demandantes manifestaron que el Artículo 4 de los Artículos de la CDI se aplica a sus actos (Memorial de Contestación, párrafo 302, Dúplica, párrafo 316), en tanto que la Demandada sugiere que debería aplicarse el Artículo 8 (Réplica, párrafo 279). Por los motivos indicados precedentemente, y puesto que la conducta del Sr. Cirielli en ejercicio de su cargo no fue el objeto de la excepción opuesta por la Demandada, el Tribunal se niega a analizar estos argumentos en esta instancia.

ciertos actos realizados en relación con su inversión, han violado el derecho español y argentino y han cometido otras irregularidades.

Supuestas Violaciones del Derecho Español

278. La Demandada funda sus argumentos en un procedimiento que tramita en España y que involucra a los directores de Air Comet. La Demandada alega que el objeto de esas investigaciones tienen un impacto directo sobre, y en relación con este arbitraje³⁷⁸.
279. La Demandada funda sus argumentos en hechos alegados por el Ministerio Fiscal español en una investigación ante un tribunal español de los directores de SEPI y Air Comet, respecto de hechos relacionados con el Contrato de Compraventa de Acciones de 2001 (“CCA”) entre SEPI y Air Comet³⁷⁹. Según la Demandada, la investigación se refiere a si estos actores son culpables de malversación de caudales públicos, fraude o exacciones ilegales, falsedad documental, estafa procesal y/o delitos contra la hacienda pública en relación con el CCA³⁸⁰.
280. El CCA, donde se disponía la transferencia de la participación de SEPI del 99,2% en Interinvest a Air Comet, fue aprobado por el Tribunal de Cuentas español y ejecutado el 2 de octubre de 2001. En el marco del CCA, SEPI le vendió a Air Comet S.A. su participación en Interinvest por US\$ 1, mientras que SEPI se comprometió a transferir \$300 millones a Interinvest para el pago de los pasivos de ARSA (además de transferir otros fondos a Air Comet)³⁸¹. La Demandada alega que en lugar de cumplir con los términos del CCA, Air Comet utilizó los fondos de SEPI para adquirir los créditos existentes frente a ARSA, con Air Comet subrogada en la condición de acreedora³⁸².
281. Según la Demandada, los acusados en esta investigación supuestamente manifestaron que SEPI y Air Comet celebraron un acuerdo privado complementario, firmado en 15 de octubre de 2001, mediante el cual las partes acordaron que Air Comet se subrogaría en las reclamaciones descritas *supra*. No obstante ello, el Ministerio Fiscal Español considera que este documento podría ser un documento falso elaborado con posterioridad a la fecha allí indicada o, en la medida en que sea un documento auténtico, refleja una conducta que se aparta de la autorización prestada por el Tribunal de Cuentas en relación con el Contrato de Compraventa de Acciones³⁸³.
282. La Demandada alega que Air Comet cometió un fraude tributario en relación con la subrogación de las reclamaciones de ARSA. La Demandada afirma que Air Comet no declaró la subrogación a fines impositivos, a pesar de que se generaba un hecho imponible conforme al derecho español al adquirir las reclamaciones contra ARSA³⁸⁴. Según la Demandada, varios de los acusados en este procedimiento ya han rendido declaración y la Agencia Estatal de la Administración Tributaria española ha emitido un informe pericial³⁸⁵.

³⁷⁸ Réplica, párrafo 286.

³⁷⁹ Memorial sobre Jurisdicción, párrafo 254.

³⁸⁰ *Íd.*

³⁸¹ Réplica, párrafo 282.

³⁸² Memorial sobre Jurisdicción, párrafo 257.

³⁸³ Memorial sobre Jurisdicción, párrafo 259.

³⁸⁴ Memorial sobre Jurisdicción, párrafo 261-262.

³⁸⁵ Memorial sobre Jurisdicción, párrafo 267.

283. La Demandada señala que el Juzgado Central de Instrucción No. 6 de Madrid resolvió el 7 de septiembre de 2011 que, de las diligencias practicadas en esa causa, se infería la presunta participación o intervención de Díaz Ferrán, Pascual Arias y Mata Romayo en actuaciones “que cabría calificar indiciaria e inicialmente como un delito contra la Hacienda Pública cometido por Air Comet”³⁸⁶. La Demandada señala asimismo que el Ministerio Fiscal del Tribunal español ya ha solicitado pena de prisión para Díaz Ferrán, Pascual Arías y Antonio Mata Ramayo, junto con una multa conjunta que asciende a los 99 millones de euros³⁸⁷.
284. Además de esta investigación, la Demandada hace referencia a una serie de “hechos nuevos” ocurridos al 26 de marzo de 2012 en causas penales que afectan directamente a Díaz Ferrán y Pascual Arías³⁸⁸.
285. En primer lugar, la Demandada señala que el Juzgado Central de Instrucción No. 1 de Madrid admitió un proceso de investigación penal el 2 de febrero de 2002 contra Díaz Ferrán, Pascual Arías e Iván Losada (administrador de Teinver S.L.) en relación con su gestión de Viajes Marsans³⁸⁹.
286. En segundo lugar, la Demandada señala que Díaz Ferrán y Pascual Arías se encuentran investigados en otro procedimiento de la Corte Nacional española en relación con acusaciones de fraude procesal. Según la Demandada, los dos hombres supuestamente habrían presentado documentos falsos a un juez para obtener una resolución judicial injusta³⁹⁰.
287. En tercer lugar, la Demandada señala que uno de los acreedores del Grupo Marsans ha iniciado acciones penales contra Díaz Ferrán, Pascual Arías, Iván Losada y Ángel de Cabo ante el Juzgado Central de Instrucción No. 8 de Madrid con motivo de sus actos en relación con los procedimientos concursales. Según la Demandada, Díaz Ferrán y Pascual Arías vendieron sus empresas a Possibilitum Business, controladas por el Sr. de Cabo, que había participado de actividades ilegales en ocasión de los procedimientos concursales³⁹¹.
288. En cuarto lugar, la Demandada hace referencia a un procedimiento que se está tramitando ante el Juzgado en lo Mercantil No. 21 de Madrid, y señala que el Ministerio Fiscal de la Provincia de Madrid (Sección de Delitos Financieros) le ha solicitado al tribunal que se declare a Díaz Ferrán, Pascual Arías y Possibilitum Business culpables de los hechos realizados en calidad de administradores *de facto* y *de jure* en el concurso preventivo de Viajes Marsans S.A., Viajes Crisol S.A.U., Rural Tours S.A.U. y Tiempo Libre S.A.U.³⁹².

³⁸⁶ Carta de la Demandada del 26 de octubre de 2011, pág. 2, citando la orden del 7 de septiembre de 2011 del Juzgado de Central de Instrucción No. 6 de Madrid, Anexo RA-172, pág. 2.

³⁸⁷ Carta de la Demandada del 26 de marzo de 2012, pág. 2, citando el Anexo I.

³⁸⁸ Ver Carta de la Demandada del 26 de marzo de 2012.

³⁸⁹ *Íd.* pág. 3, Ver también Anexo II.

³⁹⁰ *Íd.* pág. 5; Ver también Anexos IV y V.

³⁹¹ *Íd.* pág. 6.

³⁹² *Íd.* págs. 6-8; Ver también Anexo VII.

289. En quinto lugar, la Demandada señala que el Juzgado en lo Mercantil No. 9 de Madrid declaró a Díaz Ferrán y a Pascual Arías “culpables de la quiebra de Seguros Mercurio S.A.”³⁹³. Señala asimismo la Demandada que el Tribunal también declaró a Teinver y a otras sociedades del Grupo Marsans “responsables como cómplices” de la quiebra³⁹⁴. Específicamente, Teinver y las demás empresas participaron directamente en las transacciones, especialmente en los años 2008 y 2009, con la intención de transferir fraudulentamente los bienes de Seguros Mercurio³⁹⁵.

Supuestas Violaciones de Derecho Argentino

290. La Demandada señala que Air Comet participó de “conductas irregulares y fraudulentas” durante el concurso preventivo de ARSA³⁹⁶. La Demandada afirma que durante el concurso preventivo, Air Comet era la accionista controlante de la aerolínea y su principal acreedora, de modo tal que actuaba en un doble papel que resulta inadmisibile conforme al derecho argentino³⁹⁷.

291. La Demandada señala asimismo que se ha iniciado una investigación penal ante los tribunales argentinos contra Antonio Mata Ramayo, Díaz Ferrán, Pascual Arias y otros en calidad de directores de ARSA, en relación con la supuesta “administración fraudulenta” de la sociedad³⁹⁸. La investigación se compone de diversos componentes. En primer lugar, y en forma similar a la investigación española *supra*, los temas de la investigación se modificaron con el desvío fraudulento por parte de Air Comet de los fondos de SEPI destinados al pago de los pasivos de ARSA³⁹⁹. En segundo lugar, la investigación se refiere al balance de ARSA al 31 de diciembre de 2001, que supuestamente contenía asientos falsos en relación a la contribución de capital por parte de SEPI a Aerolíneas Argentinas de 1.238 millones en 2001. La Demandada alega que estos asientos falsos diluyeron las acciones del Estado Argentino en las Aerolíneas, y redujeron su participación a un nivel por debajo del requerido por la ley para participar activamente como accionista⁴⁰⁰. En tercer lugar, la investigación se refiere a posibles delitos cometidos por el Sr. Mata y otros en relación con la subrogación por parte de Air Comet de las reclamaciones de terceros acreedores. Supuestamente, Air Comet a su vez cedió las reclamaciones a otra empresa, Royal Romana Playa S.A., a título oneroso, de modo tal que esta última pudo votar en el concurso preventivo de ARSA⁴⁰¹.

292. Por último, la Demandada afirma que es irrelevante que el Tribunal en lo Comercial de Buenos Aires haya cerrado el proceso concursal de ARSA el 17 de junio de 2011⁴⁰². La conclusión de estos procedimientos no demuestra que las Demandantes no hayan cometido ninguna irregularidad respecto del concurso preventivo de ARSA y, en efecto, en España y en Argentina

³⁹³ Carta de la Demandada del 24 de mayo de 2012, pág. 1.

³⁹⁴ *Id.* págs. 1-2.

³⁹⁵ *Id.* pág. 2.

³⁹⁶ Memorial sobre Jurisdicción, párrafo 269; Réplica, párrafo 309.

³⁹⁷ Memorial sobre Jurisdicción, párrafos 270-271.

³⁹⁸ Memorial sobre Jurisdicción, párrafo 272; *Ver también* RA 168.

³⁹⁹ Memorial sobre Jurisdicción, párrafo 274.

⁴⁰⁰ Memorial sobre Jurisdicción, párrafo 275; Réplica, párrafo 319.

⁴⁰¹ Memorial sobre Jurisdicción, párrafo 276.

⁴⁰² Carta de la Demandada del 26 de octubre de 2011, pág. 3.

continúan las investigaciones respecto de la conducta fraudulenta y las irregularidades en relación con ARSA⁴⁰³.

Otras Supuestas Irregularidades

293. La Demandada también señala una serie de “cuestiones” respecto de la administración del Grupo Marsans y de las Aerolíneas Argentinas. La Demandada describe la gestión de Marsans en todo el mundo como “deplorable”, y señala que las operaciones de Air Comet se detuvieron en 2009, y que se han emitido una serie de órdenes de embargo contra los dueños de Marsans, Díaz Ferrán y Pascual Arias, que se han iniciado otros procedimientos jurídicos y que algunas empresas vinculadas a Marsans enfrentan procesos concursales⁴⁰⁴. La Demandada señala también “irregularidades contables” en las Aerolíneas Argentinas, incluida la confusión de bienes⁴⁰⁵.

La Cuestión Relevante de Legalidad a los Fines de la Jurisdicción

294. La Demandada afirma que el Tratado sólo protege inversiones realizadas y desarrolladas de conformidad con la legislación del Estado receptor⁴⁰⁶. El propósito del Artículo I(2), que define el término “inversiones”, es evitar que el Tratado proteja inversiones que no deberían ser protegidas⁴⁰⁷. Asimismo, existe consenso en el derecho internacional de inversiones en cuanto a la cuestión de que el fraude se encuentra prohibido según las buenas prácticas y política pública internacional⁴⁰⁸.

295. La Demandada no considera que la cuestión de la jurisdicción deba contemplar únicamente si las inversiones *se realizaron* de conformidad con el derecho argentino, puesto que esta interpretación produce un resultado contrario al objeto y fin del Tratado⁴⁰⁹. Si el *inicio* de la inversión fuera el único criterio relevante en la etapa de la jurisdicción, se llegaría al absurdo en el que las operaciones que se efectuaron legalmente, pero que luego de su creación fueron sucedidas por una “incesante consecución de actos ilegales”, gozarían sin embargo de la protección del Tratado⁴¹⁰. Asimismo, sería necesario mirar el momento en que cada una de las inversiones se habrían realizado lo cual no sería factible en muchas de las controversias en las que se producen numerosas operaciones de inversiones⁴¹¹.

296. La Demandada afirma que incluso si el test de la jurisdicción se limitara al momento del inicio de la inversión (en este caso, la adquisición de Interinvest por parte de Air Comet), el Tribunal no debe limitarse a evaluar únicamente el acto formal de celebración del CCA⁴¹². Por el contrario, el Tribunal debe tomar en consideración íntegramente el negocio jurídico complejo

⁴⁰³ *Id.*, pág. 1-2.

⁴⁰⁴ Memorial sobre Jurisdicción, párrafos 279-307; Réplica, párrafo 305-308.

⁴⁰⁵ Memorial sobre Jurisdicción, párrafos 308, 312.

⁴⁰⁶ Memorial sobre Jurisdicción, párrafo 319.

⁴⁰⁷ Memorial sobre Jurisdicción, párrafo 322.

⁴⁰⁸ Memorial sobre Jurisdicción, párrafo 325.

⁴⁰⁹ Réplica, párrafos 347-48, 356.

⁴¹⁰ Réplica, párrafo 356.

⁴¹¹ Réplica, párrafo 363.

⁴¹² Réplica, párrafos 365-66.

que habría dado “origen” a la inversión, que incluye tanto la celebración del CCA como el cumplimiento o incumplimiento que se haya hecho de sus términos⁴¹³.

297. Por último, la Demandada señala que a pesar de que este Tribunal no se encuentra obligado a respetar las conclusiones de los organismos locales, pueden resultar de “gran ayuda” para que este Tribunal pueda determinar la legalidad de las inversiones de las Demandantes⁴¹⁴. Asimismo, el estándar de derecho penal relativo a la “presunción de inocencia” no se aplica en el contexto del derecho internacional de las inversiones, como alegaron las Demandantes⁴¹⁵.

Buena Fe

298. Por último, la Demandada afirma que una inversión que ha “eludi[do] deliberadamente la ley del estado” no se puede considerar realizada de buena fe⁴¹⁶. La Demandada basa la supuesta falta de buena fe de las Demandantes en la subrogación de las reclamaciones de los acreedores de ARSA y en la omisión de Air Comet de informar esta subrogación a las autoridades españolas como hecho objeto de tributación⁴¹⁷. La Demandada también acusa al Grupo Marsans de haber ignorado los principios de la buena fe “en múltiples jurisdicciones”.⁴¹⁸

ii. Posición de las Demandantes

299. Las Demandantes plantean que la Demandada no ha logrado probar que las inversiones de las Demandantes hayan incumplido el derecho de Argentina o de España. Según las Demandantes, el argumento de ilegalidad de la Demandada es “infundado”⁴¹⁹. La mera existencia de investigaciones en España y Argentina respecto de las inversiones de las Demandantes no es un fundamento para que el Tribunal niegue su jurisdicción⁴²⁰. Además, la Demandada no ha demostrado por qué las cuestiones objeto de la investigación en España tornarían ilegal la adquisición de la inversión de las Demandantes conforme a derecho argentino⁴²¹. Las Demandantes afirman que, en todo caso, el Tratado sólo exige que la inversión se realice de conformidad con la ley del Estado receptor al momento del inicio de la inversión, como sucedió en este caso.

Supuestas Violaciones del Derecho Español

300. Según las Demandantes, las investigaciones judiciales en España resultan irrelevantes a los fines de la jurisdicción porque no se refieren a la *adquisición* de la participación en las Aerolíneas Argentinas por parte de las Demandantes. La Demandada no ha alegado que las Demandantes hayan adquirido su participación, por ejemplo, mediante corrupción o defraudación⁴²². Por el

⁴¹³ *Id.*

⁴¹⁴ Réplica, párrafos 369-71.

⁴¹⁵ Réplica, párrafos 374-75, citando Memorial de Contestación, párrafo 331.

⁴¹⁶ Memorial sobre Jurisdicción, párrafos 338, 340.

⁴¹⁷ Memorial sobre Jurisdicción, párrafo 342.

⁴¹⁸ Memorial sobre Jurisdicción, párrafo 345.

⁴¹⁹ Memorial de Contestación, párrafo 316; *Ver también* Carta de las Demandantes del 4 de abril de 2012.

⁴²⁰ Memorial de Contestación, párrafos 317, 319.

⁴²¹ Memorial de Contestación, párrafo 318

⁴²² Memorial de Contestación, párrafo 342.

contrario, las investigaciones en España se refieren a 1) si, en la ejecución del CCA, SEPI debió haber solicitado el consentimiento del Tribunal de Cuentas antes de permitirle a Air Comet que se subrogue en los derechos de los acreedores de ARSA⁴²³, y 2) si Air Comet debió haber computado la adquisición de dichos créditos a los fines del impuesto sobre sociedades⁴²⁴.

301. Asimismo, las Demandantes aducen que Air Comet aplicó correctamente los fondos provistos por SEPI⁴²⁵, y que lo hizo con el consentimiento de SEPI⁴²⁶. Las Demandantes afirman que la Demandada también se equivoca en su afirmación de que Air Comet aumentó su patrimonio a título gratuito con los fondos del SEPI al no integrarlos a la base de activos computables a los fines del cálculo del impuesto sobre sociedades en España. Dichos créditos contra ARSA jamás ingresaron efectivamente al patrimonio de Air Comet. Air Comet actuó de conformidad con el CCA y el Acuerdo de Diciembre de 2001 al utilizar los fondos de SEPI en directo beneficio del accionista de ARSA (Interinvest), que a cambio de ello capitalizó los créditos, con lo que aumentó su tenencia accionaria en ARSA y redujo la deuda de la empresa aérea⁴²⁷.
302. Las Demandantes aducen que la “mera existencia” de investigaciones y procedimientos judiciales en España y Argentina no basta a los fines de probar la ilegalidad⁴²⁸. Las Demandantes señalan que aun si un tribunal español o argentino dictara sentencia en la que determinara que de alguna manera las Demandantes habían violado el derecho interno al realizar sus inversiones, dicha sentencia no revestiría carácter vinculante para este Tribunal⁴²⁹. La Demandada debe probar sus argumentos de ilegalidad ante este Tribunal.
303. Más específicamente, las Demandantes discrepan con las Demandadas respecto del contenido de la orden del juzgado español del 7 de septiembre de 2011. Las Demandantes afirman que la orden *no* ofrece una resolución final donde se concluya que se han cometido delitos⁴³⁰. Por el contrario, el juzgado decidió continuar con su investigación por haber determinado que existe la posibilidad de que se haya cometido un delito contra el Fisco Español en relación con el impuesto a las ganancias de Air Comet en España correspondiente a 2002⁴³¹. No obstante, en la misma orden, el juzgado también desestimó todas las acusaciones restantes en contra de Air Comet y las demás personas físicas, incluidos Díaz Ferrán y Pascual Arias, que incluían los delitos de falsificación, retiro ilícito, fraude procesal y apropiación ilícita de fondos públicos⁴³². En relación con los supuestos delitos contra el Fisco español, no ha habido decisión alguna como resultado de la investigación preliminar⁴³³.
304. Según las Demandantes, incluso si se asumiera que la Demandada había aportado suficientes elementos jurídicos y fácticos para que el Tribunal determinara que se había violado el derecho

⁴²³ Memorial de Contestación, párrafo 343.

⁴²⁴ Memorial de Contestación, párrafo 345.

⁴²⁵ Memorial de Contestación, párrafo 322; Memorial de Contestación, párrafo 340.

⁴²⁶ Memorial de Contestación, párrafo 344.

⁴²⁷ Memorial de Contestación, párrafo 345.

⁴²⁸ Memorial de Contestación, párrafo 331.

⁴²⁹ Memorial de Contestación, párrafo 332.

⁴³⁰ Carta de las Demandantes del 8 de noviembre de 2011, pág. 3.

⁴³¹ *Íd.* pág. 4.

⁴³² *Íd.* pág. 5.

⁴³³ Carta de las Demandantes del 4 de abril de 2012, pág. 3.

español, de todas formas no demuestra cómo es que esas violaciones del derecho español podrían constituir violaciones del derecho argentino, que es el único criterio aplicable con arreglo al Tratado (Artículo 1(2))⁴³⁴.

305. En relación con los “hechos nuevos” que alega la Demandada, las Demandantes manifiestan que estos hechos nuevos no inciden sobre el inicio de la inversión de las Demandantes o sobre el derecho argentino y, en todo caso, no son más que “meras acusaciones”⁴³⁵. (Traducción del Tribunal).
306. En primer lugar, respecto del procedimiento ante el Juzgado Central de Instrucción No. 1 de Madrid respecto de la supuesta malversación de fondos por parte de Díaz Ferrán, Pascual Arías e Iván Losada, las Demandantes afirman que estos procedimientos no guardan relación alguna con la jurisdicción de este Tribunal y el objeto del presente arbitraje⁴³⁶.
307. En segundo lugar, respecto a las acusaciones de fraude procesal, las Demandantes niegan la validez de estas reclamaciones así como también las conclusiones supuestamente infundadas de la Demandada⁴³⁷.
308. En tercer lugar, respecto de las investigaciones relativas a la legalidad de las operaciones dentro de los procedimientos concursales que se tramitan ante el Juzgado Central de Instrucción No. 8 de Madrid, las Demandantes afirman que ni las reclamaciones ni los procedimientos concursales resultan relevantes a los fines del presente arbitraje⁴³⁸.
309. En cuarto lugar, respecto del procedimiento concursal que se tramita ante el Juzgado de lo Mercantil No. 21 de Madrid, la Demandante afirma que este procedimiento resulta irrelevante a los fines del presente arbitraje. Asimismo, las Partes interesadas han objetado la solicitud del Ministerio Fiscal y aún no se ha dictado ninguna resolución⁴³⁹.

En quinto lugar, las Demandantes se refieren a la resolución del Juzgado en lo Mercantil No. 9 de Madrid de que Gerardo Díaz Ferrán y Gonzalo Pascual Arias fueron “culpables de la quiebra de Seguros Mercurio, S.A”. y de que Teinver y otras sociedades del Grupo Marsans eran responsables en calidad de cómplices, y afirman que la quiebra de Seguros Mercurio S.A. “no guarda relación con la segunda solicitud de medidas provisionales de las Demandantes, la jurisdicción de este tribunal o incluso el objeto del presente arbitraje”⁴⁴⁰. (Traducción del Tribunal). Por otra parte, la decisión del Juzgado del 11 de mayo no es firme, y las Demandantes entienden que se apelará oportunamente⁴⁴¹.

⁴³⁴ Memorial de Contestación, párrafo 348.

⁴³⁵ Carta de las Demandantes del 4 de abril de 2012, pág. 2.

⁴³⁶ *Íd.* pág. 3.

⁴³⁷ *Íd.* pág. 4.

⁴³⁸ *Íd.*

⁴³⁹ *Íd.*

⁴⁴⁰ Carta de las Demandantes del 1 de junio de 2012, pág. 2.

⁴⁴¹ *Íd.* pág. 2.

Supuestas Violaciones del Derecho Argentino

310. Las Demandantes alegan que las investigaciones argentinas por administración fraudulenta carecen de fundamento. En primer lugar, las Demandantes afirman que los fondos provistos por SEPI se utilizaron debidamente y ya sea de forma directa o indirecta reportaron un beneficio para ARSA y AUSA⁴⁴². En segundo lugar, las Demandantes observan que la Demandada no objetó los estados contables de ARSA correspondientes al ejercicio 2001, y que la participación de la Demandada se redujo cuando esta última no realizó los aportes necesarios para mantener su porcentaje de participación⁴⁴³. Las Demandantes señalan asimismo que el procedimiento en Argentina aún se encuentra en la etapa de investigación preliminar⁴⁴⁴.
311. Las Demandantes afirman también que Air Comet cumplió acabadamente con la Ley de Concursos y Quiebras argentina en relación con el concurso preventivo de ARSA⁴⁴⁵. La mayoría de los síndicos de ARSA aprobaron el convenio entre ARSA y sus acreedores, y este convenio fue luego ratificado por el tribunal argentino a cargo⁴⁴⁶. Asimismo, el Tribunal Comercial de Buenos Aires puso fin al concurso preventivo de ARSA el 17 de junio de 2011. El tribunal no concluyó que las Demandantes, Air Comet o Interinvest hubieran cometido irregularidades o ilegalidades durante el concurso preventivo. Por tanto, esta decisión confirma que las acusaciones de “irregularidades” en el contexto del concurso preventivo de ARSA planteadas por la Demandada son infundadas⁴⁴⁷.

Otros Supuestos Ilícitos

312. Las Demandantes responden que la Demandada no ha demostrado la relevancia del concurso preventivo o de las restantes circunstancias relativas a las dificultades financieras del Grupo Marsans⁴⁴⁸. Asimismo, las Demandantes afirman que lo que afectó a su grupo empresario fue la omisión de la propia Demandada de pagar una indemnización suficiente sin demora y de cumplir con sus obligaciones⁴⁴⁹.

La Cuestión Relevante de Legalidad a los Fines de la Jurisdicción

313. Las Demandantes afirman que el Tratado solamente exige que la inversión se haya ajustado al derecho del Estado receptor en el momento en que se “adquirió o efectuó”⁴⁵⁰. En otras palabras, el análisis que debe encarar el Tribunal en esta etapa se ha de centrar en el origen de la inversión. Esta afirmación queda confirmada por la jurisprudencia pertinente⁴⁵¹. Las Demandantes señalan que la Demandada no niega que Air Comet ganó el concurso preventivo organizado por SEPI y

⁴⁴² Memorial de Contestación, párrafo 322.

⁴⁴³ Memorial de Contestación, párrafo 321.

⁴⁴⁴ Carta de las Demandantes del 30 de junio de 2011, 18-19.

⁴⁴⁵ Memorial de Contestación, párrafo 351.

⁴⁴⁶ Memorial de Contestación, párrafos 352, 355.

⁴⁴⁷ Carta de las Demandantes del 30 de agosto de 2011, pág. 1.

⁴⁴⁸ Memorial de Contestación, párrafo 365.

⁴⁴⁹ Memorial de Contestación, párrafos 366-67.

⁴⁵⁰ Memorial de Contestación, párrafo 371.

⁴⁵¹ Dúplica, párrafo 324.

adquirió legalmente 99,2% de las acciones de Interinvest, y que el CCA constituye un contrato legal y vinculante según el derecho español⁴⁵².

314. Las alegaciones esgrimidas por la Demandada se refieren únicamente al desarrollo, más que al origen, de la inversión de las Demandantes⁴⁵³. Pero la Demandada no ha aportado ninguna fuente que sustente su afirmación de que la inversión debe ajustarse al derecho del estado receptor a lo largo de toda su vigencia y no solamente en la fecha de su inicio para quedar protegida por el Tratado. Si existiera ese requisito, prácticamente cualquier inversión podría quedar excluida de la protección del Tratado con meramente señalar violaciones técnicas del derecho local en el manejo de la inversión⁴⁵⁴. Asimismo, tal como se ha explicado anteriormente, la Demandada no ha logrado sustanciar sus alegaciones de incumplimiento⁴⁵⁵.

Buena Fe

315. Las Demandantes aducen que la Demandada no ha ofrecido prueba de que las Demandantes hayan actuado de mala fe al momento de realizar su inversión (o más adelante)⁴⁵⁶. A diferencia de la jurisprudencia citada por la Demandada, en este caso no hay pruebas de fraude por parte de las Demandantes al momento de realizar su inversión, o de que ellas hayan intentado acceder a un procedimiento de arbitraje del CIADI al que, de otro modo, no habrían tenido derecho⁴⁵⁷. La Demandada sencillamente reiteró ciertas alegaciones, tales como que supuestamente al adquirir pasivos de ARSA, Air Comet había cometido una defraudación tributaria según el derecho español⁴⁵⁸.

iii. Análisis del Tribunal

316. Las Partes discrepan acerca de dos cuestiones iniciales respecto de los argumentos analizados precedentemente. En primer lugar, discrepan acerca de si, conforme al Tratado y al derecho internacional en materia de inversiones, *cualquier* irregularidad cometidas por los inversores en relación con una inversión puede privar al inversor de la protección que otorga el Tratado, o sólo las irregularidades relativas al inicio de la inversión. En segundo lugar, las Partes discrepan acerca de si, como cuestión de hecho, los ilícitos supuestamente cometidos por las Demandantes tuvieron lugar al momento del “inicio” de la inversión o con posterioridad.

1. Oportunidad de los Supuestos Ilícitos

317. Tal como señala la Demandante, en el derecho internacional es un principio reconocido que las protecciones del mecanismo de resolución de controversias del CIADI no debe extenderse a inversiones realizadas ilegalmente. Así lo señaló recientemente el tribunal del caso *Hamester c. Ghana*:

⁴⁵² Memorial de Contestación, párrafo 371; *Ver también* Memorial de Contestación, párrafo 313.

⁴⁵³ Memorial de Contestación, párrafo. 374; *ver también* Memorial de Contestación, párrafo. 314.

⁴⁵⁴ Memorial de Contestación, párrafo 374.

⁴⁵⁵ Dúplica, párrafo 328.

⁴⁵⁶ Memorial de Contestación, párrafo 375.

⁴⁵⁷ Memorial de Contestación, párrafo 378.

⁴⁵⁸ *Id.*

Una inversión no gozará de protección si se ha creado en violación de los principios nacionales o internacionales de buena fe; mediante corrupción, fraude o engaño; o si la creación misma constituye un uso inapropiado del sistema de protección de las inversiones internacionales establecido por el Convenio del CIADI. Tampoco gozará de protección si se realiza en violación de las leyes del Estado Receptor (por ejemplo, tal como lo planteara el tribunal del caso *Phoenix*)⁴⁵⁹. (Traducción del Tribunal).

318. No obstante, tal como surge claramente del Tratado mismo, el período crítico a los fines de la legalidad de la inversión es el momento en el que se realizó la inversión. Los Artículos I(2), II y III(1) del Tratado regulan el concepto de inversiones admitidas realizadas por los inversores. En el Artículo I(2) se define el término “inversiones” de la siguiente manera:

El término "inversiones" designa todo tipo de haberes, tales como bienes y derechos de toda naturaleza, *adquiridos o efectuados de acuerdo con la legislación del país receptor de la inversión*[.] (énfasis agregado)

La aplicación del sentido corriente del Artículo I(2) a las Demandantes es bastante simple: a fin de constituir una “inversión” admitida por el Tratado, las inversiones deben haberse adquirido o efectuado de acuerdo con el derecho argentino, el país receptor de la inversión. En otras palabras, la cuestión relevante es si el ingreso de las Demandantes en la inversión, en este caso, la adquisición de las acciones en Interinvest a través de Air Comet, es legal.

319. Existen otras disposiciones del Tratado que apoyan esta interpretación. El Artículo II(1), que se refiere a la promoción y aceptación de las inversiones, establece que “[c]ada Parte promoverá, en la medida de lo posible, las inversiones *efectuadas* en su territorio [por inversiones] efectuadas en su territorio por inversores de la otra Parte y admitirá estas inversiones conforme a sus disposiciones legales.” (énfasis agregado). El Artículo III(1), que se refiere a la protección de las inversiones, establece que cada parte “protegerá en su territorio las inversiones *efectuadas*, conforme a su legislación, o inversores de la otra Parte[.]” (énfasis agregado).
320. La jurisprudencia de los casos en los que se analizaron TBIs con disposiciones similares también apoyan esta interpretación. El TBI Alemania-Ghana que se aplicó en el caso *Hamester* contenía una cláusula muy similar a la del Tratado, y el tribunal concluyó que sólo el momento del inicio de la inversión resultaba relevante a los fines de la determinación de la jurisdicción:

El Tribunal considera que es necesario distinguir entre (1) la legalidad al *inicio* de la inversión (“realizada”) y (2) legalidad *durante la ejecución* de la inversión. El Artículo 10 regula el ámbito de aplicación del TBI, pero la condiciona únicamente a la legalidad al inicio de la inversión. Por consiguiente, sólo este hecho resulta relevante a los fines de la jurisdicción del Tribunal. La legalidad en la vida subsiguiente o durante la ejecución de la inversión escapa al alcance del Artículo 10. De ello se desprende que no incide sobre el ámbito de aplicación del TBI (y, consiguientemente, sobre la jurisdicción del Tribunal), a pesar de que bien podría resultar relevante en el contexto de la etapa de fondo de una reclamación

⁴⁵⁹ *Hamester c. Ghana*, Laudo, párrafo 123.

planteada conforme al TBI. Por consiguiente, en la redacción de este TBI, la legalidad en la creación de la inversión constituye una cuestión jurisdiccional; la legalidad de la conducta del inversor durante la vida de la inversión es una cuestión de fondo⁴⁶⁰. (Traducción del Tribunal).

321. En igual sentido, en el caso *Fraport*, la demandada planteó que para que se reconociera la legitimación de la demandante conforme al TBI Alemania-Filipinas, la inversión no sólo debe cumplir con los requisitos de derecho interno al inicio de la inversión sino que debe cumplir con el derecho interno en todo momento. Si bien el tribunal finalmente concordó con la demandada en que la inversión se había adquirido ilegalmente⁴⁶¹, el tribunal rechazó la interpretación de la demandada respecto de la *continuación* de la inversión. En tal sentido, señaló:

El lenguaje de los Artículos 1 y 2 enfatizan el inicio de la inversión. Asimismo, el funcionamiento efectivo del régimen de TBI parecería exigir que el cumplimiento de la jurisdicción se limite al inicio de la inversión. Si, al momento de iniciarse la inversión, se cumplió con la ley del estado receptor, las acusaciones del estado receptor de violaciones de la ley en el transcurso de la inversión pueden constituir una defensa como justificación de las medidas del estado respecto de la inversión y pueden constituir una defensa a las supuestas violaciones sustantivas del TBI, pero no pueden privar al tribunal que actúa con arreglo a un TBI de su jurisdicción⁴⁶². (Traducción del Tribunal).

322. Incluso en *Inceysa*, un caso en el cual el tribunal determinó que las demandantes habían cometido varios actos fraudulentos, el tribunal concentró su análisis en el *inicio* de la inversión: “[U]n inversor extranjero no puede pretender beneficiarse de una inversión *realizada* mediante uno o varios actos ilegales y, consecuentemente, gozar de la protección que le confiere el Estado receptor, como es, el acceso al arbitraje internacional para la solución de sus controversias, pues es evidente que *su actuación tuvo un origen doloso* y, como lo sostiene la máxima jurídica, “nadie puede beneficiarse de su propio dolo”⁴⁶³. Las conclusiones del tribunal de *Inceysa* de que se habían cometido fraude se referían al inicio de la inversión, entre otras, el hecho de que la demandante había realizado presentación de información falsa como parte de su oferta en la licitación, manifestaciones falsas realizadas durante el proceso de licitación, documentos falsos presentados junto con su oferta y el ocultamiento de su vinculación con otro oferente, contraviniendo así las bases de la licitación⁴⁶⁴.

323. Asimismo, el Tribunal observa que la ley relevante a los fines de determinar si la inversión se realizó legalmente es la ley del Estado receptor. Muchos de los argumentos de la Demandada se refieren a acusaciones de ilegalidad conforme al derecho *español*. La Demandada basa estos argumentos en la idea de que “los principios generales que establecen la no protección de

⁴⁶⁰ *Hamester c. Ghana*, Laudo, párrafo 127 (énfasis agregado).

⁴⁶¹ *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. República de las Filipinas* (Caso CIADI No. ARB/03/25), Laudo del 16 de agosto de 2007 (en adelante, “*Fraport c. Filipinas*”), LA AR 84. Este Laudo fue luego anulado, pero la decisión de anulación se basó en otros fundamentos. Ver *Fraport c. Filipinas*, Decisión sobre Anulación, 23 de diciembre de 2010, LA AR 145.

⁴⁶² *Fraport c. Filipinas*, 2007 Laudo párr. 345.

⁴⁶³ *Inceysa c. El Salvador*, Laudo, párr. 242 (énfasis agregado).

⁴⁶⁴ *Íd.* párrafo 236.

inversiones ilegales o realizadas de mala fe... no se limitan a la legislación del Estado huésped de la inversión sino también a las legislaciones de otros países que pudieran estar involucradas”⁴⁶⁵. No obstante, una vez más nos remitimos al Artículo I(2) del Tratado que se refiere a las inversiones “adquiridas o efectuadas de acuerdo con la legislación del *país receptor de la inversión*”, que deja claro que la ley relevante en esta materia es el derecho argentino.

2. Supuestas Ilegalidades de las Demandantes

324. La Demandada no ha demostrado que las Demandantes efectivamente hayan cometido ilegalidades en el proceso de *adquisición* de su inversión en las Aerolíneas Argentinas. En esta materia, la carga de la prueba recae sobre la Demandada. Por su parte, las Demandantes deben establecer que su inversión *prima facie* está protegida por el Tratado⁴⁶⁶, y la Demandada no ha planteado con esta excepción ninguna cuestión de hecho que contradiga la posición de las Demandantes⁴⁶⁷.
325. Tal como lo señalaron las Demandantes, la Demandada no niega que Air Comet ganó el concurso preventivo organizado por SEPI y adquirió legalmente 99,2% de las acciones de Interinvest, y que el CCA constituye un contrato legal y vinculante según el derecho español⁴⁶⁸. Por el contrario, la Demandada cita el argumento de que no puede sino tenerse en cuenta íntegramente el negocio jurídico complejo que habría dado “origen” a la inversión, es decir, el CCA y los “actos jurídicos relacionados, incluidos el cumplimiento o incumplimiento que se haya hecho de sus términos”⁴⁶⁹.
326. No obstante, la posición que asume la Demandada con respecto a la totalidad de la “operación” del CCA está errada. El CCA es un contrato entre SEPI y Air Comet para regular un intercambio de beneficios, responsabilidades y obligaciones. Algunos de los compromisos realizados por las partes están relacionados con la transferencia de la titularidad sobre las acciones en

⁴⁶⁵ Memorial sobre Jurisdicción, párrafo 340.

⁴⁶⁶ Ver, por ejemplo, *Salini c. Jordania*, Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 151 (“De conformidad con [abundante] jurisprudencia, el Tribunal procurará determinar si los hechos planteados por las Demandantes en este caso, de probarse, se pueden encuadrar dentro de las disposiciones del TBI invocado por ellas.”). (Traducción del Tribunal).

⁴⁶⁷ Una serie de tribunales han concluido que la demandante tiene la carga de la prueba respecto de los hechos alegados en las excepciones a la jurisdicción. Ver, por ejemplo, *Rompetrol Group N.V. c. Rumania* (Caso CIADI No. ARB/06/3), Decisión sobre Jurisdicción, 18 de abril de 2008, párrafo 75, Anexo C-523. (“Se verá que la excepción a la jurisdicción se basa en cuestiones de hecho (si las inversiones se encontraban y se encuentran bajo el control dominante del Sr. Patriciu; si el origen de los fondos de inversión era rumano) y cuestiones de derecho (el efecto que estas circunstancias de hecho podrían tener sobre la jurisdicción del Tribunal para resolver la reclamación planteada por el inversor). A fin de sustentar las reclamaciones de derecho, la Demandada tiene la carga de probar las cuestiones de hecho en las que se basan esas reclamaciones. Las Partes discrepan tanto respecto de las cuestiones de hecho como las de derecho.”) (traducción del Tribunal); *Desert Line Projects LLC c. República de Yemen* (Caso CIADI No. ARB/05/17), Laudo, 6 de febrero de 2008, párrafo 105 (LA AR 83) (“la Demandada ha estado lejos de probar ante el Tribunal de Arbitraje que la Demandante realizó una inversión que o bine era contraria a las leyes o normas de Yemen o no contaba con la autorización de la Demandada.”); *Hamester c. Ghana*, Laudo párr. 132 (“Una vez sopesadas cuidadosamente todas las pruebas, el Tribunal considera que la Demandada no ha cumplido cabalmente con su carga probatoria” respecto del argumento de ilegalidad al inicio de la inversión planteada por ella). (Traducción del Tribunal).

⁴⁶⁸ Memorial de Contestación, párrafo 313.

⁴⁶⁹ Réplica, párrafos 365-366.

Interinvest⁴⁷⁰. No obstante, los demás compromisos del CCA se refieren no sólo a la asunción de responsabilidad y otros compromisos económicos por parte de SEPI en las Aerolíneas Argentinas, sino también a obligaciones tan diversas como estructuras de gestión, el tamaño de la flota de aeronaves de las Aerolíneas Argentinas, las rutas aéreas que tomarían las Aerolíneas Argentinas y la dotación de empleados⁴⁷¹. Cada uno de estos compromisos, independientemente de que guarden o no relación con la transferencia de acciones, representa una promesa a cumplir *una vez celebrado el contrato*. En tal sentido, cualquier cuestión relativa al cumplimiento o el incumplimiento por alguna de las partes de los términos del CCA es una cuestión relativa a la *ejecución*. Cualquier incumplimiento que se haya producido más adelante no tiene el efecto retroactivo de invalidar, tornar ilegal o afectar de otro modo la integridad o la fuerza vinculante del CCA mismo, sino que simplemente genera responsabilidad para la parte del CCA.

327. Tal como se analizó anteriormente, la cuestión jurisdiccional relevante es si las Demandantes adquirieron o realizaron su inversión de conformidad con el derecho argentino. En este caso, las Demandantes *realizaron* su inversión al momento de la celebración del CCA. No se han presentado pruebas en el expediente que demuestren que las Demandantes hayan incumplido ninguna ley argentina o cometido ninguna ilegalidad al *celebrar* el CCA. No hay indicios que sugieran que las Demandantes o SEPI no estuvieran autorizados a firmar el acuerdo, de que las Demandantes hayan cometido fraude o hayan omitido un hecho esencial en su participación en la licitación, o que las Demandantes hayan participado en un hecho de corrupción o no hayan cumplido con los requisitos de la licitación o cualquier otro requisito.
328. Por todo lo expuesto, el Tribunal concluye que todos los argumentos de la Demandada se refieren al cumplimiento de las Demandantes del CCA (es decir, la subrogación de las Demandantes en las reclamaciones de los acreedores de ARSA) u otros hechos posteriores a la adquisición de la inversión. Los argumentos de la Demandada respecto de si las Demandantes aprobaron erróneamente los estados contables de ARSA correspondientes al ejercicio 2001, de si el rol de ARSA en el concurso preventivo violó el derecho argentino y de si el grupo Marsans hizo una “gestión deplorable” de sus inversiones son todas cuestiones que surgieron *con posterioridad* a la adquisición de la inversión por parte de las Demandantes.

3. Supuesta Falta de Buena Fe de las Demandantes

329. Por último, la Demandada afirma que las Demandantes violaron los principios de buena fe cuando Air Comet se subrogó en las reclamaciones de los acreedores de ARSA y cuando omitió informar esta subrogación a las autoridades tributarias competentes⁴⁷². En líneas generales, la Demandada también acusa al Grupo Marsans de ignorar los principios de buena fe “en múltiples jurisdicciones”⁴⁷³.
330. Ninguno de estos supuestos actos se refiere a la *adquisición* de la inversión de las Demandantes, sino a la etapa posterior a la realización de la inversión. Asimismo, la jurisprudencia que cita la Demandada sustenta la posición de que la cuestión relevante a los fines de determinar si una

⁴⁷⁰ Anexo C-18, págs. 1-6.

⁴⁷¹ Ver Anexo C-18, §§ 7, 9.

⁴⁷² Memorial sobre Jurisdicción, párrafo 342.

⁴⁷³ Memorial sobre Jurisdicción, párrafo 345.

inversión viola los principios de buena fe corresponde al momento de la *adquisición* de la inversión. En el caso *Inceysa*, el caso sobre el que se apoya fundamentalmente la Demandada, el tribunal resolvió que la demandante había efectuado numerosas declaraciones fraudulentas en violación de las reglas fundamentales de la licitación y que ello constituía una violación del principio de buena fe⁴⁷⁴. A diferencia del caso que nos ocupa, el caso *Inceysa* se refería a los actos de la demandante en relación con la *adquisición* de su inversión. Del mismo modo, en el caso *Phoenix*, el tribunal concluyó que las demandantes no habían realizado una verdadera “inversión económica” sino tan sólo “un reordenamiento de bienes dentro de la familia para poder acceder a la jurisdicción del CIADI de la que no gozaba el inversor original”⁴⁷⁵. *Phoenix* simplemente no se aplica a las circunstancias de este caso. Por consiguiente, la Demandada no ha demostrado que las Demandantes no hayan actuado de buena fe en la adquisición de su inversión.

331. En conclusión, por todo lo expuesto, el Tribunal rechaza la cuarta excepción de la Demandada. El Tribunal observa que algunos de los argumentos planteados son susceptibles de afectar el fondo de la reclamación y que por lo tanto las Partes tendrán la posibilidad de hacer presentaciones en el futuro respecto de estos argumentos según corresponda durante la etapa de fondo de la diferencia del Arbitraje.

V. Costos

332. Ambas Partes han solicitado al Tribunal que ordene a la contraparte el pago de costos y honorarios, más intereses. El Tribunal resolverá sobre esta cuestión más adelante en el procedimiento.

⁴⁷⁴ *Inceysa c. El Salvador*, Laudo, párrafos 236-37.

⁴⁷⁵ *Phoenix Action c. República Checa* (Caso CIADI No. ARB/06/5), Laudo, 15 de abril de 2009, LA AR 85, párr. 140.

VI. Decisión sobre Jurisdicción

333. Por los motivos expuestos *ut supra*, el Tribunal resuelve:

- 1) Desestimar las Excepciones a la Jurisdicción;
- 2) Unir al fondo de la diferencia la cuestión de la determinación de la responsabilidad de la Demandada por los actos de entidades no estatales.

[firmado]

Judge Thomas Buergenthal
Presidente del Tribunal

[firmado]

Henri C. Alvarez Q.C.
Árbitro

[firmado]

Dr. Kamal Hossain
Árbitro
Sujeta a la opinión separada
adjunta