

Ignacio Torterola



LA SAGA CONTINÚA

1. INTRODUCCIÓN

Recientemente, en septiembre de 2008, la Pontificia Universidad Católica del Perú me invitó a su Congreso Internacional de Arbitraje que realiza año tras año con el Estudio Mario Castillo Freyre. Allí presenté la conferencia “*Tendencias y Tendencistas*” que refería al rol que ciertos jugadores (Estados e inversores) tienen en el Arbitraje de Inversión (o Arbitraje Inversor-Estado como también se le denomina). La República Argentina, por el masivo número de arbitrajes iniciados como consecuencia de la crisis financiera, económica y social del año 2001 es sin duda, uno de tales jugadores.

Entre el mes de septiembre de 2008, oportunidad del III Congreso Internacional de Arbitraje antes referido y este reciente comienzo del año 2009, dos tribunales arbitrales en casos contra la República Argentina dictaron decisiones favorables a Argentina,¹ las cuales se suman a las dos decisiones a favor de Argentina también dictadas en los casos Continental y Metalpar². Sin duda estas decisiones son importantes en la defensa de los intereses argentinos, aunque también tienen una importancia sistémica en el arbitraje inversionista-Estado. El presente trabajo tiene por objeto, entonces, analizar la importancia sistémica de tales decisiones.

2. LA DECISIÓN EN EL CASO WINTERSHALL

Wintershall es una empresa de capitales alemanes que realiza inversiones en el sector de exploración y explotación petrolífera en la

República Argentina. En el caso iniciado bajo los auspicios del Convenio CIADI, Wintershall reclama el daño que le causó a su inversión las normas que surgen de la ley de emergencia dictada por el Congreso Argentino en el año 2002.



¹ Las decisiones de referencia son: Wintershall Aktiengesellschaft c. República Argentina. Caso CIADI ARB/04/14 (Fali Nariman, Torres Bernardez, Bernardini). Decisión del 8 de diciembre de 2008 (*en adelante Wintershall*); y TSA Spectrum de Argentina SA c. República Argentina. Caso CIADI ARB/05/5. (Danelius, Abi Saab, Aldonas). Decisión del 19 de diciembre de 2008 (*en adelante, TSA Spectrum*).

² Continental Casualty Company c. República Argentina. Caso CIADI ARB/03/9 (Sacerdoti, Nader, Veeder). Decisión del 5 de setiembre de 2008 (*en adelante Continental*); y Metalpar SA y Buen Aire SA c. República Argentina. Caso CIADI ARB/03/5. (Oreamuno Blanco, Cameron, Chabaneix). Decisión del 6 de junio de 2008 (*en adelante Metalpar*).

El autor es abogado del estado argentino en los casos que la República Argentina enfrenta ante Tribunales del CIADI y otros tribunales internacionales en materia de inversión. Asimismo, es el enlace entre la Procuración del Tesoro de la Nación y el CIADI en la Embajada de la República Argentina en Washington, DC. Las opiniones aquí expresadas -no obstante-, son propias del autor y no pretenden reflejar la posición del gobierno argentino o de cualquier otra institución en la que el autor pudiera desempeñarse.

La empresa invocó el Tratado de Promoción y Protección de Inversiones entre la República Argentina y Alemania. El Tratado establece en el artículo 10(2) que en caso de surgir una controversia entre un Estado y un inversor del otro Estado Parte, el inversor debía iniciar acciones ante los Tribunales del Estado receptor por 18 meses. Tanto para el caso en que la decisión no se dictara en el período de tiempo antes establecido como para el caso en que el inversor no estuviera conforme con la decisión dictada, éste podrá recurrir a los Tribunales internacionales pactados en la *cláusula de jurisdicción* del tratado³.

La decisión del Tribunal de fecha 8 de diciembre de 2008 rechaza el reclamo de Wintershall al que califica fuera de la jurisdicción y competencia del CIADI.

En su interpretación de la controversia, y en especial de la cláusula de jurisdicción contenida en el artículo 10(2) del Tratado Bilateral aplicable, el Tribunal distinguió entre requisitos jurisdiccionales y requisitos procesales concluyendo que el período contemplado en la cláusula 10(2) del mencionado tratado correspondía a la primera categoría⁴. Asimismo, la determinación realizada por el Tribunal respecto a la errónea aplicación del preámbulo del Tratado, a los fines de interpretar el texto del acuerdo, constituye un importante avance respecto a una de las cuestiones que mucho debate ha producido en la doctrina⁵.

3. LA DECISIÓN EN EL CASO TSA

En el año 1998, una sociedad de capitales franceses, TSA Spectrum, resultó adjudicataria de la concesión del servicio de mantenimiento y operación del Espectro Radioeléctrico Argentino. La inversión de TSA Spectrum se hizo a través de TSI, una sociedad controlada en el Reino de los Países Bajos. Dada esta última circunstancia, el Tratado aplicable a la controversia fue el Tratado Bilateral de Promoción y Protección de Inversiones entre la República Argentina y el Reino de los Países Bajos.

La República Argentina presentó cuatro excepciones a la jurisdicción del Tribunal: (1) falta de jurisdicción por la existencia de una cláusula exclusiva de jurisdicción; (2) necesidad de someter la controversia a los Tribunales argentinos bajo el artículo 10(3) del TBI aplicable (rechazo de la cláusula NMF); (3) el propietario definitivo de los derechos que surgen del contrato de concesión y, en consecuencia, de este arbitraje, es un ciudadano argentino; (4) hubo corrupción en la adjudicación del contrato y conforme a casos CIADI anteriores, ello sería contrario a las leyes argentinas y consecuentemente, a las leyes del país donde se realizó la inversión.

La decisión del Tribunal rechaza el reclamo de TSA Spectrum, al que califica fuera de la jurisdicción y competencia del CIADI. El Tribunal

...la determinación realizada por el Tribunal respecto a la errónea aplicación del preámbulo del Tratado, a los fines de interpretar el texto del acuerdo, constituye un importante avance respecto a una de las cuestiones que mucho debate ha producido en la doctrina.

• • • • •

³ Ver 4.a., página siguiente.

⁴ “143 It follows from the above that the categorical assertion of Prof. Schreuer that “procedural obstacles are not jurisdictional requirements and may be disregarded cannot be accepted in that unqualified formulation. It would all depend – even “procedural obstacles” can be so worded as to render them jurisdictional. As for instance in the ICSID Tribunal decision in the Enron case (also mentioned by Professor Schreuer in a footnote to his letter dated October 19, 2007) where the six month negotiation period (in that case) was treated as a jurisdictional requirement. The relevant passage from the ICSID decision ...”. Wintershall, Op. Cit. 143.

“172. “The requirement of recourse to local courts for an eighteen-month period in Article 10(2) is fundamentally a jurisdictional clause, not a mere procedural provision ...” Wintershall, Op. Cit. 172.

⁵ “(154) Resort to the Preamble of the BIT in support of unrestricted direct access to ICSID Arbitration is also misplaced ... If the object and purpose had been to have immediate unrestricted direct access to ICSID arbitration, then inclusion of Article 10(2) would have been otiose and superfluous. Therefore, the assumption and assertion made in this proceeding (and in some decisions of ICSID Tribunal as well), that since the object and purpose of a BIT is to protect and promote investment, unrestricted direct access to ICSID must be presumed, is contrary to the text (and context) of this BIT, ie. The Argentine Germany BIT. Wintershall, Op. Cit. 154.

determinó su falta de jurisdicción en base a la excepción contenida en el numeral (3). Asimismo, rechazó la primera excepción de jurisdicción y evitó expedirse respecto a las excepciones (2) y (4). El árbitro nominado por la parte demandante, *Grant Aldonas*, dictó una decisión en disidencia respecto a la excepción (3) y el árbitro nominado por la parte demandada, *George Abi-Saab*, dictó una opinión concurrente expresando sus razones para rechazar la primera excepción de jurisdicción y aceptar la tercera.

La mayoría del Tribunal en *TSA c. Argentina* decidió levantar el “velo societario” para determinar el control societario real a los fines de la nacionalidad de la sociedad controlante. Siendo que el accionista de última instancia era un ciudadano argentino, decidió que la acción estaba fuera de la competencia y jurisdicción del CIADI.

4. LA IMPORTANCIA SISTÉMICA DE LAS DECISIONES

Subjetivamente, desde la perspectiva de Argentina, las decisiones en *Wintershall* y *TSA* (dictadas en noviembre y diciembre de 2008) imponen un cierre magistral a un año en el que la defensa argentina gozó de importan-

tes logros. (Rechazo del reclamo por falta de pruebas en el caso *Metalpar SA y Buen Aire SA c. República Argentina*⁶ y reconocimiento de la defensa de emergencia bajo el artículo XI del TBI entre la República Argentina y los Estados Unidos de América en el caso *Continental c. República Argentina*⁷)⁸.

Las decisiones en *TSA* y *Wintershall* tienen, además, importancia sistémica para el arbitraje de inversión y es precisamente ello lo que quiero resaltar en esta contribución. Como señalaré en los próximos párrafos, la decisión en *Wintershall* cambia una tendencia casi consolidada en relación a la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida. La decisión en *TSA* -por su parte- introduce también, un importante precedente en cuanto al requisito de la nacionalidad extranjera del inversor cuando éste invoca el Convenio del CIADI.

a. La cláusula de la nación más favorecida y el derecho de las inversiones

Una cuestión que ha estado en el corazón de las disputas de Argentina es la problemática de la aplicación de la cláusula de la nación

La decisión en TSA -por su parte- introduce también, un importante precedente en cuanto al requisito de la nacionalidad extranjera del inversor cuando éste invoca el Convenio del CIADI.

• • • • •

⁶ *Metalpar SA y Buen Aire SA c. República Argentina*. Anteriormente citado. El Tribunal concluyó que no existían pruebas como para concluir que las medidas de emergencia del año 2001 habían causado daños a la empresa, que había continuado expandiéndose en la República Argentina y en la región. El Tribunal especialmente tuvo en cuenta las declaraciones, durante el alegato de cierre de la Audiencia de Méritos, del Sr. Jaime Paredes, dueño y gerente de *Metalpar*, quien manifestó el buen resultado obtenido por su empresa con motivo y/o a pesar de las medidas de emergencia del año 2001. En los términos del Tribunal: “*Los aumentos de sus ventas tuvieron el efecto de que Metalpar Argentina S.A. sea actualmente una de las principales vendedoras de carrocías en Argentina. Ello es notable si se considera que en el 2001 había 28 empresas dedicadas a esa actividad y que hoy sólo quedan 5 (declaración del señor Jaime Paredes, transcripción de la audiencia, 14 de septiembre del 2007, página 932). Como se ha dicho reiteradamente, es obvio que ese éxito no puede atribuirse exclusivamente a las medidas tomadas por las autoridades argentinas pero es evidente que el Tribunal, ante ese panorama, no puede llegar a la conclusión contraria y resolver que esas medidas tuvieron un efecto ruinoso sobre las inversiones de las Demandantes cuyas supuesta disminución originó este proceso.*”. *Metalpar*, Op. Cit. ¶232.

⁷ *Continental SA c. República Argentina*. Anteriormente citado. La decisión condenó a la República Argentina al pago de 2.800.000 dólares estadounidenses (a partir de un reclamo de más de 70 millones de la misma moneda). El Tribunal reconoció y aplicó la defensa de emergencia contenida en el artículo XI del Tratado Bilateral de Promoción y Protección de Inversiones entre la República Argentina y los Estados Unidos de América. En base al reconocimiento de esta defensa – que ha recibido diverso tratamiento en decisiones anteriores – el Tribunal rechazó el reclamo en casi su totalidad. El día 11 de enero de 2009 *Continental SA* presentó ante el CIADI la solicitud para obtener la Anulación de la Decisión en función del Artículo 52 del Convenio CIADI.

⁸ La decisión del Tribunal arbitral (Arbitraje UNCITRAL) en el caso *National Grid c. República Argentina* (*Rigo Sureda, Garro, Kesler*) condenó a la República Argentina al pago de 185 millones de dólares como consecuencia de las mismas medidas que el Tribunal en *Continental* consideró protegido por la cláusula del Artículo XI del TBI con los Estados Unidos de América. Es importante señalar, sin embargo, que el TBI entre la República Argentina y el Reino Unido de Gran Bretaña carece de una norma idéntica al Artículo XI, aunque contiene – a mi entender – una norma general sobre emergencia. Asimismo, sería de aplicación el instituto del Estado de Necesidad bajo el derecho internacional consuetudinario.

más favorecida (cláusula NMF) al mecanismo de solución de controversias. En otras palabras, la posibilidad de utilizar el mecanismo de la CNMF para otorgar al inversionista un tratamiento más favorable en la resolución de disputas, eliminando algún requisito previamente contenido en el Tratado invocado. Esta circunstancia se planteó, especialmente, en relación con el período de 18 meses durante el cual la disputa debe ser sometida a los Tribunales de una u otra parte en la controversia. Sin embargo, también se ha aplicado a otras circunstancias, e incluso a los fines de mejorar las condiciones de solución de controversias.

A modo de ejemplo, el artículo 10(2) del Tratado Bilateral entre la República Argentina y Alemania establece:

No hay duda que el Tratado establece el principio de la nación más favorecida. La cuestión controvertida se plantea, no obstante, respecto a si la cláusula se aplica a solución de controversias o solamente al tipo de cuestiones cuyo tratamiento está contemplado en el artículo 4 (plena protección y seguridad).

Artículo 10

(1) Las controversias que surgieren entre una de las Partes Contratantes y un nacional o una sociedad de la otra Parte Contratante en relación con las inversiones en el sentido del presente Tratado deberán, en lo posible, ser amigablemente dirimidas entre las partes en la controversia.

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

(3) La controversia podrá ser sometida a un tribunal arbitral 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 judicial previsto por el apartado 2 de este artículo, o cuando exista tal decisión pero la controversia subsista entre las partes;*
- b) cuando ambas partes en la controversia así lo hayan convenido.*

(4) En los casos previstos por el párrafo 3 anterior las controversias entre las partes, en el sentido de este artículo, se someterán de común acuerdo, cuando las partes en la controversia no hubiesen acordado otra cosa, sea a un procedimiento arbitral en el marco del "Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a las inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados", del 18 de marzo de 1965 o a un tribunal arbitral ad hoc establecido de conformidad con las reglas de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (C. N. U. D. M. I.)⁹.

Del mismo modo, el artículo 4 del mismo Tratado establece que:

(4) En lo concerniente a las materias regidas por el presente artículo, los nacionales o sociedades de una de las Partes Contratantes gozarán en el territorio de la otra Parte Contratante parte contratante del trato de la nación más favorecida¹⁰.

No hay duda que el Tratado establece el principio de la nación más favorecida. La cuestión controvertida se plantea, no obstante, respecto a si la cláusula se aplica a solución de con-

• • • • •

⁹ Ver Tratado Bilateral de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República Argentina y la República Federal de Alemania. Ley 24098. Entrado en Vigencia el 30 de junio de 1992. Artículo 10.

¹⁰ Ver Tratado Bilateral de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República Argentina y la República Federal de Alemania. Ley 24098. Entrado en Vigencia el 30 de junio de 1992. Artículo 4(4).

troversias o solamente al tipo de cuestiones cuyo tratamiento está contemplado en el artículo 4 (plena protección y seguridad). Asimismo, la cuestión también refiere a la posibilidad de que las condiciones a las cuales sujeta el Tratado, el inicio de una controversia puedan o no ser exceptuadas.

Históricamente, la interpretación favorable a la aplicación de la CNMF para aplicar mejores condiciones hacia la solución de controversias comenzó con el caso *Mafezzini c. Reino de España*¹¹. En este arbitraje, un ciudadano argentino solicitó la aplicación de las condiciones más favorables existentes en el Tratado Bilateral entre el Reino de España y la República de Chile,¹² para reemplazar la exigencia de someter la controversia a los Tribunales locales, como condición para el acceso a la vía arbitral contenidas en el TBI entre el Reino de España y la República Argentina.

A partir de *Mafezzini*, la cláusula de la nación más favorecida se aplicó en forma casi automática para permitir utilizar sistemas de solu-

ción de controversias más favorables al inversor (en relación a las condiciones necesarias para iniciar la controversia – como se viene explicando –)¹³. Cabe mencionar, en tal sentido, que algunos casos se apartaron del precedente, aunque sin contradecir sus conclusiones¹⁴.

El Tribunal en *Wintershall*, sin embargo, se aparta de esta línea de precedentes y realiza varias conclusiones cuya trascendencia excede de la presente controversia. Los próximos párrafos explican tales consecuencias sistémicas.

En primer lugar, el Tribunal estableció que el requisito de someter la controversia a los Tribunales del Estado receptor de la inversión no es un requisito meramente procesal y, consecuentemente, dispensable. El Tribunal determina que al haber utilizado las partes la palabra “será” en el artículo 10(2), establecieron la obligación de sometimiento de la controversia a los Tribunales locales y no una mera prerrogativa cuyo ejercicio quedara sujeto a la voluntad de la parte demandante¹⁵.

En primer lugar, el Tribunal estableció que el requisito de someter la controversia a los Tribunales del Estado receptor de la inversión no es un requisito meramente procesal y, consecuentemente, dispensable.

11 Ver Emilio Mafezzini c. Reino de España. (Orrego Vicuña, Buergethal, Wolf) Caso CIADI ARB/97/7. Decisión del 25 de enero del 2000.

12 Ver Mafezzini, Op. Cit. ¶2.

13 En tal sentido ver Siemens AG c. República Argentina. (R. Sureda, Brower, B. Janeiro) Caso CIADI ARB/02/08. Decisión de Jurisdicción del 3 de agosto de 2004. AASA y Suez, Aguas de Barcelona SA, Vivendi Universal c. República Argentina. Caso CIADI. ARB/03/19. (Salacuse, K. Kohler, Nikken) Decisión de Jurisdicción del 16 de mayo de 2006. APSF y Suez, Aguas de Barcelona SA e Interagua Servicios Integrales SA c. República Argentina. (Salacuse, K. Kohler, Nikken). Caso CIADI. ARB/03/17. Decisión de Jurisdicción del 16 de mayo de 2006. BG Group PLC c. República Argentina. (A. Alvarez, Garro, V. den Berg). Arbitraje UNCITRAL. Camuzzi International SA c. República Argentina. (Orrego Vicuña, Lalondo, M. Rico) Decisión de Jurisdicción de 10 de junio de 2005, entre otros.

14 El Tribunal en *Wintershall* describe estos casos en el siguiente modo: “A second line of decisions of tribunals (which are fewer) begin with *Salini Costruttori S.p.A c. Hashemite Kingdom of Jordan* (Guillaume, Cremades, Sinclair) followed by *Plama Consortium Ltd. c. República de Bulgaria* (Salans, V. Den Berg, Veeder) and *Telenor Mobile c. Hungría* (Goode, Allard, Marriott) they mark a decisive step away from the expansive approach adopted by the tribunal in *Mafezzini*. This second line of “cases” proceeds on the basis that dispute resolution provisions in a specific treaty having been negotiated with a view to resolving disputes under that treaty, Contracting States cannot be presumed to have agreed that those provisions could be enlarged (or displaced) by incorporating dispute resolution provisions from other treaties negotiated by the Host State with a different party in an entirely different context. Thus, this trend – which follows closely the principle of general international law that international courts and tribunals can only exercise jurisdiction over a State with consent – does not regard as sufficient consent of the Host State to international arbitration which would be a merely presumed consent”. *Wintershall*, Op. Cit. ¶¶179, 180.

15 El Tribunal sostiene, citando el caso *ENRON c. República Argentina*, que incluso el plazo de 6 meses, contenido en el TBI entre los Estados Unidos de América y la República Argentina puede ser de cumplimiento obligatorio, no obstante ser una norma exclusivamente procesal. Todo depende, de acuerdo al Tribunal, de la redacción que tenga la norma. Ver *Wintershall Aktiengesellschaft c. República Argentina*. Caso CIADI ARB/04/14 (previamente citado) ¶143. Específicamente el Tribunal establece: “It is incorrect to characterize the obligation imposed by Article 10(2) of the Argentina – Germany BIT as a “mandatory waiting period”. The obligation under Article 10(2) is two fold: being constituted both by a rational *fori* element and a *ratione temporis* element. The circumstance that “waiting periods” are held in some decisions to be “procedural” rather than imposing a jurisdictional requirement has no bearing in the present case on the characterization of the eighteen – month requirement before the local Courts as a jurisdictional requirement. The wording used in the Argentina – Germany BIT prescribed the two requirements differently. Article 10(1) mentions that “Disputes ... shall as far as possible be settled amicably between the parties in dispute, while further qualification. A waiting period for amicable settlement (or for negotiation) is definitely not the same as a requirement to invoke the jurisdiction of domestic Courts for a given period of time; the former is deal with in the Argentina – Germany BIT in paragraph (1) of Article 10. The latter forms the subject matter of paragraph (2) of Article 10.” Ver *Wintershall*, Op. Cit. ¶145.

En tal sentido, la decisión del Tribunal consideró esencial la redacción del Tratado, el cual determina la jurisdicción del Tribunal para resolver una disputa. Conforme a la decisión, al haber las partes incluido una obligación de someter las controversias a la justicia local, el vocabulario utilizado no otorga una posibilidad sino impone una obligación:

“The manner in which Article 10 of the BIT is worded (and it is words that determine the intention of the Parties when interpreting a treaty) it is apparent – that reference to ICSID arbitration is expressly conditioned upon inter alia a claimant – investor first submitting his/its dispute to a Court of competent jurisdiction in Argentina, during an 18 – months period (and a three month further waiting period) and then proceeding to ICSID arbitration”¹⁶.

El Tribunal también se ocupa en afirmar que el leading case en la eximición del sometimiento a los Tribunales locales, el caso Emilio Mafezzini c. Reino de España, contiene un razonamiento erróneo por el cual el producto final de esa línea procesal se encontraría viciado.

En conclusión, la decisión a la que arribó el Tribunal en *Wintershall* puede transformarse en un importante precedente y será aplicable *ultra vires*, dependiendo de la redacción del Tratado en cuestión a partir del cual se invoca la aplicación de la cláusula NMF.

El Tribunal también se ocupa en afirmar que el *leading case* en la eximición del sometimiento a los Tribunales locales, el caso *Emilio Mafezzini c. Reino de España*,¹⁷ contiene un razonamiento erróneo por el cual el producto final de esa línea procesal se encontraría viciado. De ser así, las consecuencias sistémicas de la decisión no impactarían ya sólo dependiendo de los términos del Tratado en cuestión sino que se aplicarían más extensamente a otras cuestiones similares.

b. La exclusión del nacional en el arbitraje CIADI

El artículo 25 del Convenio CIADI establece el tipo de controversias que se encuentran dentro de la jurisdicción del centro:

1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.

El artículo 25(2), por su parte, define expresamente el concepto de “nacional de otro Estado Contratante”:

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

(a) Toda persona natural que tenga, en la fecha en que las partes consintieron someter la diferencia a conciliación o arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud prevista en el apartado (3) del Artículo 28 o en el apartado (3) del Artículo 36, la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia; pero en ningún caso comprenderá las personas que, en cualquiera de ambas fechas, también tenían la nacionalidad del Estado parte en la diferencia.

¹⁶ Ver *Wintershall*, Op. Cit. ¶115.

¹⁷ *Mafezzini c. Reino de España*, anteriormente citado.

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

En consecuencia, es claro que quien inicia una acción contra un Estado debe tener la nacionalidad de otro Estado parte en el Tratado, activando un tema que tradicionalmente ha tenido mucha importancia en el derecho internacional público: El concepto de nacional.

La problemática del “nacional” en los casos bajo el Convenio CIADI presenta al menos dos facetas: El nacional persona física y el nacional persona jurídica. Cada una de ellas tiene su propia complejidad y ha tenido un tratamiento particular por los Tribunales, por lo que cada una de ellas merece su propio análisis. No obstante ello, en el presente comentario me limitaré a la problemática que plantean las personas jurídicas, porque justamente ésta es

la materia en la que el laudo recaído en el caso TSA impone un antecedente de importancia.

La ingeniera societaria actual presenta organigramas societarios complejos. Por distintas razones una persona jurídica puede estar controlada por otra y así sucesivamente hasta llegar a un controlante de última instancia (este controlante de última instancia también puede ser una persona física). Para la cuestión que aquí nos interesa, la problemática reside en determinar la suerte de un reclamo cuando la inversión ha sido realizada por una sociedad de la nacionalidad de un Estado Parte del CIADI, pero cuyo controlante de última instancia tiene la misma nacionalidad del Estado receptor de la inversión.

Esta es, precisamente, la situación que se planteó en el caso TSA c. República Argentina. La misma situación se planteó en el caso Tokio Tokeles c. Ucrania. En este último caso, la mayoría del Tribunal determinó que una sociedad constituida en Lituania estaba legitimada para iniciar (y continuar) un caso contra Ucrania a pesar de que el 99 % de esta propiedad de nacionales ucranianos¹⁸. El Tribunal definió a Tokio Tokeles como un inversor lituano bajo los auspicios del TBI entre Lituania y Ucrania¹⁹.

Durante el año 2007, los árbitros en el caso *Rompetrol*²⁰ siguieron la misma línea jurisprudencial

Para la cuestión que aquí nos interesa, la problemática reside en determinar la suerte de un reclamo cuando la inversión ha sido realizada por una sociedad de la nacionalidad de un Estado Parte del CIADI, pero cuyo controlante de última instancia tiene la misma nacionalidad del Estado receptor de la inversión.

• • • • •

¹⁸ Ucrania argumentó que el Tribunal debía negar la jurisdicción del Tribunal (y competencia del CIADI) con el fundamento que los ciudadanos ucranianos que habían creado la empresa en Lituania lo habían hecho con la sola finalidad de obtener la protección del TBI entre Lituania y Ucrania. El Tribunal analizó que si bien algunos TBI tienen una cláusula de “denegación de beneficios” ese no era el caso del TBI bajo análisis. La mayoría del Tribunal entendió que el velo corporativo sólo podía ser levantado en el caso que se demostrase que había habido fraude, lo cual no había sucedido en el caso bajo análisis. En el mismo sentido que lo resuelto por la mayoría del Tribunal en Tokio Tokeles c. Ucrania resolvió el Tribunal en el caso *Rompetrol* (Berman, Donovan, Lalonde). Decisión (Jurisdicción) del 18 de abril de 2008.

¹⁹ Ver Tokio Tokeles c. Ucrania, Caso CIADI ARB/02/18. (Prosper Weil,) Decisión del 29 de abril de 2004, ¶128 “According to the ordinary meaning of the terms of the Treaty, the Claimant is an “investor” of Lithuania if it is a thing of real legal existence that was founded on a secure basis in the territory of Lithuania in conformity with its laws and regulations. The Treaty contains no additional requirements for an entity to qualify as an “investor” in Lithuania.

²⁰ (Weil, Price y Bernardini. Otros Tribunales también siguieron el mismo criterio de levantar el velo societario del Artículo 25(2)(b) solamente hasta el primer controlante. El Tribunal en TSA lo define del siguiente modo: “However, in cases falling within the second clause of Article 25(2)(b), ICSID tribunals have been constant in dealing with these issues of whether or not to pierce the second corporate layer after the one bearing the nationality of the host State, in identifying foreign control. In *Amco and others v. Republic of Indonesia, Autopista Concesionada de Venezuela C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela and Aguas del Tunari v. Republic of Bolivia*, the tribunals refused to lift the veil beyond the first layer or rung of the corporate ladder (bearing the nationality of the host State). On the other hand, the Tribunals in *Société Quest Africaine des Bétons Industriels (SOABI) v. Senegal* and most recently, *African Holdings Company of America and Societe Africaine de Construction au Congo S.A.R.L. v. the Republic of Congo* did not hesitate to pierce the successive corporate layers in identifying foreign control and the nationality of those holding it.” (149) “It is to be noted that in all these cases what was at issue was not the objective existence of foreign control, which was not contested by the host State, but the nationality of those holding it.” Ver TSA c. Argentina, Op. Cit. ¶¶ 148, 149.

dencial que la decisión de la mayoría en el caso *Tokio Tokeles*, anteriormente citado: El Tribunal decidió que no correspondía levantar el velo societario.

El artículo 25 del Convenio CIADI, el cual define el ámbito de jurisdicción del CIADI, establece que las controversias que el Centro debe admitir son aquellas entre “un Estado Contratante y un particular de otro Estado Contratante”. Es aceptado, en consecuencia, que un nacional no puede demandar a su propio Estado en el CIADI.

En *TSA c. República Argentina*, la parte demandante identificó a *TSI*, una compañía constituida en el Reino de los Países Bajos, como la actora. Sin embargo, la organización societaria utilizada depositó la última tenencia accionaria en un ciudadano argentino, Jorge Justo Neuss²¹ e indirectamente en un ciudadano francés Jean Nicolas d’Ancezune. Asimismo, el negocio en la Argentina se hizo a través de *TSA de Argentina SA*, una empresa local constituida en la República Argentina.

En *TSA*, la mayoría del Tribunal decidió que el artículo 25(2)(b) del Convenio CIADI es en sí mismo una excepción a la regla de la nacionalidad contenida en el artículo 25(1) del Tratado y que, consecuentemente, la excepción está sujeta a una especial condición “*el control extranjero de la empresa de la misma nacionalidad que el Estado demandado*”²². El

Tribunal razonó que en virtud del artículo 25 (2) (b) del Convenio CIADI, *TSA Argentina S.A.* podía ser considerada una empresa extranjera en virtud del control extranjero que permite la norma antes citada.

Sin embargo, ello también determinó, siguiendo el principio antes mencionado de la excepcionalidad del control extranjero que, al decidir el Tribunal *levantar el velo societario (pierce the corporate veil)* no puede detenerse en el primer control y seguir sin detenerse en las etapas de control sucesivo. De acuerdo al Tribunal, al decidir levantar el velo societario en los términos que manda el artículo 25(2)(b) del Convenio CIADI, deberá levantarse todos los velos societarios sucesivos hasta determinar la fuente real de control societario.

En resumen, el Tribunal concluyó:

“...(T)hereupon, the Tribunal proceed to a through examination of the facts of the case, to reach the conclusion that the presumption was rebutted, i.e. that the criterion of foreign control was not satisfied, and dismissed the case for lack of jurisdiction”²³.

5. CONCLUSIONES

Las decisiones en *TSA* y *Wintershall* no solamente aportan un resultado positivo a la República Argentina, sino que también importan

El artículo 25 del Convenio CIADI, el cual define el ámbito de jurisdicción del CIADI, establece que las controversias que el Centro debe admitir son aquellas entre “un Estado Contratante y un particular de otro Estado Contratante”.

• • • • •

²¹ “The Tribunal has found above that in the application of the second part of Article 25(2)(b) it is necessary to pierce the corporate veil and establish whether or not the domestic company was objectively under foreign control. It also appears from the text of Article 25(2)(b) that the relevant date is the date on which the parties consented to submit the dispute to arbitration. In a letter of 10 December 2004 to the President of the Argentine Republic, TSA consented to ICSID arbitration on the basis of the BIT which means that on that date both parties had consented to arbitration.”

²² Ver *TSA Spectrum c. República Argentina*, decisión del 19 de diciembre de 2008. Op. Cit. ¶¶139, 140 “...The ratio legis of this exception is the wording **because of foreign control**. Foreign control is thus the objective factor on which turns the applicability of this provision. It justifies the extension of the ambit of ICSID, but sets the objective limits of the exception at the same time. As was in **Vaccum Salt Pds. Ltd. V. Republic of Ghana**, the reference in Article 25(2)(b) to “foreign control” necessarily sets an objective Convention limit beyond which ICSID jurisdiction cannot exist”.(140) “A significant difference between the two clauses of Article 25(2)(b) is that the first uses a formal legal criterion, that of nationality, whilst the second uses a material or objective criterion, that of **foreign control** in order to pierce the corporate veil and reach for the reality behind the cover nationality”.

²³ *TSA c. Argentina*, Op. Cit. ¶151

antecedentes importantes en dos cuestiones que los Tribunales arbitrales enfrentan con asiduidad: La calidad de nacional bajo el artículo 25(2)(b) del Convenio CIADI y la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida para la aplicación de cláusulas de solución de controversias más favorables para el inversor, que las contenidas en el Tratado Bilateral

que se invoca como fuente de jurisdicción de la controversia.

No deberá sorprendernos en el futuro, entonces, encontrar estos casos citados como válidos precedentes en arbitrajes no sólo contra Argentina, sino contra cualquier otro Estado soberano.

