

DECISION DEL TRIBUNAL
SOBRE
EXCEPCIONES A LA COMPETENCIA
EN
EL PROCEDIMIENTO ENTRE
STEPHANE BENHAMOU
(DEMANDANTE)
Y
LA REPUBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY
(DEMANDADA)

Miembros del Tribunal
Dr. Andrés Rigo Sureda, Presidente
Me. François Lasry
Dr. Jorge Talice

ÍNDICE

	Pág.
I. LAS PARTES	4
A. El demandante	4
B. La Demandada	4
II. CRONOLOGIA DEL PROCEDIMIENTO	4
III. LOS HECHOS PERTINENTES A LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL	13
IV. LA POSICION DE LAS PARTES RESPECTO DE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL	22
A. La posición de la Demandada	22
a) En cuanto a la individualización de la parte demandante	22
b) Excepciones de previo y especial pronunciamiento	23
1. Falta de legitimación activa	23
i) El Demandante no ha acreditado ser nacional francés	
ii) Ni el Demandante ni Eurofar son inversores amparados por el Acuerdo	
iii) Ni Eurofar ni ninguna sociedad consituída fuera de Francia pueden estar amparadas por el Acuerdo	
iv) No puede ampararse al Acuerdo quien deliberada y maliciosamente ocultó el supuesto origen de la inversión	
v) Los deberes propios de la relación fiduciaria	
2. Falta de legitimación pasiva	31
i) Imprecisa formulación del título y grado de los demandados	
ii) Falta de legitimación pasiva del Estado en demanda	
3. Excepción de incompetencia	33
i) Procedencia de su oposición	
ii) Fundamentos de la excepción de incompetencia	
B. La posición del Demandante	35
a) En cuanto a las partes: definición y legitimación	35

b) Competencia del Tribunal.....	37
c) Conocimiento de las autoridades uruguayas de la identidad del inversor y la naturaleza fiduciaria del adquirente	39
d) Derecho al amparo del Acuerdo	40
e) Incomparecencia de Eurofar en los procedimientos preparatorios del arbitraje y en la propia demanda	41
f) Existencia de materias inarbitrales	42
g) Cuestión previa o laudo final	42
V. CONSIDERANDOS DEL TRIBUNAL ARBITRAL.....	42
A. Precisiones previas.....	43
a) La competencia del Tribunal para pronunciarse sobre su propia competencia	43
b) Excepciones de previo pronunciamiento	46
c) Los documentos aportados como prueba.....	51
d) El derecho aplicable	52
B. Persona o personas que integran las partes	53
C. Aceptación de la competencia del Tribunal por la Demandada y oportunidad de presentar excepciones de incompetencia	56
D. Excepción de incompetencia fundada en la existencia de la cláusula compromisoria.....	58
E. Excepción de falta de legitimación activa como una cuestión de incompetencia rationae personae del Tribunal.....	60
a) Planteo	60
b) Condición del Demandante como inversor conforme al art. 1(3) del Acuerdo. Interpretación del Acuerdo.....	61
c) Condición del Demandante como inversor a través de sus vínculos con Eurofar y Banknord	66
1. El control de Eurofar por el Demandante.....	66
2. El papel de Eurofar y Banknord en la compra del BPA	69
d) El mandato fiduciario	72
F. La transacción celebrada entre Banknord y la CND y el BROU	83

VI. COSTAS DEL ARBITRAJE.....	84
VII. RESOLUCION	86
ANEXO I.....	89
ANEXO II.....	90
ANEXO III.....	91
ANEXO IV	92

I. LAS PARTES

A. El Demandante

El Demandante, D. Stéphane Benhamou, es una persona física de nacionalidad francesa que se representa a sí mismo o está representado por el Dr. Fabio Soldati y el Dr. Carlos Curbelo, y está domiciliado en 67, rue du Rhone, CH 1207, Ginebra, Suiza.

B. La Demandada

La Demandada es la República Oriental del Uruguay (en adelante ROU) y está representada por el Dr. Tomás Brause Berreta con domicilio en Avda. Constituyente 1467, piso 7, Edificio "Torre El Gaucho", 11200 Montevideo, Uruguay.

II. CRONOLOGÍA DEL PROCEDIMIENTO

Hasta el presente, este proceso ha tenido el siguiente desarrollo:

En carta dirigida al entonces Presidente de ROU, Dr. Julio Ma. Sanguinetti, D. Stéphane Benhamou inició el 15 de octubre de 1998 un procedimiento de arbitraje invocando el amparo del Acuerdo de Protección y Promoción Recíproca de Inversiones entre Francia y Uruguay suscrito el 14 de octubre de 1993 (en adelante el Acuerdo) y que entró en vigor el 4 de julio de 1997.

El 4 de diciembre de 1998, Maître Francois Lasry, abogado ante el Tribunal de Apelaciones de París, fue designado por el Sr. Benhamou en calidad de árbitro por su parte. (Mémoire Préliminaire, p. 1).

El gobierno de ROU procedió el 28 de julio de 1999 a la designación del Embajador Dr. Jorge Talice para actuar como árbitro. Esta designación tuvo por fundamento la capacitación del Dr. Talice y su especialización en la materia como docente universitario.

Los dos árbitros designados por las partes mantuvieron diversas reuniones en París sin que pudieran ponerse de acuerdo en la elección del tercer árbitro. (Mémoire Préliminaire, p. 2).

El 12 de abril de 2001, el Sr. Benhamou envió carta al Secretario General de la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya expresando su voluntad de proceder a la recusación del Dr. Talice. El 2 de mayo de 2001 el Demandante envió una carta al

Presidente de ROU, Dr. Jorge Batlle, en la que expresa que se encuentra en la necesidad de solicitar conforme al art. 10 del Reglamento la recusación del Dr. Jorge Talice y la designación de un nuevo árbitro en su reemplazo (pieza 7 de la Mémoire Préliminaire).

El Demandante solicitó asimismo al Secretario general de la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya el nombramiento de una autoridad nominadora a fin de integrar el tribunal arbitral y resolver sobre la demanda de recusación por él interpuesta (pieza 9 de la Mémoire Préliminaire).

Por Resolución del 2 de julio de 2001 el Secretario general de la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya procedió a la designación de D. Bernardo Cremades en calidad de Autoridad Nominadora (Pieza 9 de la Mémoire Préliminaire).

El Sr. Cremades solicitó inmediatamente a las partes sus comentarios sobre la demanda de recusación (pieza 10 de la Mémoire Préliminaire).

El 27 de julio de 2001, la Autoridad Nominadora dictó la resolución en el incidente de recusación, estimando que el Sr. Benhamou había desistido de su derecho a objetar y, en consecuencia, la recusación debía ser desestimada. Al mismo tiempo la Autoridad Nominadora propuso como presidente del Tribunal Arbitral el que resulte elegido de la siguiente terna: D. Aristóbulo de Juan, D. Andrés Rigo Sureda y D. José Luis Segimón Escobedo. (Pieza 11 de la Mémoire Préliminaire).

El Secretario general de la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya, después de recibir las propuestas de las partes, procedió a elegir como árbitro Presidente del Tribunal Arbitral a D. Andrés Rigo Sureda.

D. Andrés Rigo Sureda aceptó el cargo y procedió a convocar a las partes a una sesión para organizar el arbitraje.

Esta sesión preparatoria se celebró en París los días 15 y 16 de noviembre de 2001 y concurrieron como demandante D. Stéphane Benhamou, acompañado por el Dr. Carlos Curbelo y el Dr. Fabio Soldati, y como demandada la República Oriental del Uruguay representada por el Dr. Tomás Brause Berreta y el Dr. Daniel Artecona.

En esa reunión las partes llegaron a diversos acuerdos sobre el procedimiento aplicable al arbitraje (adoptándose el Reglamento de la CNUDMI con las modificaciones que las partes acuerden siempre que estén permitidas por dicho Reglamento), el idioma de las actuaciones, la sede del Tribunal, que se fijó en Madrid (España), servicios administrativos, honorarios y gastos de los árbitros y provisiones necesarias, confidencialidad, comunicaciones, fijación de plazos, intercambio de escritos y otras etapas del procedimiento, pruebas y testigos, audiencias y otras cuestiones.

En el Acta correspondiente a esta Reunión, se dejó constancia de determinadas observaciones preliminares formuladas por las partes. El Demandante formuló una reserva sobre la independencia del árbitro Dr. Jorge Talice dado su cargo de Embajador de ROU y adjuntó a dichos efectos la Mémoire Préliminaire nº 1 (punto que había sido objeto de decisión de la Autoridad Nominadora que conoció en el procedimiento preliminar de recusación promovido por el propio demandante). ROU por su parte dejó constancia de la intención de objetar la competencia del Tribunal y de comentar sobre la reserva del Demandante en la oportunidad procesal pertinente.

El 28 de noviembre de 2001, el Tribunal dictó la orden de procedimiento nº 1, por la cual se fija el plazo de presentación de la demanda dentro de los 45 días siguientes a la recepción de la orden por el Demandante, tomándose nota de la intención del Demandante de presentarla a más tardar el 30 de noviembre de 2001.

Con fecha 26 de noviembre de 2001, ROU solicitó la suspensión de los procedimientos hasta que se dilucidara como cuestión previa la validez y eficacia de las reservas formuladas por el Demandante en su Memoria Preliminar nº 1. El Demandante se opuso a dicha petición por nota del 6 de diciembre de 2001.

El 9 de diciembre de 2001, el Demandante presentó su demanda solicitando que se dicte sentencia arbitral "Acogiendo a la demanda en todos sus términos y disponiendo las condenas principales y accesorias solicitadas, declarando resuelto el contrato del 22 de marzo de 1994, por incumplimiento de los demandados, ordenando el pago de la indemnización cuantificada en el capítulo de liquidación de los daños y perjuicios (US\$ 103.836.886 más intereses correspondientes) y la restitución de la

cartera de reaseguros aportada al BPA por el compareciente Stephan Benhamou, con expresa imposición de todas las costas y costos, habida cuenta de la violación del principio legal de la buena fe en la ejecución del convenio acordado (*Bona fides, exigit, ut, quod venit fiat*).” En la orden de procedimiento nº 2 de fecha 17 de diciembre de 2001, el Tribunal Arbitral, de acuerdo a los motivos expuestos en el considerando de la misma, resolvió que la reserva hecha por el Demandante no afectaba el curso del procedimiento. Se dispuso asimismo que ROU debía presentar su contestación dentro de los 45 días a partir del día siguiente a la recepción de esta orden.

El 8 de enero de 2002, se dictó por el Tribunal Arbitral la orden de procedimiento nº 3, referida a la solicitud de ROU de la concesión de una prórroga del plazo para contestar la demanda por las razones expuestas en su escrito de fecha 21 de diciembre de 2001. El Demandante se opuso a dicha solicitud por las razones expuestas en su escrito del 28 de diciembre de 2001. En mérito a los arts. 15 y 23 del Reglamento, el Tribunal Arbitral resolvió otorgar la prórroga solicitada por ROU y fijar el 28 de febrero de 2002 como fecha límite para presentar la contestación.

El 27 de febrero de 2002, ROU presentó un escrito oponiendo cuestiones de previo y especial pronunciamiento por el Tribunal Arbitral, y simultáneamente contestando a la demanda, solicitando que si el Tribunal Arbitral no hiciese lugar a las cuestiones planteadas como de previo y especial pronunciamiento, se rechazara la demanda, condenando al Demandante al pago de los costos del arbitraje (arts. 38, 39 y 40 del Reglamento).

Afirmando haberse enterado informalmente de la demanda arbitral presentada por el Sr. Benhamou contra ROU y eventualmente contra la Corporación Nacional de Desarrollo (CND) y el Banco de la República Oriental del Uruguay (BROU), esta última entidad compareció ante este Tribunal mediante escrito de fecha 25 de febrero de 2002, a los efectos de formalizar su oposición a la reclamación planteada. Igualmente compareció la CND.

El 20 de marzo de 2002, el Tribunal Arbitral dictó la orden de procedimiento nº 4, concediendo al Demandante un plazo de 20 días para responder a las excepciones

opuestas a la competencia del Tribunal por ROU y presentar cualquier prueba documental adicional referente a esta cuestión que considere necesaria.

El 8 de abril de 2002, el Tribunal Arbitral dictó la orden de procedimiento n° 5 y, conforme a los motivos expuestos en su resultando, resolvió: "Constatar que el BROU y la CND no son parte de este proceso arbitral, sin perjuicio de que las alegadas acciones u omisiones de estas entidades puedan o no comprometer la responsabilidad de ROU."

El 18 de abril de 2002, el Demandante presentó escrito contestando la excepción de incompetencia presentada por ROU, acompañado de piezas numeradas B 21 a B 30.¹

El 6 de mayo de 2002, ROU solicitó que se le concediera a ROU un plazo de 30 días para responder en calidad de réplica al escrito del Demandante y presentar prueba adicional en la materia (arts. 15.1 y 22 del Reglamento). El 16 de mayo de 2002 el Demandante presentó un escrito firmado por su abogado Dr. Carlos Curbelo en el cual se solicita al Tribunal que resuelva seguir adelante con las actuaciones y decidir en favor de la competencia del Tribunal en el momento de dictarse el laudo final, oponiéndose a que se otorgue, por los fundamentos que expone, cualquier posibilidad de réplica a la contraparte por no corresponder a derecho.

El 22 de mayo de 2002, el Tribunal Arbitral dictó la orden de procedimiento n° 6 y teniendo presente los escritos presentados por las partes, resolvió: 1) considerar cerrada la fase de intercambio de escritos sobre la excepción a la competencia del tribunal; 2) proceder a deliberar sobre las excepciones opuestas a su competencia, incluido si considerarlas en el laudo final o tratarlas como cuestiones previas, y 3) que, en caso de que el Tribunal se declare competente, las partes tendrán oportunidad de contestar y presentar pruebas sobre cuestiones ligadas al fondo de la controversia que hayan surgido en los intercambios de escritos sobre la competencia del Tribunal.

¹ Las letras B y R se refieren a los documentos presentados por el Demandante y la Demandada durante el procedimiento, respectivamente.

Los días 28 y 29 de mayo de 2002 el Tribunal Arbitral se reunió en París y como resultado de sus deliberaciones se dictó la orden de procedimiento nº 7, en cuyo considerando se expresa que durante el curso de la deliberación el árbitro Dr. Talice aportó como contribución al debate los siguientes documentos: a) Consulta jurídica elevada al BPA por el abogado Profesor italiano Alberto Sciumé con fecha 19 de abril de 1997, b) copia del acta de la reunión de la junta ejecutiva de Banknord de fecha 3 de marzo de 1994 y c) sentencia penal de primera instancia del juez José Balcaldi de fecha 16 de octubre de 1997 publicada en la revista especializada de jurisprudencia LJU. En mérito a sus deliberaciones el Tribunal Arbitral resolvió: 1) Decidir como cuestión previa las excepciones presentadas por ROU salvo la referente a las inarbitrabilidades por estar éstas ligadas al fondo del asunto; 2) conceder a las partes un plazo de 15 días simultáneos para presentar cualquier comentario que estimen pertinente si así lo desean sobre los documentos aportados al debate y que se adjuntan y 3) comunicar oportunamente a las partes la fecha en que el Tribunal se reunirá en su sede en Madrid para dictar el laudo parcial sobre las cuestiones de competencia.

Con fecha 10 de junio de 2002 el Dr. Carlos Curbelo, abogado del Demandante, presentó a título personal dos escritos al Tribunal Arbitral, en uno de los cuales cuestiona la incorporación al expediente de los documentos aportados por el Dr. Talice como contribución al debate.

El 24 de junio de 2002, el Demandante presentó una memoria en respuesta a la comunicación de piezas incorporadas por el Tribunal solicitando al Tribunal Arbitral que, por los fundamentos que expuso, se proceda a la separación de las tres piezas aportadas por el árbitro Dr. Talice, todas extrañas al problema de la competencia del Tribunal. Asimismo expresó que, si el árbitro Dr. Talice no procedía a retirar espontáneamente las piezas, se vería en la obligación de reiterar ante el Tribunal su demanda de recusación, demanda que se reserva expresamente suspendiendo así el plazo de 15 días previsto por el Reglamento.

El 3 de julio de 2002, ROU presentó sus propios comentarios en referencia al punto 2º de la orden de procedimiento nº 7, solicitando se tenga presente que ROU no

tiene observaciones que formular en relación a los documentos incorporados por el Tribunal como contribución al debate y que atento a las nuevas manifestaciones del Sr. Benhamou, readquiere total vigencia lo expresado y solicitado en la nota que ROU dirigiera al Tribunal el 28 de noviembre de 2001.

A petición del árbitro Dr. Talice, el Tribunal deja constancia que dicho árbitro elevó el 5 de julio de 2002 al Tribunal comentarios personales a la respuesta del Demandante sobre la comunicación de documentos de la orden de procedimiento nº 7, referentes a las graves imputaciones dirigidas contra su persona por el Demandante, el que se encuentra a su pedido, a disposición de las partes.

El 29 de julio de 2002, el Tribunal Arbitral dictó la orden de procedimiento nº 8 en la que resolvió, en base a los artículos 15.1 y 24.3 del Reglamento citados en el considerando y teniendo en cuenta que en la orden de procedimiento nº 6 consideró cerrada la fase de intercambio de escritos sobre la excepción de incompetencia del Tribunal, recordar a las partes que corresponde al Tribunal, actuando como cuerpo, dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado para el buen y correcto desarrollo del proceso arbitral, separar del procedimiento y no tener en cuenta los documentos adjuntos a la orden de procedimiento nº 7, y devolver a ROU el dictamen del Dr. Scalfari y al Demandante la carta del Dr. Curbelo de fecha 10 de junio de 2002, reservándose el derecho a exigir de las partes en todo momento cualquier documento que pueda facilitar la tarea del Tribunal o en el que las partes se hayan basado en la preparación de sus escritos. Se deplora asimismo en dicha orden cualquier incidente cuya naturaleza perturbe el desarrollo eficaz y diligente del proceso arbitral.

El 2 de agosto de 2002, el Tribunal Arbitral dictó la orden de procedimiento nº 9 resolviendo, en base al art. 24.3 del Reglamento y a que en la demanda se hizo referencia a la sentencia del Juez Letrado de Primera Instancia en lo Penal José Balcaldi del 7 de agosto de 2000 y se manifestó que la acompañaba como prueba en el anexo B61 pero que no consta entre las pruebas presentadas, solicitar al Demandante que dentro de plazo de 15 días presente al Tribunal dicha sentencia y certificados adicionales sobre la propiedad de acciones de Eurofar el día de la compraventa de acciones del BPA y el día de la intervención del BPA por el BCU.

El 19 de agosto de 2002, ROU presentó al Tribunal Arbitral un escrito con comentarios y consideraciones vinculados especialmente a las órdenes de procedimiento n° 8 y 9, y solicitó en especial que se recuerde que todas las decisiones tomadas por el Tribunal habrán de ser debidamente notificadas y fundadas (párrafos 1 y 2 del escrito) y que se reponga, dejándose sin efecto, la orden de procedimiento n° 9 (párrafos 7 y 8 del escrito).

El 5 de septiembre de 2002, el Tribunal Arbitral dictó la orden de procedimiento n° 10, resolviendo, por los fundamentos expuestos en el considerando, no hacer a las peticiones de BROU en lo que respecta a las órdenes de procedimiento N° 8 y 9 y tener presente lo expresado en el punto 4 de su petitorio.

El 30 de agosto de 2002, el Dr. Curbelo en representación del Demandante presentó para su incorporación a los autos la documentación reclamada (sentencia del juez Balcaldi citada anteriormente).

El 9 de septiembre de 2002, el Demandante procedió a agregar, como prueba de la posesión de acciones de Eurofar desde 1994 al 13 de septiembre de 1996, la carta del Dr. Soldati dirigida al BCU en noviembre de 1995 (pieza B31). Asimismo, ofreció a tal efecto, el testimonio del mismo Dr. Soldati a efectuarse en audiencia que el Tribunal fijaría. También adjuntó en borrador copia de una transacción celebrada el 21 de agosto del 2002 entre Banknord por una parte y el BPA, CND y BROU por la otra (en adelante la Transacción).

El mismo 9 de septiembre de 2002, ROU elevó una nota haciendo referencia al vencimiento el día 5 de septiembre de 2002 del plazo para presentar la documentación solicitada por el Tribunal Arbitral al Demandante, y solicitando saber cuáles documentos fueron adjuntados por el Demandante en la nota de fecha 30 de agosto de 2002 ya que no se le habían enviado directamente como se había acordado en la sesión preparatoria.

El 30 de septiembre de 2002, el Tribunal Arbitral dictó la orden de procedimiento n° 11 resolviendo conferir a las partes un plazo adicional para presentar pruebas documentales complementarias, convocar a una audiencia de alegatos a celebrarse el 6 de noviembre de 2002 en la ciudad de París con el objeto exclusivo de escuchar los

alegatos respecto de la cuestión de competencia, comunicar a las partes que el Tribunal procederá a dictar en Madrid un laudo interlocutorio y parcial sobre la excepción de incompetencia el 6 de diciembre de 2002 a más tardar, e invitar a las partes a efectuar comentarios sobre si la excepción de falta de legitimación activa debe ser o no considerada como cuestión previa.

El Tribunal Arbitral se reunió con las partes en París el 6 de noviembre de 2002 dando cumplimiento a la orden de procedimiento nº 11, audiencia en la cual se escucharon alegatos de las partes respecto de la cuestión de competencia, incluida la cuestión de la legitimación activa. Con anterioridad, las partes presentaron escritos y documentos de conformidad a lo resuelto en dicha orden de procedimiento, lo que dio lugar a que el Tribunal dictara la orden de procedimiento nº 13, en la que se resolvió continuar con lo ordenado en aquélla.

El 7 de noviembre el Tribunal dictó la orden de procedimiento nº 14, resolviendo incorporar al proceso determinados documentos aportados por las partes y conferir un plazo común para efectuar comentarios. Asimismo, solicitó al Demandante determinados documentos que dieron lugar a la respuesta de fecha 19 de noviembre de 2002.

El 26 de noviembre el Tribunal dictó la orden de procedimiento nº 15, en la cual, por los motivos que se expresan en la misma, decide postergar la fecha límite de 6 de diciembre de 2002 fijada por el Tribunal para dictar el laudo interlocutorio y parcial a que se refiere la orden de procedimiento nº 11, sin fijarse un nuevo plazo.

El 16 de diciembre, el Presidente, en nombre del Tribunal, comunicó a las partes que la firma del laudo parcial tendrá lugar en Madrid el próximo 19 de diciembre.

El 16 de diciembre el Demandante informó al Presidente del Tribunal que el plazo de 72 horas no le permite organizar su desplazamiento a Madrid y que ello es un obstáculo a su derecho de defensa, por lo que solicitó se fijara un plazo razonable para asistir a la firma de la sentencia con su abogado.

El 17 de diciembre el Presidente del Tribunal contestó la nota del Demandante informando que el Tribunal no estimaba pertinente a esa altura del procedimiento las

razones aducidas para aplazar la firma del laudo. Señaló que la firma no puede constituir "une entrave manifeste au droit de la defensé", pues las partes han tenido amplia oportunidad de presentar documentación y alegatos en el curso del procedimiento, no estando prevista la presencia de las partes en el acto de la firma en el Reglamento y que la comunicación de la firma del laudo se hizo después que el Tribunal aplazara la fecha límite que se había impuesto anteriormente.

El mismo día 17 de diciembre el árbitro François Lasry envió al Presidente del Tribunal una comunicación explicando los motivos por los cuales no desea participar en la reunión del 19 de diciembre en Madrid, solicitándoles que la misma sea postergada.

El mismo 17 de diciembre el Presidente se dirige a los árbitros haciendo referencia a la carta del Demandante y a la comunicación recibida del Sr. Lasry, expresando que luego de haber convocado al Tribunal a la firma del laudo parcial y habérselo comunicado a las partes, no creía prudente aplazar la firma en base a las razones presentadas por el Demandante, que carecen de toda lógica procedural. Comunicó asimismo que la firma del laudo seguirá adelante como previsto y encargó la presencia de los árbitros a las 11 h. del 19 de diciembre en el despacho de Uría & Menéndez en Madrid. El mismo 17 de diciembre el árbitro M. François Lasry confirmó al Presidente que no concurría a la reunión de Madrid del día 19 de diciembre.

Dando cumplimiento a su cometido, el Tribunal procede a continuación a dictar el laudo interlocutorio y parcial sobre la excepción de incompetencia.

III. LOS HECHOS CONCERNIENTES A LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

A principios de los años noventa el Banco Mundial otorgó un préstamo a ROU para el saneamiento y reprivatización de bancos gestionados a través de varias entidades de ROU. Uno de ellos, el BPA, fue puesto en venta en el curso del año 1993. La CND y el BROU detenían, respectivamente, el 97,722% y el 1,391% de las acciones del BPA. El Banco Central del Uruguay (en adelante BCU), para mejor proceder a la venta de dichos bancos, contrató como asesor Bankers Trust Co. (en adelante BTC) (B6.1).

El BCU recibió varias ofertas de compra, incluida la presentada por el Demandante por el 60% de las acciones en agosto del año 1993. La oferta de compra iba acompañada de una carta de la Banca dello Stato del Cantone Ticino (en adelante BSCT) haciéndose eco del interés de Eurofar Consultants Ltd. (en adelante Eurofar) de comprar directa o indirectamente el 60% de las acciones del BPA, e informando a Eurofar su disposición de darle la asistencia técnica bancaria y apoyo a fines de que se realizara dicha adquisición (B1 y B6.2).

El BCU requería que la venta consistiera del 100% de las acciones del BPA y en consecuencia este primer intento de compra no prosperó (B6.1). No obstante que la oferta de compra fue hecha aparentemente por el Demandante como tal (B1 y B6.2), la carta de la BSCT está dirigida a Eurofar, una sociedad constituida en 1990 según las leyes de la República de Irlanda, con un capital de 15.000 libras, con domicilio social en Dublín (B1) y controlada, según certificados de fecha 28 de abril de 1998, por el Demandante. (B23 y B24). Según la sentencia del Juez Balcaldi agregada por el Demandante (escrito del 30 de agosto de 2002) el Demandante era titular del 45% de las acciones de esta sociedad (ver párrafo 4.6.4).

El 14 de diciembre de 1993, el Demandante se dirige al presidente del BCU transmitiendo una carta de intención de compra del paquete accionario del BPA por parte del grupo Banknord. El Demandante manifiesta haber así cumplido completamente con lo pedido por el presidente del BCU durante su última reunión con el Demandante. La carta adjunta lleva membrete de Fiduciaria Banknord y fecha también del 14 de diciembre de 1993. Dicha carta está escrita en italiano y se refiere a la compraventa del BPA negociada por el BCU con el Demandante y solicita que las acciones del BPA se inscriban a nombre de Eurofar, cuyo capital Banknord manifiesta controlar. Banknord también manifiesta ser "la expresión" de seis bancos que enumera y dice adjuntar sus balances (B6.4). La carta va acompañada de una traducción al español donde la frase italiana "Fiduciaria Banknord S.P.A. è l'espressione di sei primarie banche" se traduce como "la Fiduciaria Banknord S.P.A. actúa en representación de seis importantes bancos." La carta en su idioma original a pesar de proceder de Banknord, tiene una apostilla en su parte inferior registrando la fecha de su

recepción por la misma Banknord dos días después de su fecha, es decir, el 16 de diciembre de 1993.

El mismo día 14 de diciembre, el Dr. Fabio Soldati, como apoderado de Eurofar, confiere mandato a Banknord con respecto a la administración fiduciaria de 4.999 acciones ordinarias de Eurofar y deposita dichas acciones en el notario Riva de Lugano. En la misma fecha, el Dr. Soldati da instrucciones a Banknord explicando que tal mandato está relacionado con la adquisición del 99'18% de las acciones del BPA en manos de la CND y del BROU, y pide a Banknord que intervenga en dicha compra y que las acciones sean puestas a nombre de la sociedad Eurofar controlada por Banknord (B27 párrafos 3 y 5). No existe prueba de que estos documentos hayan sido de conocimiento del BCU ni del BROU y la CND en esa época.

Unos días antes, el 7 de diciembre de 1993, la BSCT escribió de nuevo a Eurofar en términos similares a su carta anterior manifestando estar dispuesta a dar toda la asistencia técnica bancaria y apoyo precisos para la compra de hasta el 100% de las acciones del BPA (B6.3).

El 13 de enero de 1994 por carta dirigida al presidente del BCU y firmada por el Demandante en representación de Banknord, esta sociedad manifiesta estar firmemente interesada en considerar la compra de las acciones del BPA y de hacerse cargo de la gestión de ese banco, "de sus activos y pasivos, de su red de sucursales y agencias, de la totalidad de su personal, y de su negocio bancario en general." Se declara en la carta que la operación contará con el respaldo de los titulares del paquete accionario de Banknord y se detallan las condiciones para proceder con la compra. Cabe destacar de entre ellas las siguientes:

1. Las sociedades titulares del paquete accionario de Banknord se obligan a:
 - integrar el directorio del BPA con el presidente o el administrador delegado de Banknord,
 - informar al BCU que respaldan íntegramente esta operación y permitir difundir públicamente la negociación de la compra y su participación en la misma, y

-realizar publicidad promocionando la adquisición del paquete accionario por Banknord con su respaldo.

2. La asunción por las autoridades competentes del compromiso de que se concedan al BPA licencias para constituir una sociedad que actúe off-shore y una sociedad que actúe en el campo de seguros (B2.1).

El mismo día 13 de enero, el Dr. Soldati, como representante legal de Eurofar, confiere a Banknord el encargo de asumir en nombre propio la administración de las acciones del BPA y por cuenta de Eurofar por medio de un contrato de mandato fiduciario. Este contrato estipula que dichos títulos, a pesar de inscribirse a nombre de Banknord, siguen siendo propiedad exclusiva de Eurofar. El mandato tenía una duración de un año renovable (B4 y B27 párrafo 27). No existe prueba en el expediente de que estos documentos hayan sido de conocimiento del BCU ni del BROU y la CND durante el período precontractual y en ocasión de la firma del contrato.

Al día siguiente Banknord confirma al presidente del BCU que una vez perfeccionada la operación y efectuado el pago de la compra, las acciones del BPA se pondrán a nombre de Banknord. La misma carta confirma que el Demandante está autorizado a presentar la oferta de compra en nombre de Banknord (R2).

Siempre el día 14 de enero, Banknord envía al Dr. Soldati una declaración detallando los bancos accionistas de Banknord y manifestando que Banknord ha adquirido, respaldado directamente por sus propios accionistas, el 99.11% de las acciones del BPA. Se dice también que "Dicha inversión se ha realizado luego de un largo estudio sobre las posibilidades de desarrollo del Uruguay" como plaza financiera, que "A través del Banco Pan de Azúcar será posible desarrollar negocios bancarios internacionales y negocios de seguros", que Banknord estará presente en el directorio del BPA con su propio administrador delegado, y que el comunicado de prensa será utilizado sólo después del perfeccionamiento y pago de la compra de las acciones (R3).

El Dr. Carlos Queraltó, en su calidad de asesor legal de Banknord, envía el 28 de febrero de 1994 al superintendente de bancos una carta por la que se adjunta el referido texto que sería notificado al BCU por parte del comprador el día 10 de marzo de 1994 a los efectos de detallar los bancos propietarios de su paquete accionario y el

respaldo que los mismos brindan a su operación, y hace notar especialmente "que después de la firma de Fiduciaria Banknord S.P.A. comparecen cada uno de los Bancos propietarios de su paquete accionario expresando lo siguiente: "ESTAMOS DE ACUERDO Y RATIFICAMOS LO EXPRESADO PRECEDENTEMENTE." (R4).

El 1 de marzo de 1994, el Dr. Soldati confirma a Banknord la naturaleza fiduciaria del mandato conferido el 13 de enero de 1994 y, dos días después, el 3 de marzo, informa a Banknord de su intención de revocar el mandato anterior por el que se le confería la administración fiduciaria de las acciones de Eurofar (B27 párrafos 15 y 17). Se da acta de la extinción de este mandato en cartas fechadas el 3 de marzo y el 17 de mayo de 1994 tras la entrega de los acciones de Eurofar al Dr. Soldati (B27 párrafo 17). No existe prueba de que estos documentos hayan sido de conocimiento de los vendedores ni del BCU en el período precontractual y en la firma del contrato.

El 3 de marzo Eurofar otorga al Demandante un poder para que pueda en nombre y por cuenta de Eurofar "suscribir cuantos documentos fueran necesarios para la compra de las acciones del Banco Pan de Azúcar, Montevideo, por mediación de la fiduciaria Banknord S.p.A." (B27 párrafo 18 (c)). No existe tampoco prueba de que este documento haya sido de conocimiento de los vendedores ni del BCU en el período precontractual y en ocasión de la firma del contrato.

El mismo 3 de marzo se celebra una reunión de la Junta Ejecutiva de Banknord y, según el acta correspondiente, el administrador delegado, Sr. G. Salvini, describe a la Junta la misión recibida de Eurofar por cuenta del Sr. Benhamou de comprar las acciones del BPA al BROU y la CND. Después de examinar el comunicado de prensa a difundirse una vez celebrada la compraventa, se resuelve que en caso que el fiduciante no permita la cancelación de los puntos 2 y 3 del comunicado, del que resulta un compromiso directo en la compra de los bancos socios de Banknord, la adquisición propuesta deberá obtener una autorización específica de cada banco y, en su defecto, no podrá efectuarse, encargándose al administrador delegado a modificar el texto del comunicado o, en su defecto, de recoger las autorizaciones (R.112). No existe prueba de que este documento haya sido de conocimiento de los vendedores ni del BCU en el período precontractual y en ocasión de la firma del contrato.

Por resolución del día 8 de marzo de 1994, el directorio del BCU autorizó la transferencia de las acciones del BPA a Banknord después de tomar en consideración que las entidades propietarias de Banknord están dispuestas a declarar que están de acuerdo y ratifican "lo expresado por Fiduciaria Banknord en el sentido que ha adquirido el 99.11% de las acciones del Banco Pan de Azúcar respaldada directamente en sus propios accionistas" (B. 91). En resolución del directorio del BCU de la misma fecha se dispuso dar por terminado el proceso de venta de las acciones del BPA a los cinco participantes que presentaron ofertas no vinculantes en el concurso incoado con asesoramiento de BTC (B9.1).

El 9 de marzo de 1994, Eurofar dirige una carta a Banknord informando que los cinco millones de dólares de Estados Unidos depositados por Eurofar en Banknord están destinados a la adquisición del 99.11% de las acciones del BPA y entendiendo que, si esta operación no se lleva a cabo, dicha suma quedará a la libre y entera disposición de Eurofar (B25). No se han presentado pruebas de que este documento haya sido de conocimiento de los vendedores ni del BCU en el período precontractual y en ocasión de la firma del contrato.

El día 10 de marzo de 1994, la BSCT dirige a Eurofar una carta refiriéndose a los acuerdos intervenidos y confirmando la concesión de un crédito de un mes de duración de una cantidad de cinco millones de dólares de Estados Unidos con valor del día 14 de marzo y caducidad del 15 de abril de 1994 (B28). No se han presentado pruebas de que este documento haya sido de conocimiento de los vendedores ni del BCU en el período precontractual y en ocasión de la firma del contrato.

El día 18 de marzo de 1994, la CND y el BROU dirigen sendas cartas al presidente del BCU informándole que sus respectivos directorios han resuelto suscribir el contrato de compraventa de acciones del BPA. Ambas instituciones agregan que dicha decisión está condicionada a que, hasta que los bancos accionistas de Banknord en su totalidad o sólo algunos de ellos no se hagan propietarios de las acciones del BPA:

-Se mantenga en el directorio del BPA un miembro de acreditada trayectoria bancaria y que éste también sea el caso del síndico de la entidad, ambos debiendo gozar de la conformidad del BCU.

-Se ejerza por la Superintendencia de Bancos una veeduría de la mayor intensidad en la gestión del BPA según las normas vigentes (R5 y 6).

El 18 de marzo el Directorio del BCU adopta resolución D/147a/94 en cuyo resultado se manifiesta que "los bancos italianos accionistas de Fiduciaria Banknord s.p.a. han anunciado su propósito de convertirse directamente en accionistas del Banco Pan de Azúcar, para lo cual iniciarán las gestiones pertinentes ante las autoridades italianas." Se resuelve que "la Superintendencia de Instituciones de Intermediación Financiera lleve a cabo en el Banco Pan de Azúcar un control anterior, concomitante y posterior a su gestión en el grado de mayor intensidad, hasta tanto se produzca la transferencia de sus acciones a los bancos italianos actualmente propietarios de las acciones de Fiduciaria Banknord." (B19 pág. 17).

El día 21 de marzo de 1994, el Dr. Soldati, como representante de Eurofar, pide a Banknord que envíe instrucciones al BPA confirmando que con valor de ese día Banknord procederá a depositar en su cuenta con el BPA la cantidad de US\$ 5.000.000, pidiendo que BPA emita dos cheques a nombre de la CND y del BROU, por los montos correspondientes a sus respectivas acciones del BPA, y autorizando que dichos cheques se confíen al Demandante (B26). En la documentación presentada no existe prueba de que este documento haya sido de conocimiento de los vendedores ni del BCU en el período precontractual y en la firma del contrato.

El mismo día 21 de marzo Banknord se dirige por carta en italiano al presidente del BCU informándole de que "en relación con el contrato de compraventa de acciones del Banco Pan de Azúcar suscrito a fecha 22/3/1994 en Montevideo, con el que dicho Banco expresó su conformidad el 8/3/1994, le comunicamos que la Fiduciaria Banknord SpA es una sociedad fiduciaria de derecho italiano autorizada por el Ministerio de Industria, Comercio y Artesanado, en los términos de la Ley n°1966 de 23 de noviembre de 1939, y que actúa como mandatario del mandante no italiano ni residente en Italia, debido a lo cual, cualesquiera obligaciones, garantías y deberes indicados en

el contrato de compraventa de las acciones del Banco Pan de Azúcar se entienden como referidas al citado mandante." La carta está estampillada como recibida en la presidencia del BCU ese mismo día y fue firmada por el administrador delegado de Banknord, Sr. Guido Salvini. No se ha demostrado que este documento haya sido puesto en conocimiento de los vendedores, BROU y CND.

El día 22 de marzo se firmó el contrato de compraventa de las acciones del BPA entre el BROU y la CND como vendedores y Banknord como compradora representada en la persona del Sr. Salvini. El contrato fue firmado también por los representantes del BPA, D. Emilio Berriel y el Demandante. En la primera cláusula del contrato se indican los antecedentes y se hace referencia a que Banknord se comprometió a adquirir el 99.11% de las acciones del BPA y hacerse cargo de su gestión, de sus activos y pasivos, de su red de sucursales y agencias, de la totalidad de su personal y de su negocio bancario en general con sujeción a la normativa del BCU. La oferta de compra hecha por Banknord se adjunta como Anexo A (B3.2).

Igualmente se enumeran en dicha cláusula las sociedades titulares de las acciones de Banknord, los respectivos porcentajes del total de las acciones que detienen, y se deja constancia que dichas sociedades han hecho saber por nota presentada ante el BCU que respaldan esta operación.

En una nota publicitaria que apareció en la prensa después de celebrarse el contrato de compraventa, se informa al público de que, a través de Banknord, el BPA se asocia a una comunidad de seis bancos italianos, se enumeran éstos y se dice que "Estos son los bancos que integran Banknord (que se enumeran) y a los cuales se agrega ahora el Banco Pan de Azúcar" (R13).

Como consecuencia de esta publicidad Banknord se vio obligada a aclarar ante el Banco de Italia y el Ministerio de Industria, Comercio y Artesanía que su posición era de "mera ejecutora" de las instrucciones de clientes fiduciarios y el hecho de que los bancos asociados eran absolutamente ajenos a la operación de compra antes citada (B27 párrafo 25).

Con posterioridad a la firma del contrato de compraventa de acciones, y según prueba existente en el expediente, Banknord solicitó por nota dirigida al BCU el 26 de

octubre de 1995 que se inscriban las acciones adquiridas del BPA a nombre del fiduciante, que no identifica en esa nota (R9). Esta nota debe complementarse con la carta enviada también por Banknord al presidente del BCU el 27 de septiembre de 1995, por la que se adjuntó copia del mandato fiduciario suscrito por Eurofar con el objetivo de comprar las acciones del BPA. (Sentencia penal agregada por el Demandante en su escrito del 30 de agosto de 2002, especialmente párrafo 4.6.3).

Esta solicitud fue rechazada por el BPA. Al mismo tiempo, hubo contactos del nuevo presidente del BCU con diversos banqueros europeos que deseaban adquirir una parte del capital del BPA (B6.7).

Por carta de noviembre de 1995, agregada por el Demandante el 9 de septiembre de 2002 (B31), el Dr. Soldati se dirige al presidente del BCU y le informa que la sociedad irlandesa Eurofar Consultants LTD. posee en capital accionario de 10.000 acciones nominativas de £ 1 cada una, estando intestadas 9.901 a Stateline Securities LTD y 99 a Wittestone Holdings LTD., dos sociedades de la isla de Man. Se indica además que estas dos sociedades pertenecen en un 100% a Goethe Management de St. Peter Park, Guernsey, Channel Islands. Agrega la carta que ambas sociedades en su calidad de propietarias del 100% de Eurofar han suscrito con el Dr. Soldati una "Declaration of Trust" por la cual la sociedad se compromete a seguir todas las instrucciones del Dr. Soldati. Asimismo expresa el Dr. Soldati que a su vez recibe instrucciones de diversos mandantes que se reparten en la siguiente proporción: 45% Stéphane Benhamou, 11% Pierre O. Turbil (cuñado), 20,6% Luciano Monteferrario, 10% María I. Bellini, 10% dos personas más y el abogado Soldati, y 3,4% Sergio Dell'Acqua. Esta información coincide con lo expresado por el Juez Balcaldi en la sentencia agregada por el Demandante, especialmente el párrafo 4.64 en donde se hace referencia a una carta del 7 de diciembre de 1995 dirigida al Presidente del BCU en la cual el Dr. Soldati expresa que la sociedad Eurofar pertenece a las referidas personas en la proporción indicada.

Por resolución del 2 de Julio de 1996, el BCU rechazó la autorización de transferencia de las acciones del BPA, solicitada de nuevo por Banknord el 26 de febrero de 1996, a varias personas, entre ellas el propio Demandante, que habían

manifestado su intención de adquirirlas. El Demandante había confirmado al BCU por carta del 20 de febrero de 1996 su propuesta a Banknord de adquirir el 51% de las acciones. En dicha resolución, el BCU hizo saber que "se pronunciará acerca de las solicitudes de autorización previa para la transferencia de acciones del Banco Pan de Azúcar, una vez que se plantee una propuesta global de reestructura del capital accionario, que incluya la incorporación de empresas financieras de reconocida trayectoria internacional -como ya se informara en anteriores oportunidades- y se dé cumplimiento, asimismo, a los requisitos de forma y de fondo exigidos por esta Institución para este tipo de transferencias." (B6.7).

El 13 de septiembre de 1996 la gestión del BPA fue intervenida por falta de liquidez.

IV. LA POSICION DE LAS PARTES RESPECTO DE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

Se describen a continuación las pretensiones que las partes han formulado en la demanda, en la "note ampliative", en la contestación a la demanda, en la contestación a las excepciones y en la nota adicional a la contestación a las excepciones de incompetencia.

Se comienza con la posición de ROU en su carácter de promotora de la cuestión de incompetencia y luego se formula la posición del Demandante, haciéndose referencia indistinta a la demanda y a la contestación de excepciones, así como a las notas que acompañan a estos escritos.

A. La posición de la Demandada

a) En cuanto a la individualización de la parte demandante

ROU en su contestación efectúa una serie de precisiones previas respecto a la individualización del Demandante y pide en primer lugar, que el Tribunal Arbitral rechace cualquier pretensión que involucre a derechos o intereses de otros sujetos distintos a D. Stéphane Benhamou y a Eurofar. Ello atento a que de acuerdo al Reglamento de CNUDMI la demanda debe individualizar "el nombre y dirección de las partes" y por ende, el nombre de las personas por las que el promotor dice actuar, no

pudiendo aceptarse una representación indeterminada y debiéndose asimismo rechazar el diligenciamiento de prueba sobre el control o representación de la sociedad que no se individualiza en la demanda. Se indica, además, que en el caso concreto de Eurofar, se rechaza cualquier pretensión de esa sociedad como parte a este procedimiento por no haber participado en los procedimientos preparatorios del arbitraje ni comparecido en la demanda debidamente representada. En segundo lugar, ROU pide que se anule la incorporación de la CND y el BROU en calidad de demandados. (Este segundo punto fue ya resuelto por el Tribunal en la orden de procedimiento nº 5).

b) Excepciones de previo y especial pronunciamiento

1. Falta de legitimación activa

i) El Demandante no ha acreditado ser nacional francés

El Demandante, que ha promovido este arbitraje al amparo del Acuerdo, tenía la carga de probar que es nacional francés. Es esta una cuestión que atañe a la "legitimatío ad processum" que debió ser probada "in limine litis", sin posibilidad de subsanación posterior.

ii) Ni el Demandante ni Eurofar son inversores amparados por el Acuerdo

El Acuerdo ampara "las inversiones efectuadas por los nacionales y las sociedades de la otra parte en su territorio". El Demandante pretende ser inversor a través del control que dice ejercer sobre Eurofar, que a su vez pretende ser el accionista mayoritario del BPA.

El Estado uruguayo reconoce como titular del 99,11% del paquete accionario del BPA únicamente a la sociedad italiana Banknord, como lo demuestran la solicitud de Banknord al BCU del 14 de diciembre de 1993 (págs. 7 y 8), la nota del Sr. Benhamou al presidente del BCU de la misma fecha (pág. 8), la nota de Banknord al BCU del 13 de enero de 1994 (pág. 8), la nota del Sr. Salvini, administrador delegado de Banknord, al presidente del BCU de la misma fecha (pág. 9 y R2) y el comunicado de prensa también de la misma fecha firmado por el Sr. Salvini (pág. 9 y R3).

Teniendo en cuenta estos hechos, todo conducía entonces a interpretar de buena fe que Banknord adquiría las acciones a nombre propio y que asumiría por sí la gestión del BPA por cuenta y nombre de sus bancos accionistas.

Con posterioridad apuntan en el mismo sentido los siguientes documentos:

- la carta presentada por el Dr. Carlos Queraltó, representante y asesor de Banknord en el Uruguay, al BCU (pág.9 y R4),
- la resolución D137 del BCU de 9 de marzo de 1994 (B9), por la que se autoriza la transferencia de acciones a Banknord, fundamentando la autorización en que "la transacción contaría con el conocimiento y el respaldo de las entidades bancarias accionistas del comprador (p. 9),
- cartas separadas del BROU y la CND de análogo tenor al BCU sobre la decisión de suscribir el contrato (p.9, R5 y R6),
- resolución del BCU del 18 de marzo de 1994 accediendo a lo solicitado por los vendedores (p. 10 y R7), y
- contrato de compraventa de acciones del 22 de marzo de 1994 entre la CND y el BROU como parte vendedora y Banknord como parte compradora (pág.10 y B.3).

Resulta de la referida propuesta de compra y del propio contrato que Banknord compró a nombre propio. La resolución del BCU autorizó la transferencia del paquete accionario a nombre de Banknord. El precio de la operación fue girado por Banknord (pág. 10 y R8). Como consecuencia de lo expresado, el 99,11 % de las acciones del BPA es propiedad de Banknord, sociedad establecida en Milán, cuyo capital accionario es de propiedad de seis bancos italianos.

ROU alega que en el transcurso de todas las etapas, previas y concomitantes a la firma del contrato como de su propia ejecución, no existe ni aparece el más mínimo vínculo de la operación con la República francesa. Las resoluciones administrativas antes relacionadas, confirieron autorización de venta del paquete accionario en el entendido de que Banknord compraba para sus accionistas y que habría una posterior transferencia formal en favor de éstos. Ni el Demandante ni Eurofar fueron autorizados a comprar las acciones del BPA ni las compraron.

Tan es así que Banknord en sucesivas comparecencias ante el BCU solicitó autorización para la transferencia de las acciones del BPA , lo que constituye un reconocimiento tácito de que Banknord es el titular del paquete accionario del BPA (p. 10, cartas del 6 de noviembre de 1995 y del 26 de febrero de 1996, R9 y B.6.7.1).

En la carta del 26 de febrero de 1996 Banknord menciona al Sr. Benhamou como una de las personas que « ha manifestado interés por la adquisición ». El propio Sr. Benhamou en carta del 20 de febrero de 1996 dirigida al presidente del BCU (B 6.7.6) expresa que " confirmo a Ud. que he manifestado a Banknord, en su calidad de titular del 99,11 % de las acciones del BPA, mi propuesta de adquirir el 51% del capital social de dicho banco". Esta manifestación debe interpretarse como un claro y expreso reconocimiento de que la titularidad de las acciones no le pertenecen, un reconocimiento a su falta de legitimación en esta causa (pág. 11).

Las relaciones de mandato fiduciario entre Banknord y Eurofar son irrelevantes frente a terceros y más frente a ROU, cuyo BCU dictó un acto de autorización referido a Banknord, en el entendido de que actuaba por cuenta de sus bancos accionistas. La única autorizada a comprar fue Banknord. El mandato fiduciario se ocultó deliberadamente en todo el período precontractual y aún durante muchos meses después de otorgado el contrato de compraventa. Fue otorgado en documento firmado sin fecha cierta y ni siquiera está firmado por Banknord. Documenta una relación inter partes no oponible a terceros y no tiene el alcance que se le pretende atribuir: su objeto no es la compra de acciones del banco, sino simplemente su administracion (pág. 12).

La exigencia legal de autorización que exige la ley uruguaya perdería todo sentido si se admitiera que la titularidad de las acciones pudiera pertenecer a un sujeto cuya identidad fue ocultada al BCU. Una relación fiduciaria que oculta la identidad del adquirente es incompatible con un régimen de previa autorización administrativa (p. 12).

La abrumadora evidencia de que Banknord adquirió las acciones del BPA en interés de sus bancos accionistas, se pretende contrarrestar con la carta del 21 de marzo de 1994 que habría sido entregada al entonces presidente del BCU, menos de

24 horas antes de la celebración del contrato (B.6.6). Respecto a esta carta ROU expresa (p.12):

-El original no ha podido ser localizado y la autenticidad de la copia nunca se verificó.

-La carta no fue enviada a las instituciones vendedoras.

-El contenido sólo aclararía que el mandante de Banknord no sería italiano ni residente en Italia. De ningún lado surge que sea francés ni se menciona a la sociedad Eurofar o al Sr. Benhamou.

-El hecho de que Banknord pretende aclarar que no hay un mandante italiano demuestra que todo el proceso negociador, incluso en la perspectiva del propio remitente, llevaba a la conclusión opuesta.

-El envío de una carta con un contenido tan impreciso se produjo estando fijada para el día siguiente la firma del contrato, lo que resulta llamativo cuando Salvini tenía facultades para aclarar ese tema con una antelación mucho mayor. Lo que revela la mala fe con la cual se procedió.

-El tenor de la carta se ve desmentido por la posterior suscripción del contrato, la integración del Sr. Salvini en el Directorio del BPA y la publicación efectuada por el BPA en la prensa uruguaya (p. 13). Esta publicación refleja la propuesta por Banknord en su carta del 13 de enero de 1994, y no deja duda acerca de la participación directa de los bancos accionistas de Banknord en la compra del BPA.

El Demandante invoca como prueba de su legitimación activa la existencia de un fallo penal que reconocería que Eurofar fue la adquirente de las acciones del BPA (B6.1). ROU señala al respecto:

-La sentencia no tiene la autoridad de cosa juzgada.

-El objeto del juicio penal no es determinar la propiedad del paquete accionario.

-La posición del fallo penal no refleja la posición del BCU basada en claras disposiciones de Derecho público uruguayo.

-Tampoco es la posición de los Tribunales de Apelaciones en lo civil que no reconocen la calidad de inversor del Sr. Benhamou ni su derecho a invocar el Acuerdo en los procesos contra él establecidos en Montevideo (R14 y 15).

-El fundamento de la afirmación del Tribunal de Apelaciones en lo Penal es una declaración de un funcionario de la Banca de Italia que dista de probar lo que se concluye (B6.1 y pág.13).

iii) Ni Eurofar ni ninguna sociedad constituída fuera de Francia pueden estar amparadas por el Acuerdo

Aún en la hipótesis que se reconozca la existencia y la eficacia del mandato fiduciario, Eurofar no puede acceder al amparo del Acuerdo. De la lectura del artículo 1.3 del Acuerdo surge con claridad que para estar amparada una sociedad debe estar constituída en el territorio de una de las partes contratantes, bajo su legislación. En el caso, la sociedad inversora debió haber sido constituída en Francia. Eurofar es una sociedad irlandesa y por tanto no puede pretender ampararse a las disposiciones del Acuerdo (B1).

Las otras situaciones previstas en el artículo 1.3 no son hipótesis independientes. En ambas hipótesis (el lugar de la sede o el control) es necesario que la sociedad haya sido constituída "en el territorio de una de las partes contratantes, conforme a su legislación".

Aún en la hipótesis de que la sede social y el control constituyan hipótesis independientes, ninguno de estos casos se configura en la situación de Eurofar:

-En cuanto a la sede social de Eurofar, la misma no se ubica en Francia sino en Irlanda (pág. 18).

-En lo que se refiere al control, ni los accionistas ni los directores son nacionales franceses (pág.18).

-Ni siquiera el Demandante ha probado haber declarado la inversión como francesa, requisito exigido por el Derecho francés sobre inversiones francesas en el extranjero (pág. 18).

-Es errónea la afirmación del Sr. Benhamou para sostener su legitimación, de que el BPA es una sociedad comprendida en el Acuerdo. Las que lo pueden ser son las sociedades pertenecientes al otro Estado respecto de aquel que recibe la inversión.

La interpretación oficial del Ministerio de Relaciones de ROU sobre el alcance del artículo 1.3 es totalmente coincidente con la sustentada en la contestación. ROU ha puesto oficialmente esa interpretación en conocimiento de la República francesa en aplicación del artículo 10 del Acuerdo. Si prosperara la interpretación auténtica en los términos expuestos, sería indiscutible que Eurofar no tiene legitimación activa en estos procedimientos y obligaría al Tribunal Arbitral a clausurar los procedimientos sin más trámite.

Habiéndose iniciado la vía diplomática del artículo 10.1 del Acuerdo, corresponde que el Tribunal suspenda estos procedimientos en tanto no concluya el procedimiento contemplado en el Acuerdo para solucionar cualquier eventual controversia entre las partes contratantes sobre su interpretación o aplicación.

iv) No puede ampararse al Acuerdo quien deliberada y maliciosamente ocultó el supuesto origen de la inversión

Para completar el análisis de la falta de legitimación activa, ROU se sitúa en la última hipótesis imaginable: que efectivamente existió una inversión del Sr. Benhamou o de una sociedad por él controlada y que dicha inversión puede ser categorizada como francesa.

Aún en esta hipótesis la pretensión de amparo al Acuerdo es improcedente. No puede ampararse legítimamente a un Acuerdo de fomento y protección de inversiones quien ha creado toda una telaraña fraudulenta para ocultar el verdadero origen de la inversión.

Existe un deber de informar lealmente en el período precontractual. La supuesta inversión invocada por el Demandante fue deliberadamente presentada como una inversión proveniente de otra fuente. Siendo una inversión producto de una

estratagema tendiente a engañar a las instituciones vendedoras y al propio Estado uruguayo acerca de su origen, mal puede encontrar amparo en el Acuerdo.

En la etapa previa a la celebración de un contrato existe el deber de ambas partes contrayentes de actuar con claridad y transparencia, expresando sus intenciones y sobre todo actuando con la mayor buena fe (págs. 20 y 21). Sin duda los principios de lealtad y buena fe que rigen en los derechos de todos los países civilizados se imponen a todo interesado en adquirir el control de un banco.

ROU afirma que si el Demandante era el inversor como ahora pretende, entonces durante todo el proceso precontractual violó todas las obligaciones que imponen esos principios básicos. Todas sus afirmaciones precontractuales, todos los documentos, todo lo dicho y no dicho, hicieron pensar que el inversor era Banknord y los bancos italianos accionistas.

El Demandante pretende ahora que el Tribunal olvide y deje de lado todos sus actos, reticencias y ambigüedades de conducta tendientes a crear en los vendedores y en las autoridades uruguayas la convicción de que el inversor era Banknord en calidad de titular legal formal y los bancos italianos accionistas en calidad de beneficiarios reales. Sólo proclamando que todo aquello no era más que apariencia, más que acciones simuladas, puede hoy admitirse que en la realidad el inversor era el Sr. Benhamou.

Lo más insólito es que el Sr. Benhamou ni siquiera ahora puede probar que es el titular de la inversión. Toda la información que se proporcionó sobre la identidad de los beneficiarios reales indujo a la convicción de que no actuaba en nombre propio sino en nombre de Banknord.

Una de las principales preocupaciones y objetivos del proceso precontractual de transferencia de acciones de un banco es la identificación clara, precisa e inequívoca de la identidad del comprador. Las acciones de un banco en el Uruguay deben ser nominativas y su transferencia debe ser previamente autorizada por el BCU teniendo en cuenta razones de legalidad, oportunidad y de conveniencia, entre ellas, la solvencia, rectitud y aptitud del postulante.

Sin experiencia como banquero, el Demandante debió suponer que no se autorizaría la venta de las acciones del BPA a quien carecía de antecedentes relevantes en esa actividad. De ahí que se hizo todo lo posible durante el proceso precontractual para presentar una realidad que poco tenía que ver con la verdad.

El Demandante por lo tanto, si fuera inversor de nacionalidad francesa, habría incurrido en responsabilidad precontractual que precluye toda posibilidad de comparecer ante el Tribunal para ampararse al Acuerdo, pues violó todas las normas que regulan la conducta que un potencial comprador de acciones de un banco debe cumplir durante el proceso precontractual.

Un contrato de compraventa de acciones de una empresa que actúa en este campo de actividad intensamente regulado y controlado por la Autoridad pública, en que está en juego nada menos que el ahorro público, constituye un caso típico de contrato "uberrimae fidei", que siempre supone total buena fe durante el período de negociación. Negociando un contrato "uberrimae fidei", Benhamou nunca se identificó como inversor y realizó múltiples actos para inducir a vender a Banknord.

v) Los deberes propios de la relación fiduciaria

Durante varios meses de negociación, el Sr. Benhamou solamente invocó el nombre de Banknord y la participación de los bancos accionistas. Era a todos los efectos el representante y agente de Banknord. Por otra parte, no hubo ninguna manifestación de Banknord que contradijera esa representación. Los actos posteriores a la firma del contrato indican que acompañó y ratificó los actos de su gestor.

Un principio básico de la relación fiduciaria prescribe que las partes deben tomar el "debido cuidado" de evitar conflictos de intereses. El Sr. Benhamou sabía que de acuerdo a la legislación uruguaya las acciones de los bancos son nominativas; no puede haber divorcio entre el "legal title" y el "beneficial owner". Ambas dimensiones de la propiedad se conjugan en el mismo titular. Sabiendo esto, sin embargo, si Benhamou era o pretendía ser el titular real de las acciones tenía el deber de informar a los vendedores y al BCU de esa circunstancia.

En un proceso donde juegan un papel decisivo “consideraciones personales” sobre el verdadero titular, el agente fiduciario y su gestor o representante tienen la obligación de revelar en forma clara e inequívoca quién será el comprador. Si no lo hace, el agente fiduciario será el único principal a los efectos del tercero que fue parte de este tipo de contrato personalísimo “uberrimae fidei”.

Se violaría los más básicos principios generales de derecho si el Sr. Benhamou pudiera alegar actos propios de engaño y reticencia para invocar una calidad que le daría hoy el amparo del Acuerdo destinado a proteger inversiones. Se pretende ahora que Banknord actuaba fiduciariamente por cuenta de Eurofar. Suponiendo que Banknord actuara por Eurofar, se habría tratado de una relación fiduciaria de mera administración de acciones (pág. 26).

De lo expresado resulta que también en aplicación de los principios de buena fe, lealtad y probidad que debieron regir la gestión previa al contrato, el Demandante carece de legitimación activa para invocar el Acuerdo y promover la presente demanda arbitral.

2. Falta de legitimación pasiva

i) Imprecisa formulación del título y grado de los demandados

El lenguaje utilizado por el Demandante lleva a confusión sobre los demandados. No queda claro a qué título y en qué grado pretende incorporar a tres personas públicas diferentes (ROU, BROU y CND). Se trata de dilucidar no solamente quién es el demandado sino quién puede serlo bajo la normativa aplicable. ROU afirma que las tres personas públicas mencionadas en la comparencia carecen de legitimación pasiva en estos procedimientos: el Estado uruguayo por no haber sido parte en el contrato de compraventa de acciones del BPA, y el BROU y la CND por no ser posibles demandados bajo los términos del Acuerdo invocado por el demandante.

Existen dos instrumentos jurídicos y solamente dos, con relevancia para dilucidar la cuestión de la legitimación pasiva:

-El contrato de compraventa de acciones del BPA entre la CND y el BROU por una parte y Banknord por la otra. De este contrato, ROU no fue parte, ni expresa ni implícitamente.

-El Acuerdo firmado entre los Estados (pág. 27)

ii) Falta de legitimación pasiva del Estado en demanda fundada en incumplimiento de un contrato del cual no ha sido parte

ROU no puede ser objeto de pretensiones ni de reclamos de origen contractual, ya que no asumió obligación alguna en el único contrato que vincula a Banknord con el BROU y la CND y el único en cuyo incumplimiento se basa el Demandante para formular sus reclamos (pág. 30). La intención de un Estado de resultar obligado por un acuerdo firmado por una entidad estatal menor "debe ser expresado en términos inequívocos" y el mero control ejercido por el Estado sobre las entidades públicas independientes no es suficiente para justificar la extensión de los efectos del acuerdo firmado por estos últimos (pág.30).

BROU es un ente autónomo con personalidad y patrimonio propio que opera como una empresa comercial dentro de la plaza bancaria. La CND ni siquiera es una entidad estatal, es una persona pública no estatal, con personalidad y patrimonio propio e independientes de los del Estado.

El contrato de compraventa de acciones es un contrato comercial regido por el Derecho privado uruguayo. El Estado no es demandable por actos regidos por el derecho privado que realizan entes públicos autónomos comerciales e industriales o personas públicas no estatales. Cada una de las personas públicas, las mayores y las menores, responderán por sus propios actos en el ámbito jurídico y en la jurisdicción que corresponda (pág. 31). Nada indica que el Estado uruguayo, persona pública mayor, está obligado por ese contrato. Si el Tribunal estimara que está obligado por el contrato, lo sería únicamente bajo sus términos y debería aplicarse el procedimiento arbitral previsto en ese contrato (pág. 31).

En consecuencia el Tribunal Arbitral debe determinar como cuestión previa que el Estado, persona pública mayor, no tiene legitimación pasiva en este proceso arbitral por el supuesto incumplimiento de obligaciones que emanan del contrato.

3. Excepción de incompetencia

i) Procedencia de su oposición

ROU nunca aceptó la calidad de inversor del promotor y en todo momento manifestó la incompetencia del eventual Tribunal a constituirse conforme al Acuerdo, haciendo expresa reserva de sus derechos en la materia (Nota del 20/04/99 a la Secretaría de la Corte Permanente de Arbitraje (adjuntos R19 y R 20), Nota del 26/05/99 a la misma Secretaría (R 21 y R22), Nota del 2/08/99 a la misma Secretaría (R 23 y R24), Resolución del Poder Ejecutivo del 7 de julio de 1999 (R25) y Escrito de la República del 23 de julio de 2001 en incidente de recusación (Anexo a la Memoria Preliminar nº1 del Demandante) y-Acta de la reunión preparatoria). Si alguna duda quedara, aún así la excepción de incompetencia opuesta en tiempo y forma al contestar la demanda sería absolutamente válida (artículo 21.3 del Reglamento).

En conclusión, la República está perfectamente habilitada para esgrimir en la actualidad la excepción de incompetencia del Tribunal Arbitral, ya siempre que hizo objeción al respecto y la opone en tiempo y forma en la contestación.

ii) Fundamentos de la excepción de incompetencia

ROU funda su excepcionamiento en tres aspectos:

-La carencia de legitimación del Demandante y de Eurofar para poner en marcha los procedimientos arbitrales previstos en el Acuerdo (tema que ya ha sido abordado).

-La expresa previsión contractual de arbitraje para la dilucidación de las controversias con motivo de la ejecución o cumplimiento del contrato de compraventa de las acciones del BPA, que nada tiene que ver con este arbitraje promovido bajo el Acuerdo.

-La existencia de materias, en la pretensión del Demandante, que no admiten su dilucidación por vía arbitral.

α. Carencia de legitimación del Demandante y Eurofar

Este punto se desarrolla por separado.

β. Cláusula arbitral del contrato de compraventa

Aunque dicho contrato fue impugnado de nulidad por el BROU y la CND, en un proceso ante la jurisdicción uruguaya, el Demandante, al contestar la demanda, defendió enfáticamente la validez del vínculo contractual y del compromiso arbitral asumido, y fundó su pretensión en el presente arbitraje en ese contrato. Siendo así, el único tribunal competente para entender en su demanda es el previsto en el propio contrato.

Cualquier reclamación entre las partes contratantes, vinculada al cumplimiento del contrato debe ser dilucidada de acuerdo a sus términos. Si Banknord, como pretende la demanda, actuó por cuenta del Demandante o de Eurofar, ellos también están vinculados por esa cláusula contractual.

γ. Existencia de materias inarbitrables

La pretensión del Demandante afecta cuestiones que se encuentran fuera de toda posibilidad de revisión por cualquier jurisdicción, ordinaria o arbitral. La consideración del mérito, conveniencia y oportunidad de conferir autorización a una empresa de seguros o a una entidad de intermediación financiera externa son temas que conciernen exclusivamente a las autoridades gubernativas. En modo alguno un tribunal arbitral puede sustituir en estos aspectos el juicio de las autoridades.

Tampoco puede ser objeto de un proceso arbitral revisar medidas y sanciones adoptadas por las autoridades que ejercen la supervisión y el control del sistema financiero (BCU). Se trata del ejercicio del poder de policía propio de la jurisdicción doméstica de cada Estado.

Los temas comprendidos en el ámbito exclusivo de las autoridades gubernativas nacionales deben expresamente declararse por el Tribunal Arbitral excluidos del objeto del presente arbitraje.

El sometimiento del fondo del litigio a una legislación imperativa no produce por sí la inarbitrabilidad del litigio, sino el deber de los árbitros de aplicar esa legislación,

pero esta normativa puede conducir a excluir la potestad de los árbitros de entender en ese litigio, total o parcialmente, ya sea en razón de la materia o bien de la competencia exclusiva de una autoridad judicial o administrativa del Estado para resolver sobre el tema (pág. 70).

Todos los daños que el Demandante invoca derivarían directamente de, o estarían vinculados indisolublemente con la no autorización de funcionamiento de una empresa de seguros y de una institución financiera externa (banca off shore). La autorización y habilitación de ambos tipos de empresa dependen de decisiones del Poder Ejecutivo y del BCU que se dictan, por expresa previsión legal, atendiendo a "razones de legalidad, de oportunidad y de conveniencia", apreciando especialmente la solvencia, rectitud y aptitud de la empresa solicitante (pág.72).

Se trata de decisiones de mérito, excluidas en cuanto tales de todo control jurisdiccional. Sería inconcebible que soluciones de esa índole, insusceptibles por naturaleza de revisión jurisdiccional, fueran objeto de sometimiento a arbitraje.

B. LA POSICION DEL DEMANDANTE

a) En cuanto a las partes: definición y legitimación

El Demandante afirma en su demanda que son demandantes, además de D. Stéphane Benhamou actuando por sí, D. Stéphane Benhamou actuando en representación de Eurofar, D. Stéphane Benhamou actuando genéricamente por todas las sociedades que controla directa o indirectamente, y D. Stéphane Benhamou actuando en interés de todas las personas físicas, miembros de los directorios de las diferentes sociedades del grupo BPA y/o ligadas a este grupo por contratos de consultoría (B1) (pág. 1).

En defensa de esta descripción genérica del Demandante en la contestación de excepciones (págs. 6 y 7) se manifiesta que:

-las personas físicas y jurídicas lesionadas son muchas y la asunción de una representatividad genérica supone bloquear toda reclamación futura de quienes aún perjudicados, no han comparecido al presente litigio y, de esta forma, en adelante se verán privados de hacerlo, y

-el carácter de juicio universal que el artículo 8 del Acuerdo otorga a este juicio arbitral, supone la extinción de todo otro procedimiento, como aquellos que se han generado ante la justicia ordinaria del Uruguay y que involucran distintas personas vinculadas al dicente Benhamou y/o algunas de sus sociedades, que una vez laudo el "sub examine" no podrán continuar.

Se afirma en la demanda (pág. 3) que la legitimación activa de D. Stéphane Benhamou y sus representantes está basada en los siguientes documentos:

- Carta del 13 de enero de 1994 remitida por D. Stéphane Benhamou en representación de Banknord (B2).
- Celebración del contrato de compraventa de acciones entre BROU y CNB por una parte, Banknord por otra parte y el BPA por otra parte representado por el Sr. Berriel y D. Stéphane Benhamou (B3).
- Designación de D. Stéphane Benhamou como presidente del BPA cuyo capital accionario (99.11%) controla, adquirido a través de Eurofar cuyo directorio preside y para quien y por encargo de quien a través del mandato fiduciario, Banknord realizó la adquisición del paquete accionario.
- Contrato de mandato fiduciario celebrado entre Eurofar y Banknord el 13 de enero de 1994 (B4).
- Suscripción por D. Stéphane Benhamou, en forma personal, de toda la correspondencia dirigida al BROU, al CND, al BCU y a la Presidencia de ROU.
- Finalmente y de decisiva importancia, la resolución del Poder Ejecutivo Uruguayo de fecha 28 de julio de 1999, por la cual se designa al Embajador Dr. Jorge Talico para actuar como árbitro designado por el gobierno de ROU en la demanda promovida por D. Stéphane Benhamou, "en especial con relación al BPA" (B5).

El Demandante afirma en su "Note Additionnelle en réponse a l'exception d'incompétence" (p. 3) que a pesar de la cadena de personas morales interpuestas nos encontramos en presencia de un ciudadano francés que invirtió en ROU la suma de cinco millones de dólares a fin de adquirir un proyecto económico. A su vez, en su contestación de excepciones (págs. 7 y 8) se expresa que de todos los obrados que

documentan los antecedentes de la compra de las acciones del BPA, del propio contrato y de los hechos posteriores surge inequívocamente que el Demandante negoció el contrato con todas las autoridades uruguayas, que pagó el precio de las acciones del BPA a través de Eurofar quien envió el precio de la compra a Banknord con instrucciones precisas de pago, que ROU aceptó venderle a una fiduciaria lo que significa que reconoce y acepta la existencia de un fiduciante, que la carta del 21 de marzo de 1994 expresa que Banknord compra para Eurofar. Los seis bancos accionistas de Banknord, dice el Demandante en su Note Additionnelle (p. 23) no se comprometieron jamás, directa ni indirectamente, en esta operación.

Según el Demandante la parte demandada consiste de ROU y, directamente y/o en subsidio, BROU y CND, según resulta del contrato de compraventa de acciones del BPA del 22 de marzo de 1994 que "compromete al Estado uruguayo como persona jurídica comprensiva de todos los Organismos jurídicos y políticos que componen su ordenamiento institucional, y especialmente a las personas de Derecho Público que son el BROU y la CND en cuanto integrantes de la parte vendedora del capital accionario del BPA, y el BCU en función de la resolución D/147/94 del 15/03/94". (págs. 1 y 4 de la Demanda)

Se afirma además en la Note Additionnelle (pág. 7) que las resoluciones adoptadas el 15 y 18 de marzo de 1994 por el BCU demuestran que el Estado uruguayo está involucrado en este asunto y no sólo los vendedores pues en estas resoluciones se declara expresamente que el BCU garantiza las obligaciones asumidas por el BROU y CND en el contrato de compraventa de las acciones del BPA.

b) Competencia del Tribunal Arbitral

En su demanda (págs. 4 y 5), el Demandante defiende la competencia del Tribunal basándose en que:

1) ROU "ya aceptó esta competencia y se sometió a su jurisdicción, sin reserva alguna".

2) ROU también aceptó a Stéphane Benhamou como inversor amparado al Acuerdo tal como lo expresa la Resolución del PE del 28/07/99 (B3).

3) ROU designó a sus asesores legales para defender sus intereses en este litigio (B7).

4) El Dr. Tomás Brause, en escrito del 23/07/2001 dirigido a E. Cremades, expresó: " La República desconoce hasta la fecha cuáles son las pretensiones que el Sr. Benamhou piensa plantear en el proceso de arbitraje y que deberán ser dilucidadas en el mismo". De esta manera el Dr. Brause ha admitido que es este Tribunal Arbitral quien deberá decidir las pretensiones que D. Stéphane Benhamou haya de plantear.

La competencia del Tribunal Arbitral (pág. 6) se basa además en el compromiso arbitral suscrito entre las partes y cuyos antecedentes son los siguientes:

1) Solicitud de Benhamou del 15/11/98 dirigida al Presidente de ROU reclamando la iniciación del procedimiento arbitral previsto en el Acuerdo Franco-uruguayo (B8).

2) Resolución del Poder Ejecutivo del 28/07/99 designando árbitro (B5).

3) Resolución del Poder Ejecutivo del 29/12/99 designando abogados (B7)

4) Artículo primero del Acuerdo que reconoce como inversiones los activos tales como "acciones...en las sociedades constituidas en el territorio de una de las Partes Contratantes".

En cuanto a la incompetencia fundada en la existencia de la cláusula compromisoria del contrato de compraventa, el Demandante en su Note Additionnelle (pág. 8) se refiere a su intento de poner en marcha el arbitraje basándose precisamente en ella. Este intento fue frustrado por BROU y CND y, por tanto, ROU no puede reprochar al Demandante no haber puesto todos los mecanismos contractuales de que disponía. El Demandante señala que frente a un inmovilismo de las autoridades estatales emprendió la puesta en marcha del procedimiento contractual de arbitraje y "frente a una denegación de justicia" resolvió solicitar la protección del Acuerdo.

c) Conocimiento de las autoridades uruguayas de la identidad del Inversor y la naturaleza fiduciaria del adquirente

El Demandante agrega en su Note Ampliative (pág. 2) que las más altas autoridades de ROU aceptaron la intervención de Banknord en perfecto conocimiento de causa, y ello fue ampliamente demostrado por el Juez Balcaldi que instruyó un sumario por denuncia de la Cámara de Representantes. A ese efecto, el Demandante describe el desarrollo de las negociaciones que culminaron con la venta y que se han descrito en el capítulo sobre "Los hechos concernientes a la Competencia del Tribunal" (págs. 4 y 5). Baste aquí recalcar que cada una de las tres ofertas estaba firmada por el Demandante. La que eventualmente fue aceptada, la del 13 de enero de 1994, fue examinada por Bankers Trust y por el Cdor. Enrique Braga, superintendente de instituciones financieras. Este último en su informe del 24 de enero de 1994 expresó: "no parece lógico que una empresa con las características de la Fiduciaria adquiriera las acciones del BPA...; se nos plantea la duda si la gestión de compra es el resultado de una iniciativa propia de los accionistas de la fiduciaria o la expresión de un encargo fiduciario por cuenta de un cliente vinculado a los referidos accionistas." (pág. 6).

El artículo 2 de los estatutos de Banknord subraya la interdicción de actuar en su propio interés en el desarrollo de su objeto social (B6.5) (Note Ampliative pág. 6) y el carácter de sociedad fiduciaria de Banknord fue también subrayado por la CND y el BROU (Note Ampliative pág. 6) Estas instituciones, en acuerdo con el BCU, impusieron a los compradores medidas de control que constituyen la prueba de que los vendedores tenían perfecto conocimiento de la realidad de la personalidad del comprador (Note Ampliative pág. 6). Estas condiciones fueron aceptadas por el Demandante teniendo en cuenta que la gestión del banco no era su primer objetivo (Note Ampliative pág. 7).

El Sr. Salvini, representante de Banknord, fue a Montevideo y se reunió con el presidente del BCU. Después del examen de las cláusulas del contrato, fue su deseo que fuera claramente puesto en conocimiento del BCU que Banknord era una sociedad fiduciaria de derecho italiano y que la operación de compra de las acciones del BPA no se realizaba por cuenta de ninguna persona física o moral de nacionalidad italiana o

residente en Italia y que sólo el beneficiario final debía soportar las consecuencias activas o pasivas de la firma de ese contrato (Note Ampliative pág. 7).

Cuando el Sr. Salvini volvió a Italia precisó que firmaría el contrato sólo después de cumplida esta condición. Esta declaración fue puesta en conocimiento del presidente del BCU Enrique Braga, quien acusó recepción el 21 de marzo de 1994 (B6.6). El Sr. Salvini firmó el contrato de adquisición conjuntamente con Benhamou el 22 de marzo de 1994 (Note Ampliative pág. 7).

El Demandante alega que el BCU firmó el contrato de compraventa con pleno conocimiento de causa y se basa para ello en varias decisiones de la justicia uruguaya: En primer lugar se refiere a la sentencia preliminar del juez Balcaidí, confirmada por el Tribunal de Apelaciones, que pone en evidencia que el conjunto del proceso de negociación fue diligenciado exclusivamente por el Sr. Benhamou, destacando el carácter fiduciario de la intervención de Banknord, al tiempo que confirma la existencia de la carta de Banknord al presidente del BCU con fecha de 21 de marzo de 1994. (Note Ampliative pág. 10)

El Tribunal de Apelaciones va más allá: "del acto antecedente... se desprende clara e indubitablemente que el BPA fue vendido a una sociedad irlandesa (Eurofar) cuyo paquete accionario mayoritario pertenece a Benhamou, contra la opinión del broker Bankers Trust. No incumbe al Tribunal...pronunciarse sobre la responsabilidad del Cdor. Enrique Braga, quien siempre conoció que Banknord compraba para Eurofar" (Note Ampliative pág. 10).

Se afirma también en la Note Additionnelle pág. 5 que no puede haber mala fe en prevalerse de una ley o un mecanismo jurídico legítimamente reconocido. El Demandante considera que el mandato fue concluido y es conforme a la legislación que lo regula y, en consecuencia, toda la argumentación desarrollada por FOU sobre haber actuado de mala fe y haber ocultado el origen de la inversión carece de objeto.

d) Derecho al amparo del Acuerdo

El Demandante expresa también en Note Ampliative (pág. 7) que tiene derecho a reivindicar las disposiciones del Acuerdo por las siguientes razones:

1) Ratione personae, este tratado es aplicable a los nacionales de una de las partes contratantes y el Demandante tiene nacionalidad francesa.

2) El conjunto de hechos expuestos referentes al período precontractual y el conjunto de acciones del BCU durante los 32 meses de gestión de Benhamou, demuestran claramente que es el inversor real.

3) La instrucción del juez Balcaldi ha demostrado que las negociaciones se llevaron a cabo con el concurso y la presencia física de Benhamou.

4) En estas condiciones, ROU no puede invocar disposiciones de su derecho interno (ausencia del concepto de mandato fiduciario) para sustraerse a las obligaciones que le impone el Tratado según establece el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados: "Una parte no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación a la no ejecución de un tratado".

Por su parte, en la contestación a las excepciones se agrega que Eurofar, aún no siendo una sociedad francesa o uruguaya, constituye una inversión realizada en Uruguay y por lo tanto comprendida en el Acuerdo, en razón de la amplitud que se le dió al concepto y al carácter no taxativo de las enumeraciones de su Artículo 1.1 (págs. 3 y 4).

Por otro lado, en la Note Additionnelle se expresa que Eurofar no es más que un vehículo jurídico utilizado por el Sr. Benhamou (pág. 3) y que los diferentes vehículos jurídicos utilizados no pueden en modo alguno modificar la realidad económica que es la protegida por el Acuerdo (pág. 5).

e) Incomparecencia de Eurofar en los procedimientos preparatorios del arbitraje y en la propia demanda

Afirma el Sr. Benhamou que es apoderado de Eurofar y dueño del 65.5% de las acciones de Eurofar en forma directa según certificado que se acompaña y dueño del 20% adicional en forma indirecta a través de la sociedad Dienstleistungen AG Vaduz, de la que es propietario del 100%, a cuyo respecto se adjuntaron certificados de fecha 28 de abril de 1998 (B23 y B24).

En consecuencia, quien debía como inversor de nacionalidad francesa participar en los procedimientos físicos del arbitraje no era otro que el Sr. Benhamou. (Contestación a excepciones pág. 7).

f) Existencia de materias inarbitrables

El demandante expresa: "Mi respuesta es clara y sencilla: no hay texto de derecho aplicable al caso que ampare la argucia que pretende ROU." (Contestación a excepciones pág. 9)

Los puntos sobre el por qué de la jurisprudencia arbitral y la expropiación sin pago o confiscación a juicio del Tribunal referidos en la Contestación de excepción (págs. 9 a 15), no conciernen el excepciones por incompetencia y por tanto no serán tratados en esta decisión.

g) Cuestión previa o laudo final

En cuanto a la oportunidad en que el Tribunal Arbitral debe decidir sobre las excepciones a la competencia, el Demandante se inclina por la solución que postula que el momento de la decisión no debe ser ahora, sino en el laudo final porque no abriga ninguna duda sobre la competencia del Tribunal Arbitral y la excepción opuesta es meramente dilatoria desde que ROU ya adoptó la decisión de someterse al Tribunal Arbitral, aceptó la constitución del mismo, designó su árbitro y los abogados sin formular reserva alguna. Por tanto, nada justifica que se detenga el trámite principal a la espera de una decisión sobre la competencia que retrasaría este procedimiento y perjudicaría los intereses del Demandante. (Contestación de excepciones pág. 16.).

V. CONSIDERANDOS DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Teniendo presente las pretensiones de las partes formuladas en la demanda, en la "Note Ampliative", en la contestación a la demanda, en la contestación a las excepciones y en la Nota Adicional a la contestación a las excepciones de incompetencia, el Tribunal Arbitral pasa a considerar las cuestiones de previo y especial pronunciamiento recordando que, en su orden de procedimiento nº 5, decidió que "el BROU y la CND no son parte de este proceso arbitral, sin perjuicio de que las alegadas acciones u omisiones de estas entidades puedan o no comprometer la

responsabilidad de la República Oriental del Uruguay”, y que, en su orden de procedimiento nº 7, resolvió “Decidir como cuestión previa las excepciones presentadas por la parte demandada salvo la referente a las inarbitralidades por estar éstas ligadas al fondo del asunto.”

A. Precisiones previas

a) La competencia del Tribunal para pronunciarse sobre su propia competencia

El Tribunal se permite, en primer término, recordar el principio que reconoce a los árbitros competencia para decidir sobre su propia competencia, conocido con el nombre “competencia–competencia”, uno de los más importantes del arbitraje internacional y que se encuentra recogido en las principales convenciones internacionales y en diversas legislaciones modernas sobre arbitraje, así como también en la mayoría de los reglamentos de arbitraje.

El Reglamento de la CNUDMI aplicable al caso ha previsto este principio en el art. 21 que dispone que “el tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de las objeciones de que carece de competencia...”

La invocación de este principio a la controversia es de toda evidencia pues ambas partes han planteado objeciones afirmando que este Tribunal carece de competencia. En efecto, no solamente ROU objetó la competencia del Tribunal presentando excepciones de previo y especial pronunciamiento, sino que incluso el propio Demandante ha objetado la competencia del Tribunal en la Reunión Preparatoria celebrada en París los días 15 y 16 de noviembre de 2001. Entonces el Demandante en su Mémoire Préliminaire reservó su derecho a cuestionar la idoneidad del Tribunal para ejercer su poder jurisdiccional, vale decir, para realizar actos de procedimiento y para dictar los laudos correspondientes, aspectos que atañen indudablemente a su competencia.

En efecto, partiendo de la concepción amplia de la competencia recogida en el Reglamento, el principio de la competencia-competencia recae no solamente sobre la existencia o validez de la convención de arbitraje y sobre su alcance *ratione personae* y

ratione materiae, sino también sobre la regularidad de la constitución del tribunal arbitral. Así se reconoce expresamente en algunas legislaciones como en el art. 30 de la Arbitration Act de 1996 del Reino Unido y también en el art. 1052 (3) del CPC holandés. (Ver "Autonomie et Kompetenz-Kompetenz" A. Dimolitva, Rev. de l'Arbitrage 1998 n° 2, par. 15).

El Demandante formuló su reserva sobre la regularidad de la constitución del Tribunal Arbitral en cuanto concierne al mantenimiento del Dr. Jorge Talice como árbitro, afirmando su derecho de promover en cualquier momento del procedimiento o después de la sentencia, una instancia de anulación del procedimiento o de la sentencia arbitral. En su orden de procedimiento n° 2, el Tribunal expresó que el Reglamento no prevé que el Tribunal una vez constituido reconsidere cuestiones relacionadas con su constitución y en consecuencia, tal como se dispuso en la parte dispositiva, "la reserva hecha por la parte Demandante no afecta el curso del procedimiento". Tal como fue afirmado también en la orden de procedimiento n° 2, la constitución del Tribunal y el procedimiento de recusación incoado por el Demandante contra el árbitro Dr. Talice, se hicieron según el Reglamento tal como lo exige el Acuerdo.

No obstante haber sido esta resolución consentida por las partes, por lo que no corresponde volver sobre ella, el Tribunal advierte que la reserva formulada por el Demandante, al implicar la contestación de su poder jurisdiccional y por ende, de su competencia, hace necesario que en este fallo parcial e interlocutorio, se efectúe un pronunciamiento sobre la validez de su investidura y la legitimidad del poder jurisdiccional que viene ejerciendo en relación a la objeción formulada por el Demandante en su Mémoire Préliminaire.

El Tribunal afirma, en consecuencia, sin ingresar en el fondo que subyace este tema, su pleno convencimiento de que se encuentra debidamente constituido de conformidad a las normas aplicables al caso, estimando importante proteger esta sentencia mediante la invocación de los fundamentos correspondientes a la regularidad de su actuación, sin perjuicio naturalmente de lo que puedan disponer ulteriormente otras jurisdicciones competentes.

El cuestionamiento del poder jurisdiccional del Tribunal mediante una reserva efectuada por el Demandante, por entender que existe un defecto en su constitución en razón de estar integrado por un árbitro que considera sigue alcanzado por causales de recusación, no es procedente a juicio del Tribunal. Las reservas no generan el derecho a postergar la deducción de una demanda de recusación que debe efectuarse dentro de los plazos establecidos por el derecho aplicable.

Cabe recordar que el árbitro Dr. Talice fue objeto de un proceso de recusación con anterioridad a la constitución definitiva del Tribunal. Esta recusación fue tramitada y resuelta, conforme a lo establecido en las normas aplicables, por la Autoridad Nominadora designada por el Secretario de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya, el distinguido jurista Dr. Bernardo Cremades, quien desechó la recusación presentada por el Demandante.

Como consecuencia de ello, se procedió a designar el árbitro presidente, siempre de conformidad al procedimiento previsto en el Reglamento, recayendo la designación en el Dr. Andrés Rigo Sureda, quedando así definitiva y regularmente constituido el Tribunal Arbitral.

El Tribunal entiende, conforme a la jurisprudencia unánime en este punto, que el Demandante debió hacer valer su cuestionamiento en tiempo útil y dentro de los plazos establecidos, y no formular una simple reserva de plantear en el futuro la anulación de la actuación y de los laudos de este Tribunal.

El Tribunal recuerda en esta materia y se permite citar lo expresado por el prestigioso tratadista francés Philippe Fouchard: "Est irrecevable le recours en annulation fondé sur le défaut d'indépendance et d'impartialité d'un arbitre si la situation critiquée était connue de la partie recourante avant le prononcé de la sentence et n'a pas provoqué aussitôt de sa part une demande de récusation. Sa carence est considérée comme une renonciation à se prévaloir d'une telle irrégularité. La jurisprudence sur ce point est unanime, et s'applique aussi bien lorsque l'information a été donnée par l'arbitre lui-même que si la situation critiquée était notoire. ("No es de recibo el recurso de anulación fundado sobre el defecto de independencia e imparcialidad de un árbitro si la situación criticada era conocida por la parte recurrente

antes de pronunciarse la sentencia sin haber promovido enseguida de su parte una demanda de recusación. Su carencia es considerada como una renuncia a prevalecerse de tal irregularidad. La jurisprudencia sobre este punto es unánime y se aplica tanto cuando la información es dada por el propio árbitro, como cuando la situación criticada era notoria". Traducción del Tribunal) ("Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française", Rev. de l'Arbitrage nº 3, párr. 60).

En suma, el Tribunal se considera habilitado para defender la regularidad de su actuación y de esta sentencia, afirmando como fundamento de la legitimidad del ejercicio de su poder jurisdiccional en relación a la reserva formulada por el Demandante, la solución consagrada por la jurisprudencia en forma unánime, según se consigna en la cita doctrinaria que se acaba de mencionar.

b) Excepciones de previo pronunciamiento

En la orden de procedimiento nº 6 el Tribunal Arbitral decidió considerar cerrada la fase de intercambios de escritos sobre las excepciones de incompetencia del Tribunal a fin de proceder a deliberar sobre ellas, incluido si considerarlas en el laudo final o tratarlas como cuestiones previas.

En la orden de procedimiento nº 7, el Tribunal resolvió "Decidir como cuestión previa" las excepciones presentadas por la Demandada salvo lo referente a inarbitrabilidades por estar éstas ligadas al fondo del asunto, no habiendo sido esta resolución cuestionada en aquel momento por ninguna de las partes. Sin embargo, puesto que el Tribunal Arbitral no había expresado los fundamentos en dicha ocasión sobre la decisión de la cuestión de la legitimación activa del Demandante como cuestión previa, resolvió en la orden de procedimiento nº 11 invitar a las partes a presentar sus comentarios sobre este punto.

ROU opuso a la demanda diversas excepciones que estima son de previo y especial pronunciamiento, todas ellas enunciadas en el escrito de contestación y reafirmadas en el escrito en respuesta a dicha orden de procedimiento y durante la audiencia que tuvo lugar el 6 de noviembre de 2002: excepción de falta de legitimación activa, excepción de falta de legitimación pasiva y excepción de incompetencia. Asimismo, ROU dió como fundamentos de la excepción de incompetencia:

1. La carencia de legitimación del Demandante y de Eurofar para poner en marcha los procedimientos arbitrales previstos en el Acuerdo.

2. La expresa previsión contractual de arbitraje para la dilucidación de las controversias con motivo de la ejecución o cumplimiento del contrato de compraventa de acciones del BPA.

3. La existencia de materias, en la pretensión del Demandante, que no admiten su dilucidación por vía arbitral.

Según lo que antecede, ROU ha subsumido la excepción de falta de legitimación activa dentro de la excepción de incompetencia. La excepción de falta de legitimación activa del Demandante supone, a juicio del Tribunal, el examen de las siguientes cuestiones:

Falta de legitimación procesal como parte del acuerdo

1. Si la sociedad Eurofar, sociedad a través de la cual el Demandante manifiesta haber realizado la inversión, califica como inversor amparable al Acuerdo por reunir las condiciones exigidas en su art. 1(3). Lo que supone para el Tribunal interpretar ésta y otras disposiciones del Acuerdo a los efectos de determinar si Eurofar se encuentra o no incluida en alguno de sus supuestos normativos. Este aspecto de la legitimación constituye una cuestión claramente relacionada con la competencia de este Tribunal instituido bajo la égida del Acuerdo y, por ende, procede que sea tratada como una cuestión de previo y especial pronunciamiento.

Si se ha merecido el crédito control de EURO FAR

2. Si el Demandante ha acreditado poseer el control de la sociedad Eurofar en el momento mismo de efectuarse la inversión. Se trata ésta de una cuestión que el Tribunal también considera indisolublemente conectada con su competencia *ratione personae* y que requiere también un pronunciamiento previo y especial.

Falta de legitimación ad causam como parte del proceso

3. Si la sociedad Eurofar, que el Demandante afirma controlar, reúne las condiciones exigidas para ser titular de la inversión que constituye el objeto de la controversia.

Importa a esta altura del fallo efectuar una referencia preliminar a la tercera de estas cuestiones, es decir a la falta de legitimación ad causam del Demandante, en cuanto es el único aspecto de la falta de legitimación activa que a juicio del Tribunal podría plantear la duda sobre su consideración como cuestión previa. Los demás componentes no plantean dudas sobre si integran conceptualmente la cuestión de competencia y no requieren un nuevo desarrollo para justificar su examen en forma previa y especial.

La falta de legitimación ad causam del Demandante, que se funda en diversas defensas expuestas en la contestación de la demanda, entre ellas, la no participación del Demandante como parte contratante en el contrato de compraventa, la inoponibilidad del mandato fiduciario celebrado entre Eurofar y Banknord en relación a ROU, la violación a los principios de buena fe y de información en la fase pre-contractual, el no cumplimiento de los requisitos que exige la ley uruguaya para realizar esta inversión, etc., deben, a juicio del Tribunal, ser consideradas como una cuestión sujeta lógicamente a un pronunciamiento separado y anterior a la cuestión de fondo y, por ende, factible también de un pronunciamiento en el laudo parcial e interlocutorio.

El Tribunal Arbitral podría consultar, a estos efectos, las soluciones legislativas de los países vinculados a este arbitraje, la legislación uruguaya, la legislación francesa y la legislación española, todas ellas legislaciones que pueden considerarse de referencia para colmar los vacíos del Reglamento.

Sin embargo, el Tribunal ha estimado esta consulta innecesaria al considerar que el tema de la legitimación ad causam está vinculado directamente con el Acuerdo, del que emana su competencia y cuyo campo de aplicación está limitado por los conceptos de "inversor" (*rationae personae*) y de "inversión" (*rationae materiae*) definidos en el mismo. Por lo tanto, de ser necesaria una consulta, la misma debería ser de preferencia de fuente internacional (tratados, jurisprudencia y doctrina internacional).

En este sentido se ha pronunciado el prestigioso comercialista-internacionalista francés Berthold Goldman respecto de las convenciones internacionales y reglamentos de arbitraje que se aplican comúnmente expresando: "Il va sans dire que lorsque l'arbitrage est soumis à l'une de ces conventions ou à l'un de ces règlements, c'est

cette source internationale qui définit la compétence des arbitres, même si ceci heurte les dispositions de droit du pays où l'arbitrage a son siège ou du droit applicable à l'arbitrage en vertu de la convention ou du règlement" ("Se sobreentiende que en tanto el arbitraje esté sujeto a una de estas convenciones o a uno de estos reglamentos, es ésta fuente internacional la que define la competencia de los árbitros, aún cuando choque con las disposiciones del derecho del país donde el arbitraje tiene sede o del derecho aplicable al arbitraje en virtud de la convención o del reglamento") (Goldman, "The Complementary Roles of Judges and Arbitrators in Ensuring that International Commercial Arbitration is Effective" en "60 Years of ICC Arbitration – A Look at the Future". ICC. 1984. pp. 263 y 264. Ver también sobre las nociones de inversor e inversión bajo el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, Lemaire, Axelle, "Le nouveau visage de l'arbitrage entre Etat et investisseur étranger: le chapitre 11 de l'Aléna", párrafos 29 a 34, en Revue de l'arbitrage 2001 n° 1).

Existe abundante jurisprudencia arbitral internacional relativa a reclamaciones de personas privadas contra Estados que ha examinado como cuestiones de previo y especial pronunciamiento los aspectos vinculados a la legitimación o aptitud de las partes para accionar bajo los términos previstos en los convenios de protección de inversiones o en convenciones relativas a inversiones específicas. Sirvan de ejemplo recientes los casos de E. A. Maffezini c. el Reino de España (caso CIADI No. ARB/97/7) y el de Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. c. República Bolivariana de Venezuela (caso CIADI No. ARB/00/5).

El Tribunal Arbitral estima entonces que no corresponde en este aspecto consultar las soluciones establecidas en las legislaciones de los países vinculados que regulan las situaciones corrientes que pueden producirse al margen de la aplicación de los convenios internacionales de protección de inversiones. En estos convenios, la competencia jurisdiccional es otorgada en forma especial a un órgano arbitral cuya función primaria es examinar los aspectos inherentes a esa competencia especial que se le atribuye, incluso todos los aspectos referentes a la legitimación o aptitud del demandante y del demandado, dado que son aspectos esenciales que condicionan la actuación del órgano arbitral previsto en dichos acuerdos.

Existe además en el expediente abundante prueba documental sobre los elementos de hecho y de derecho referentes a la falta de legitimación ad causam del Demandante y esta cuestión ha sido ampliamente debatida por las partes y objeto de los alegatos por las mismas en la audiencia del 6 de noviembre. También existen razones de economía procesal para incluir este aspecto en el laudo preliminar a dictarse. Un pronunciamiento favorable al acogimiento de la excepción, le ahorraría a las partes el importante esfuerzo adicional que resta para sustanciar la cuestión de fondo, así como para la producción de pruebas complementarias y las alegaciones finales respecto de una indemnización fundada en incumplimientos contractuales y legales. Ello sin perjuicio del importante costo que supone esta tramitación. Ciertamente todo este esfuerzo y gasto que habría de significar la continuación del proceso hasta la sentencia final, tendría plena justificación en el caso de que el Tribunal no acogiera la excepción de falta de legitimación ad causam del Demandante.

En suma, el Tribunal entiende procedente examinar en este laudo parcial cada una de las tres cuestiones relativas a la excepción de falta de legitimación activa planteadas en este capítulo. Asimismo, el Tribunal estima procedente una decisión previa sobre la excepción de falta de legitimación pasiva de la CND y del BROU que en realidad ya había sido objeto de un pronunciamiento implícito en la orden de procedimiento nº 5, no habiendo sido esta resolución cuestionada en aquel momento por ninguna de las partes. Este punto se examina en el capítulo B: "Persona o personas que integran las partes".

Se procederá igualmente a examinar como cuestiones previas y se tratarán en primer lugar:

1. Quiénes integran las partes.
2. La aceptación de la competencia de este Tribunal por ROU alegada por el Demandante.
3. La excepción de incompetencia fundada en la existencia de una cláusula compromisoria de arbitraje en el contrato de adquisición del BPA.

c) Los documentos aportados como prueba

Las partes han presentado pruebas documentales de muy diversa naturaleza: documentos privados de origen bilateral (contratos, acuerdos), unilateral (notas, cartas, constancias, memorándum, certificados, estatutos, informes contables, pericias, opiniones de expertos, órdenes de pago, actas de directorios, escritos judiciales, publicaciones de prensa, etc.), así como a fallos jurisprudenciales, leyes y resoluciones administrativas.

Estos documentos que no merecieron en cuanto a su existencia y procedencia cuestionamientos de las partes, salvo los que se comentarán a continuación y limitados a dos de dichos documentos, serán objeto de examen por parte de este Tribunal a fin de determinar, conforme al art. 25(6) del Reglamento, su admisibilidad, pertinencia e importancia como medios probatorios de las afirmaciones de las partes.

Dos de estos documentos fueron impugnados en lo formal por ROU. Se trata del documento que reproduce el mandato fiduciario entre Eurofar y Banknord (B4) y el que se refiere a la carta de Banknord al Presidente del BCU, Cr. Enrique Braga, de fecha 21 de marzo de 1994 (B6.6). El mandato fiduciario ha sido cuestionado por carecer de fecha cierta, por no estar firmado por Banknord y por haberse mantenido oculto en todo el período pre-contractual y aún durante muchos meses después de haberse otorgado el contrato. La carta del 21 de marzo de 1994 fue cuestionada porque el original de la misma no ha podido ser localizado y porque la autenticidad de la copia nunca se verificó.

Sin perjuicio de advertir la existencia de ciertos defectos en estos documentos, estos defectos no serán tomados en cuenta por el Tribunal en mérito a que existe en el expediente un cúmulo de pruebas concordantes acerca de la existencia y del otorgamiento de dichos documentos. Ello sin perjuicio de la admisibilidad, pertinencia e importancia que le atribuya a cada uno el Tribunal (art. 25(b) del Reglamento), teniendo en cuenta la fecha de su otorgamiento y la época en que fueron dados a conocer a la contraparte, a los efectos de determinar si son o no oponibles frente a ésta en relación a actos otorgados con anterioridad a este conocimiento.

El Tribunal reconoce, en consecuencia, la existencia y la autenticidad de todos los documentos presentados por las partes, incluso la de los documentos objetados por ROU, los que han de ser examinados conforme a las reglas de la sana crítica para determinar su admisibilidad, su pertinencia y su importancia como prueba de las afirmaciones de las partes y por ende, su valor probatorio, teniendo presente lo expresado en el párrafo anterior in fine.

d) El derecho aplicable

El Tribunal recuerda que ha sido constituido en base al Acuerdo y debe decidir según sus términos. Así lo requiere el artículo 8(4): "El órgano de arbitraje resolverá basándose en las disposiciones del presente Acuerdo, en los términos de eventuales acuerdos particulares que se hubieren concluído sobre la inversión, en los principios del Derecho Internacional en la materia, así como en el Derecho de la Parte Contratante involucrada en la controversia, incluidas las normas relativas a conflictos de Leyes."

La definición del término inversiones es muy amplia y sólo a título de ejemplo describe una lista de activos que se consideran incluidos. Entre ellos están mencionadas las acciones y otra formas de participación, "aún minoritarias o indirectas", en sociedades constituidas en el territorio de una de las partes contratantes (artículo 1(b)). En dicho artículo se precisa que "Deberá entenderse que los mencionados activos deber [sic] ser o haber sido invertidos conforme a la legislación de la Parte contratante en cuyo territorio o en cuyas zonas marítimas se ha efectuado la inversión, antes o después de la entrada en vigor del presente Acuerdo."

No cabe la menor duda, de acuerdo a lo ordenado en el art. 8(4) del Acuerdo y a lo que surge del propio contrato de compraventa de las acciones del BPA, que la inversión que se examina en este arbitraje, se rige por la ley uruguaya, incluyendo los requisitos de la legislación aplicable a la adquisición de bancos. La ley de bancos uruguaya (Decreto-ley nº 15322 del 17 de septiembre de 1982), exige con carácter imperativo e inderrogable que los bancos deben organizarse bajo la forma de sociedades anónimas (art. 17), que sus acciones sean obligatoriamente nominativas (art. 43), que se declare ante el BCU a quién pertenecen las acciones (art. 45.a), que la

transferencia de esas acciones sólo puede efectuarse mediando autorización previa del BCU debiendo precisarse en la solicitud la identidad del nuevo titular (art. 45.b), que la autorización previa del BCU constituye un requisito que debe cumplirse bajo pena de nulidad (art. 45.c), que la resolución del BCU debe fundarse en razones de legalidad, de oportunidad y conveniencia (art. 46), apreciando especialmente la solvencia, rectitud y aptitud de la empresa solicitante (art. 6). Estas normas imperativas tienen un vínculo muy significativo con este litigio, en cuanto la controversia sometida a la decisión del Tribunal Arbitral se refiere precisamente a la adquisición de un activo bancario sujeto a la regulación imperativa de la normativa aplicable a la actividad bancaria.

El Demandante ha alegado sin embargo, que ROU no puede basarse en su propia legislación para desatender sus obligaciones bajo el Acuerdo en virtud de la Convención de Viena sobre Tratados. El Tribunal estima que en cuanto al derecho aplicable a una inversión que pretende el amparo del Acuerdo hay que atenerse además de la clara mención de su artículo 1, a lo dispuesto por el referido artículo 8 (4) y por tanto, al Derecho de la parte contratante involucrada a la controversia, incluidas las normas relativas a conflictos de leyes. De ello se deriva la aplicación indiscutible de la ley uruguaya, que, claro está, debe estar en concordancia con las normas del propio Acuerdo que al estar ratificado es también derecho vigente en ese país.

B. Persona o personas que integran las partes

Quiénes son las partes integrantes de la Parte Demandante y de la Parte Demandada ha sido objeto de alegaciones por ambas partes. El Tribunal decidió en la orden de procedimiento nº 5, si bien indirectamente, al constatar que el BROU y la CND no son parte de este proceso arbitral, que ROU como persona pública mayor es la única parte Demandada en este procedimiento. Se expresa en dicha orden que todo el trámite preliminar para el nombramiento del Tribunal se efectuó exclusivamente ante el Demandante y ROU, así como también que el Acuerdo se refiere en su art. 8(1) a las controversias relativas a las inversiones que pudieran surgir entre una de las Partes Contratantes y un nacional o sociedad de la otra Parte Contratante. Queda claro de esta forma que la parte demandada en estos procedimientos es el Estado receptor de la inversión, vale decir, el Estado uruguayo en su condición de persona pública mayor

representada, según la Constitución de ese país (art. 159), por el Presidente de la República.

El Tribunal entiende no aplicable a este arbitraje la alegación de ROU en el sentido de que el Estado uruguayo carece de legitimación pasiva en estos procedimientos por no haber sido parte en el contrato de compraventa de acciones del BPA celebrado por las entidades públicas BROU y CND con Banknord, por la circunstancia de que estamos ante un proceso arbitral regido por el Acuerdo que ha previsto únicamente el recurso arbitral entre un nacional o sociedad de un Estado parte y el otro Estado parte. No cabe ninguna duda, como lo expresa el propio ROU, que el Acuerdo no prevé la existencia en calidad de parte demandada de otras personas públicas que no sean la República Oriental del Uruguay o la República Francesa. La única parte demandada en este proceso está constituida por el Estado uruguayo representado por el Presidente de este país. En cuanto al Demandante, el Tribunal recuerda que según el art. 3(2) del Reglamento el procedimiento arbitral se inicia en la fecha en que la notificación del arbitraje es recibida por el demandado, notificación que según el párrafo 3 de dicho artículo debe contener diversas informaciones, entre ellas "el nombre y la dirección de las partes". Se recuerda asimismo que el art. 18(2) del Reglamento prescribe que el escrito de demanda debe contener entre otros datos, "el nombre y la dirección de las partes". Es decir, el Reglamento exige la individualización de las partes del arbitraje.

El Tribunal estima que el Demandante está constituido pura y exclusivamente por el Sr. Benhamou, persona física. En efecto, la condición de parte invocada por el Sr. Benhamou se resume en la siguiente expresión contenida en la Demanda: "El compareciente fue designado Presidente del BPA en la primera sesión de su Directorio y desde ese momento, sin solución de continuidad, ha controlado en su totalidad el 99,11% de su capital accionario adquirido a través de Eurofar Consultants Ltd., cuyo directorio preside, para quien y por encargo de mandato fiduciario, Banknord S.A. realizó la adquisición del paquete accionario".

A ello puede agregarse lo expresado en la Nota adicional a la contestación de excepciones: "Poco importa los vehículos jurídicos utilizados para realizar esta

inversión. Estamos en presencia de un ciudadano francés que utilizando el vehículo de la sociedad Eurofar que controla directamente (65,6%) e indirectamente (20 %), ha realizado una inversión en calidad de fiduciante y ha vertido la suma de USD 5.000.000 a F. Banknord con instrucción de pagar a la CND y al BROU. Estos elementos demuestran que a pesar de la cadena de personas morales interpuestas nos encontramos en presencia de un ciudadano francés que invirtió en ROU la suma de USD 5:000.000 a fin de adquirir un proyecto económico". Agrega que "los diferentes vehículos jurídicos utilizados no pueden modificar la realidad económica que solo es protegida por el Tratado".

El Tribunal expresa que tales afirmaciones conducen inequívocamente a afirmar que el Demandante en este proceso arbitral es el Sr. Benhamou como persona física. Por lo demás, es la única persona que compareció promoviendo este arbitraje y notificando su iniciativa al Estado uruguayo en la persona del Presidente de la República y es la única persona que actuó como Demandante en todo el proceso de nombramiento de árbitros y en el recurso de recusación interpuesto contra uno de ellos. La incomparencia de toda otra persona, aparte del Sr. Benhamou, en la etapa previa de preparación del arbitraje, hace jurídicamente imposible que otras personas puedan comparecer como codemandantes en el proceso arbitral ulterior.

La sociedad Eurofar que según el propio Demandante es la sociedad a través de la cual se realizó la inversión, no es parte en este procedimiento. De esta forma, lo que permite considerar al Sr. Benhamou demandante bajo el amparo del Acuerdo es el hecho de que Eurofar, la sociedad que efectuó la inversión según el Demandante, se encuentra bajo su control. En efecto, por tener nacionalidad francesa, el Sr. Benhamou le estaría imprimiendo a Eurofar, sociedad constituida en Irlanda, la condición de sociedad francesa que el Acuerdo exige para obtener su amparo. Como consecuencia de ello, si dicho control resultare acreditado, el Sr. Benhamou debería ser admitido como demandante si se acepta la interpretación amplia del art. 1(3) del Acuerdo, punto que se examina más adelante.

No es admisible la representación genérica que adicionalmente formula el Demandante ni el art. 8 del Acuerdo acuerda carácter de juicio universal a este proceso

arbitral con su corolario de imponer la extinción de todo otro procedimiento, como aquellos que se han generado ante la justicia ordinaria del Uruguay. A su vez, en cuanto a la definición de quién es el demandante, hay que ajustarse a los requisitos del Acuerdo. Uno de ellos es que el demandante tenga la nacionalidad del Estado parte del Acuerdo que no es demandado, lo que implica en el caso de individuos saber quiénes son y cuál es su nacionalidad, y, en cuanto a sociedades, saber dónde están constituidas y tienen su sede o, si hay caso, quiénes las controlan.

El Demandante no ha identificado personalmente a ningún individuo y, en cuanto a sociedades, se ha limitado a identificar a Eurofar, a cuyo respecto, ya se han efectuado más arriba las consideraciones pertinentes a fin de excluirla como demandante.

C. Aceptación de la competencia del Tribunal por ROU y oportunidad de presentar excepciones de incompetencia

ROU en la primera sesión del Tribunal declaró su intención de objetar a su competencia y se dejó constancia de dicha intención en el acta de la reunión preparatoria. El hecho de participar en el procedimiento y colaborar en su progreso a cada paso como es el nombrar árbitros y abogados, contestar la solicitud de recusación y participar en una reunión preparatoria, no constituyen en la opinión del Tribunal una aceptación de su competencia; particularmente cuando se ha hecho constar en acta la intención de presentar en el momento oportuno excepciones a este respecto.

Defender lo contrario es abogar por la determinación por las partes de la competencia del Tribunal, facultad que le está reservada por el Reglamento. No se pueden aducir contra una de las partes las acciones que haya tomado y que gracias a ellas el Tribunal pueda ejercer dicha facultad. La posición de ROU respecto a la competencia del Tribunal de decidir sobre su propia competencia, se ve reflejada en el hecho de que la contestación no se limita a presentar las excepciones sino que incluye también la contestación sobre el fondo sin dejar de objetar la competencia.

En este punto el Tribunal estima pertinente citar la opinión de los tratadistas Fouchard, Gaillard y Goldman: "...le fait pour la partie qui conteste la compétence du tribunal arbitral de se présenter devant les arbitres, compétents pour connaître de leur

propre compétence..., ne saurait s'analyser en une renonciation à se prévaloir ultérieurement de l'incompétence du tribunal arbitral devant les juridictions étatiques, même si cette partie a conclu au fond devant le tribunal arbitral à titre conservatoire." ("...el hecho de que la parte que impugna la competencia del Tribunal Arbitral se presente ante los árbitros competentes para conocer sobre su propia competencia ..., no puede analizarse como una renuncia a prevalecerse ulteriormente de la incompetencia del Tribunal ante las jurisdicciones estatales (a fortiori ante el propio Tribunal Arbitral) mismo si esta parte ha controvertido el fondo del asunto a título conservatorio". Traducción del Tribunal) ("Traité de l'arbitrage commercial international", párr. 1236 in fine).

El Tribunal tiene en cuenta también lo expresado por ROU y por el Secretario General de la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya en diferentes comunicaciones efectuadas en el trámite preliminar incoado para la designación de árbitros en este juicio. Todas estas comunicaciones ponen en evidencia que ROU afirmó desde el primer momento que el Demandante carecía de legitimación para demandar al Estado uruguayo y que el Tribunal Arbitral carecía por ende de competencia para conocer en su reclamación al amparo del Acuerdo. Ello confirma que la comparecencia de ROU ante el Tribunal Arbitral así como su actuación en la etapa de designación de árbitros, no puede analizarse como una renuncia a prevalecerse, en la oportunidad procesal pertinente, del derecho de invocar todo tipo de defensas, incluidas las fundadas en la falta de legitimación del Demandante y en la incompetencia del Tribunal. Si no lo hubiera hecho, si no hubiera comparecido o designado el árbitro por su parte, el proceso hubiera continuado "in absentia" de ROU con todas las consecuencias negativas de no haber comparecido a estar a derecho.

Según el Reglamento (art. 21(3)), las excepciones a la competencia del Tribunal deben presentarse a más tardar en el momento de presentarse la contestación. Esa fue la ocasión escogida por ROU después de anunciar con varios meses de antelación que así iba a obrar.

Por lo que hace a la oportunidad de decidir sobre la competencia del Tribunal en forma previa, el Demandante puntualiza que, dada su clara competencia, al decidir

separadamente sobre las objeciones, el Tribunal dilata el procedimiento y ello repercute en su contra.

Según el Reglamento (art. 21(3)), las excepciones a la competencia del Tribunal deben presentarse a más tardar en el momento de presentarse la contestación. Esa fue la ocasión escogida por ROU después de anunciar con varios meses de antelación que así iba a obrar. Según el Reglamento (art. 21(4)), el Tribunal puede decidir esta cuestión en el momento que juzgue más oportuno, bien en una primera fase del procedimiento o como parte del laudo final. El Reglamento parece indicar una preferencia por una decisión separada y previa cuando indica que "En general, el tribunal arbitral deberá decidir, como cuestión previa, las objeciones relativas a su competencia".

Dado el campo de las excepciones presentadas, el Tribunal estima que obra con diligencia y economía en el procedimiento al optar por una decisión preliminar sobre su competencia.

D. Excepción de incompetencia fundada en la existencia de una cláusula compromisoria

Al examinar esta excepción, el Tribunal advierte, en primer término, que en la Demanda no se hace ninguna referencia a la cláusula compromisoria inserta en el contrato de compraventa de acciones del BPA. Se invoca pura y exclusivamente el amparo al Acuerdo. No obstante, el Demandante invocó la cláusula compromisoria con anterioridad a la demanda arbitral e incluso promovió, al amparo de esta cláusula, un procedimiento arbitral del que desistió por falta de cooperación de las otras partes, no constando que haya promovido la instancia judicial de designación de árbitros. (Ver nota del Demandante del 19 de septiembre de 2002). La cláusula compromisoria incluida en la compraventa de acciones del BPA dispone: "Solución de controversias: Las partes convienen en que todas las controversias que se susciten con motivo de cumplimiento de este contrato serán resueltas mediante arbitraje. A esos efectos, las partes acuerdan ajustarse a las previsiones del Código General del Proceso, artículos 472 a 602 inclusive, y que la legislación a aplicar será la de la República Oriental del Uruguay" (art. 19).

El art. 8 del Acuerdo dispone que toda controversia relativa a las inversiones que pudiere surgir entre una de las Partes contratantes y un inversor de la otra Parte contratante, deberá ser solucionada, toda vez que sea posible, en forma amigable, y, si la controversia no ha sido solucionada dentro del plazo de seis meses, ser sometida, a solicitud del inversor:

1. a las jurisdicciones nacionales de la Parte contratante involucrada en la controversia; o

2. al arbitraje internacional, conforme a lo establecido en el párrafo 3 siguiente.

El párrafo 3 establece que:

“en caso de recurrir al arbitraje internacional, la controversia podrá ser sometida, a elección del inversor, a uno de los órganos de arbitraje designado a continuación:

a) al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIRDI), siempre que las dos partes hayan adherido a esta Convención;

b) a un Tribunal Arbitral ad-hoc de tres miembros, establecido según el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI”.

La cláusula compromisoria fue instituida en el contrato de compraventa de acciones del BPA para conocer sobre incumplimientos de obligaciones contractuales, tal como surge de su texto. En cambio, el art. 8 del Acuerdo fue establecido para conocer sobre incumplimientos de obligaciones dimanantes del propio Acuerdo. En función de la propia demanda, se trata de las siguientes obligaciones:

1. Artículo 3: obligación de garantizar un trato justo y equitativo de la inversión de actuar de manera que el inversor no se vea obstaculizado en su derecho así reconocido.

2. Artículo 5: brindar a la inversión plena protección y seguridad y no expropiar ni nacionalizar la inversión, salvo en caso de utilidad pública y que no sea discriminatoria y dé lugar al pago de una justa y adecuada indemnización.

Es cierto que el Demandante afirma también que las violaciones del Estado uruguayo a las obligaciones del Acuerdo tuvieron su origen en el incumplimiento por parte de este Estado, del BCU y de los vendedores BROU y CND de diversas obligaciones emergentes del contrato de compraventa de acciones del BPA. Pero estos eventuales incumplimientos contractuales, cabe nuevamente precisar, solamente pueden ser objeto del arbitraje previsto en el Acuerdo en la medida que supongan también una violación de las obligaciones asumidas por ROU en el propio Acuerdo.

El Acuerdo confiere competencia al Tribunal Arbitral para conocer en controversias que se refieran a incumplimiento de las disposiciones sustantivas del Acuerdo y es únicamente en este ámbito que el Tribunal tiene competencia. Por el contrario, si la controversia se circunscribe a la invocación de incumplimientos contractuales, esta deberá ventilarse ante el órgano arbitral que se instituya conforme a la cláusula compromisoria correspondiente. Naturalmente, aún cuando el arbitraje tenga por objeto el incumplimiento de obligaciones contractuales, si éstas constituyen al mismo tiempo el incumplimiento de las disposiciones del Acuerdo, la competencia del Tribunal Arbitral instituido conforme al art. 8 se mantiene incólume.

En conclusión, al haber el Demandante promovido este arbitraje invocando el incumplimiento del Estado uruguayo a diversas obligaciones asumidas en el Acuerdo, el Tribunal Arbitral no hará lugar a la excepción de incompetencia fundada en la existencia de una cláusula compromisoria en el contrato de compraventa del BPA.

E. Excepción de falta de legitimación activa como una cuestión de competencia racione personae del Tribunal.

a) Planteo

Esta excepción se refiere, como ya se señaló, a la condición del Demandante como inversor a través de Eurofar y Banknord y abarca el examen de:

1. Si el Demandante reúne o no a través del invocado control sobre Eurofar la condición de inversor conforme a los términos del art. 1(3) del

Acuerdo, punto que como veremos requiere una interpretación de este instrumento.

2. Si el Demandante, siempre a través de sus vínculos con Eurofar y Banknord, puede o no ser considerado como inversor propiamente dicho, desde que el Acuerdo fue instituido para proteger inversores que reúnen determinadas condiciones. Este punto requiere analizar la cadena de controles que va desde el Demandante hasta el BPA.

b) Condición del Demandante como inversor conforme al art. 1(3) del Acuerdo. Interpretación del Acuerdo

El Tribunal ha analizado la definición de sociedad según el Acuerdo y la interpretación propuesta por ROU a Francia. Antes de tratar de dicha interpretación, el Tribunal debe considerar si debe aplazar su decisión sobre este punto, como ha requerido ROU, hasta que los dos países hayan llegado a un acuerdo sobre ella. El Tribunal estima que, dados los términos inequívocos del Reglamento sobre su facultad de decidir sobre su propia competencia, el hecho de que una de las partes del Acuerdo haya planteado una interpretación del mismo no limita esta facultad del Tribunal. En tanto los dos partes del Acuerdo no se pongan de acuerdo sobre el significado de la disposición en cuestión, el Tribunal tiene autoridad para llegar a sus propias conclusiones teniendo en cuenta las alegaciones de las partes.

La interpretación del Acuerdo propuesta por ROU a Francia y alegada en este procedimiento por la Demandada supone que, según ROU, "solamente pueden ampararse al Acuerdo las sociedades constituidas en Francia conforme a su legislación y que de modo alguno alcanza a personas jurídicas constituidas en un tercer país, sean cuales fueran las circunstancias." (C² p.19).

Esta interpretación se basa en una lectura del texto de la disposición que define el término sociedades. Según este texto, artículo 1(3) del Acuerdo, dicho término designa a "toda persona jurídica constituida en el territorio de una de las partes Contratantes" como condición esencial que se complementa con una de las alternativas que se

² La letra C se refiere al texto de la contestación presentada por ROU.

describen a continuación en el mismo artículo, es decir, que la sociedad: (i) tenga su sede social en una de las partes, (ii) o sea controlada directa o indirectamente por nacionales de una de las partes, o (iii) sea controlada directa o indirectamente por personas jurídicas que hayan establecido su sede social en el territorio de una de las partes y se hayan constituido de acuerdo a su legislación.

Según esta lectura, en el caso de la alternativa (ii), las personas físicas que controlan una sociedad sólo se pueden acoger al Acuerdo si tienen la nacionalidad de una de las Partes Contratantes y si la sociedad a través de la cual han efectuado la inversión está constituida en el territorio de una de las partes y bajo su legislación. En el caso de la alternativa (iii) se exige que el control de una sociedad constituida en el territorio y según la legislación de una de las partes sea ejercido por personas jurídicas que tengan su sede en una de las partes y se hayan constituido conforme a su legislación. Los vínculos de nacionalidad de las personas físicas o de las personas jurídicas no son suficientes a menos que la sociedad controlada esté constituida en el territorio y bajo la legislación de una de las partes.

1ra. INTERPRETACION

De esta manera se excluyen del Acuerdo los individuos que actúan a través de sociedades no constituidas en el territorio de una de las partes y bajo su legislación, así como las sociedades controladas por personas jurídicas que tienen su sede social en una de las partes, si la sociedad controlada no está también constituida en el territorio de una de las partes y según su legislación.

2da. INTERPRETACION

Sin embargo, el Tribunal estima que el texto de la definición permite otra interpretación según la cual el término "sociedades" se refiere a dos supuestos. El primero se refiere a sociedades constituidas en el territorio de una de las partes bajo su legislación y que posean su sede en ese lugar. El segundo supuesto trata de sociedades controladas por nacionales o sociedades nacionales de una de las partes. Es decir, el término "sociedades" designa toda persona jurídica "constituida (criterio de la incorporación)...o que sea controlada (criterio del control)..."

Dado que el Acuerdo es un tratado bilateral celebrado a iniciativa y con un texto original propuesto por el gobierno francés, y que este gobierno ha concluido acuerdos similares con otros países, el Tribunal estima procedente analizar el texto francés del

Acuerdo, así como las versiones en castellano y francés de acuerdos similares. La versión francesa del art. 1(3) del Acuerdo dice textualmente : "Le terme 'sociétés' désigne toute personne morale constituée sur le territoire de l'une des Parties contractantes, conformément à la législation de celle-ci et y possédant son siège social, ou contrôlée directement ou indirectement par des nationaux de l'une des Parties contractantes, ou par des personnes morales possédant leur siège social sur le territoire de l'une des Parties contractantes et constituées conformément à la législation de elle-ci."

Un análisis gramatical del texto de esta disposición conduce a un resultado similar al de la segunda solución apuntada anteriormente. La constitución de una sociedad en el territorio de una de las partes y según su legislación así como la sede en ese país aparecen conjuntamente como la primera alternativa, siendo que la segunda describe las circunstancias del control de la sociedad. Para la protección del Acuerdo la sociedad puede estar constituida en el territorio de uno de los Estados parte según su legislación y tener su sede en él, o puede alternativamente estar controlada por nacionales o por personas jurídicas que reúnan la primera característica, es decir, que sean sociedades constituidas en el territorio de uno de los Estados parte, según su legislación y tengan la sede en él.

Mientras que la versión castellana del Acuerdo permite ambas lecturas sin forzar gramaticalmente el texto, no es así en su versión francesa. Si se quiere leer el texto francés como requiriendo la constitución de una sociedad en una de las partes como condición común a los otros supuestos contemplados en la definición, se incurriría en una incongruencia gramatical, ya que la expresión "y possédant son siège social" no está coordinada gramaticalmente con la siguiente que dice "ou contrôlée directement..." Si lo estuviera diría "ou *étant* contrôlée..." Es evidente que la coordinación de los verbos utilizados está en la parte de la oración que se refiere a "constituée sur le territoire..." y "ou contrôlée directement."

Francia ha concluído una larga serie de tratados bilaterales sobre promoción y protección de inversiones. Los siguientes con países de habla castellana: Paraguay (1978), El Salvador (1978), Guinea Ecuatorial (1982), Panamá (1982), Costa Rica

(1984), Bolivia (1989), Argentina (1991), Chile (1992), Perú (1993), Ecuador (1994) y Venezuela (2001). En todos estos acuerdos, la definición es similar a la del Acuerdo excepto en que, en algunos de ellos, las alternativas se exponen en subpárrafos separados, como es el caso del acuerdo con Argentina que define el término "inversores" como:

"(b) las personas jurídicas constituidas en el territorio de una de las Partes contratantes de conformidad a la legislación de ésta y que tengan su sede social en ella;

(c) las personas jurídicas efectivamente controladas directa o indirectamente por los nacionales de una de las Partes contratantes o por personas jurídicas que tengan su sede social en el territorio de una de las partes contratantes y constituidas de conformidad a la legislación de la misma."

Al separarse los dos supuestos en párrafos aparte, lo que sucede también en el acuerdo con Venezuela, no cabe duda sobre el significado de la definición y los requisitos que las sociedades deben reunir. Cuando aparecen en un mismo párrafo es motivo de confusión en la versión castellana. Tal es el caso de los acuerdos con Bolivia, Chile y México, los que en su versión francesa, contienen una definición de "sociedades" en el mismo formato y texto idéntico a la del Acuerdo. Sin embargo, mientras que el texto en castellano del Acuerdo con Chile es similar al de la versión castellana del Acuerdo, el texto de los Acuerdos con Bolivia y México añade una "y" después del requisito de que una sociedad esté constituida en el territorio de una de las Partes contratantes, según su legislación, para unir este requisito con el del domicilio legal. La versión castellana del acuerdo con México en su parte relevante se reproduce a continuación:

"b) toda persona moral constituida en el territorio de una de las Partes Contratantes de conformidad con la legislación de esa Parte Contratante y que tenga su sede en el territorio de esa Parte, o que esté controlada, directa o indirectamente por nacionales de una de las Partes Contratantes o por personas morales que tengan su sede en el territorio de una de las Partes Contratantes y

que estén constituidas de conformidad con la legislación de esa Parte Contratante.” (subrayado añadido).

Por otra parte, importa tener presente que si la definición no incluyera el control como alternativa, entonces la definición debería limitarse a incluir la exigencia de que la sociedad esté constituida en el territorio de una de las partes contratantes según su legislación y tenga su sede en el territorio de esa parte. Esta observación refuerza la segunda interpretación de la definición de sociedades en los acuerdos descritos antes.

Se puede entonces concluir que la segunda lectura de la versión en castellano del Acuerdo es la que mejor se ajusta al texto francés y es conforme a cómo este texto ha sido reflejado en versiones castellanas de definiciones de sociedades en los demás acuerdos de Francia con otros países del continente americano de habla castellana.

Esta conclusión está en consonancia con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Su artículo 33 dispone que en los casos en que haya diversos textos auténticos “los términos de un Tratado se presumen tener el mismo sentido en los diversos textos auténticos”. En caso de que haya dificultad en coordinarlos hay que buscar el “sentido que teniendo en cuenta el objeto y fin del tratado, concilie mejor los textos” (artículos 31 y 33). Está claro que el objeto y fin de estos acuerdos, que es brindar protección a los inversores nacionales de uno de los Estados contratantes en el territorio del otro Estado contratante, guarda mejor armonía con un concepto amplio de la figura del inversor que solo el criterio del control puede brindar. Por lo demás, sabido es que tal criterio del control responde al criterio tradicional del derecho económico francés como criterio determinante de la nacionalidad de las personas jurídicas y que los acuerdos referidos tienen su fuente de inspiración en los textos propuestos por Francia a los países en desarrollo que han suscrito estos acuerdos. (Véase, Dominique Carreau y Patrick Juillard, “Droit international économique párrafos 1087 y 1088).

Por último, aún cuando el Tribunal reconoce que su interpretación del Acuerdo puede dar lugar a “treaty shopping” como ha alegado ROU en su contestación a la demanda, este resultado viene impuesto por los términos amplios del Acuerdo y está en consonancia con otros acuerdos similares. Al tratar este tema no se debe olvidar

que los acuerdos de promoción de inversiones tienen su origen, como es el caso del Acuerdo, en los países desde los que normalmente se origina la inversión y por ende, tienen interés en amparar la mayor gama de inversiones de personas jurídicas o físicas con la nacionalidad del Estado del inversor. Estos acuerdos reflejan simplemente la realidad de la última década en que muchos Estados decidieron atraer la inversión extranjera y ofrecieron términos favorables para su protección, al mismo tiempo que disminuyeron de forma generalizada los controles del Estado sobre la inversión extranjera.

Del análisis que precede, el Tribunal concluye que pueden acogerse al Acuerdo aquellas sociedades que no tienen sede en ninguna de las partes ni están constituidas en el territorio de una de las partes según sus leyes si ellas están controladas directa o indirectamente por nacionales de una de las partes o por sociedades constituidas en el territorio de una de las Partes, según su legislación y con sede en esa parte.

c) Condición del Demandante como inversor a través de sus vínculos con Eurofar y Banknord

Para ser considerado inversor conforme al Acuerdo, el Demandante debe primero acreditar su control directo o indirecto sobre Eurofar, sociedad que ha efectuado la inversión, según lo expuesto en la demanda y en la contestación a excepciones, y acreditar asimismo la existencia del mandato fiduciario entre Eurofar y Banknord y su oponibilidad frente a ROU en derecho uruguayo. A estos efectos el Tribunal va a considerar también el papel de Eurofar, Banknord y sus bancos accionistas en la compraventa de acciones del BPA y los efectos del mandato fiduciario celebrado entre Eurofar y Banknord.

1. Control de Eurofar por el Demandante

El Acuerdo admite claramente el control indirecto en su definición de sociedades como condición para que puedan recibir el amparo del Acuerdo, tal como se expresa en el antes citado artículo 1(3), que incluye a las sociedades "que sean controladas directa o indirectamente" por nacionales o sociedades nacionales de una de las Partes Contratantes. El Protocolo al Acuerdo incluye a vía de ejemplo una lista de elementos que constituirán evidencia del control referido en la definición de "sociedades". Se

menciona la calidad de filial de una persona jurídica constituida conforme a la legislación de una de las partes, la posesión de un porcentaje de participación directa o indirecta en el capital de una persona jurídica constituida conforme a la legislación de una de las partes y que haga posible el ejercicio de un control efectivo, y la posesión de derechos de voto o la representación en órganos directivos que hagan posible un control efectivo (Protocolo, párrafo (a)).

El Sr. Benhamou expresa en la Demanda que "el capital accionario del BPA fue adquirido por Eurofar, sociedad cuyo directorio preside para quien y por encargo de mandato fiduciario, Banknord SPA realizó la adquisición del paquete accionario".

Según esta frase y otras parecidas que obran en la demanda y también en el escrito de contestación de excepciones, el Demandante invoca, como fundamento de su pretensión, una cadena de controles que va desde su propia persona hasta el mismo BPA, pasando por Eurofar, sociedad inversora que manifiesta controlar, y luego por Banknord, sociedad adquirente del paquete accionario del BPA en carácter de mandatario fiduciario de Eurofar. El control indirecto sobre el BPA, según el Demandante, se realizó mediante interposición de Eurofar y de Banknord.

Según el Acuerdo y como primer paso en la cadena de sociedades interpuestas entre el Demandante y el BPA, es necesario que el Demandante posea el control, ya sea directo o indirecto, de Eurofar, sociedad que ha sido presentada como la sociedad inversora. Lo que interesa para acceder al Acuerdo es el control sobre la sociedad inversora por parte de una persona de nacionalidad francesa, como es el caso del Demandante.

Sobre este control de Eurofar, el Demandante ha presentado certificados que acreditan su condición de apoderado y dueño de 65,5% de las acciones de Eurofar en forma directa y de un 20% adicional en forma indirecta a través de la sociedad Dienstleistungen AG Vaduz, de la que es propietario del 100% (B23 y B24).

El Tribunal, observando que estos certificados fueron expedidos el 28 de abril de 1998, solicitó al Demandante, según surge de la orden de procedimiento nº 9, la presentación de certificados adicionales referentes a las acciones de Eurofar que

testimonien la propiedad de dichas acciones desde el día de la compraventa de acciones del BPA hasta el día de la intervención del BPA por el BCU.

El Demandante, en nota remitida al Tribunal con fecha del 19 de septiembre de 2002, adjuntó una carta del Dr. Soldati al presidente del BCU de noviembre de 1995 (no se incluye el día en la fecha) donde se detallan los accionistas de Eurofar. Según dicha comunicación las sociedades de la isla de Man, Stateline Securities Ltd. y Whitestone Holdings Ltd., son propietarias al 100% de Eurofar. Este hecho viene corroborado por el certificado de registro adjunto a la demanda y fechado el 27 de febrero de 1997(B1). En esta carta el Dr. Soldati manifiesta que dichas sociedades propietarias de Eurofar pertenecen a su vez al 100% a la sociedad de Guernsey Goethe Managements Ltd. y que han suscrito con el Dr. Soldati una "Declaration of Trust" mediante la cual se comprometen a seguir las instrucciones del Dr. Soldati.

A su vez se expresa que el Dr. Soldati "recibe instrucciones de diversos mandantes, que conoce personalmente, accionistas en las siguientes proporciones: 45% el Lic. Stéphane Benhamou, París, 11% Pierre Olivier Turbill (cuñado), 20,5% Luciano Monteferrario, Montecarlo, 10% María Imelda Bellini, 10% dos personas + Lic. Soldati, y 3,4% Sergio Dall'Acqua." Se afirma también en dicha comunicación que las sociedades propietarias de Eurofar pertenecen al 100% a la sociedad de Guernsey Goethe Managements Ltd. Excepto por este último dato, la información facilitada por el Demandante el 19 de septiembre coincide con la información incorporada en la instrucción penal y referida en la sentencia penal del Juez Balcaldi, incorporada al debate por el Demandante en su escrito del 30 de agosto de 2002 (párrafo 4.6.4).

Aún cuando la información relativa al momento que se inició el arbitraje no coincide totalmente con la facilitada el 19 de septiembre de 2002, el Tribunal entiende que existe en el expediente suficiente información que permite deducir que en forma directa y/o a través de sociedades y mandatarios interpuestos, el Demandante controlaba Eurofar en el momento de la inversión. A estos efectos, cabe destacar algunos párrafos de dicha sentencia penal del Juez Balcaldi, que permitirían afirmar que el Demandante poseía desde el inicio el control de Eurofar. (Ver en especial Resultando, II, Los hechos, donde se transcribe el párrafo 4.6.4, de la instrucción

pertinente, en la que se hace referencia a una declaración del Dr. Soldati que confirma que sabe con exactitud quiénes son los usufructuarios de la sociedad Eurofar, afirmando que "el Sr. Stéphane Benhamou, abogado en París, es quien posee la mayoría").

En conclusión, el Tribunal estima que la sociedad Eurofar, por estar controlada por el Demandante, califica como sociedad inversora según la definición de sociedad incluida en el art. 1(3) del Acuerdo que se ha analizado anteriormente.

2. Papel de Eurofar y Banknord en la compra del BPA

En un primer momento Eurofar se presentó directamente ofertando la compra de las acciones a nombre propio pero su propuesta fue infructuosa. Después, en su primera oferta de compra de fecha 14 de diciembre de 1993, Banknord manifestó controlar Eurofar. Esta manifestación se basa en el mandato que el Dr. Soldati había otorgado a Banknord, aunque no hay evidencia de que este hecho hubiera sido puesto en conocimiento de las autoridades uruguayas por Banknord. Por el contrario, lo que se manifestó en la ocasión fue que Banknord actuaba en representación de seis importantes bancos italianos, enumerándose éstos y adjuntando sus balances (B6.4).

Banknord en su segunda oferta de fecha 13 de enero de 1994 declara estar firmemente interesada en considerar la compra de las acciones del BPA y "hacerse cargo de la gestión de dicho Banco, de sus activos y pasivos, de su red de sucursales y agencias, de la totalidad de su personal, y de su negocio en general, esto último con sujeción a la normativa bancocentralista."(B2.1). Por otra parte, en un poder fechado el mismo día de dicha oferta, 13 de enero de 1994, Eurofar confiere a Banknord el encargo de asumir en su nombre y por su cuenta la administración fiduciaria de los títulos y valores mobiliarios que se enumeran en el contrato, es decir, las acciones del BPA (B4).

A su vez Eurofar otorgó otro poder al Demandante el día 3 de marzo para que en nombre y por cuenta de Eurofar suscribiera los documentos necesarios para la compra de las acciones del BPA "por mediación de la Fiduciaria Banknord S.p.A." (B27 párrafo 18(c)). El Demandante firmó el contrato de compraventa como representante del BPA aun cuando tenía poder para actuar en nombre de Eurofar en el acto de la compra.

Banknord presenta su segunda oferta muy consciente de que Eurofar no es comprador aceptable a la otra parte. Independientemente del valor que se le quiera atribuir a la carta del día 21 de marzo de 1994, un hecho está muy claro y es que dicha carta se limita a informar horas antes de celebrarse la compraventa que Banknord no actúa por sí ni por partes italianas o residentes en Italia pero no revela por cuenta de quién compra. No obstante esta afirmación, suscribe el contrato la misma persona que había firmado dicha carta, contrato en el que se confirma que los bancos accionistas de Banknord respaldan la operación y en el que se adjunta como parte del contrato la oferta efectuada el 13 de enero de 1994 por Banknord. Seguidamente se procede a hacer una campaña de prensa informando que el BPA se ha unido al grupo de bancos de Banknord.

No obstante haber dado la impresión de que no participaban directamente en la compra de las acciones del BPA debido a la necesidad de tramitar una previa autorización ante las autoridades italianas, como se refleja en el resultando de la resolución del Directorio del BCU del 18 de marzo de 1994, los bancos italianos nunca hicieron ningún trámite al respecto.

El mandato fiduciario otorgado el 13 de enero de 1993, supuestamente para la compra de las acciones del BPA y la gestión del banco, habla simplemente de administración de las acciones y no existe evidencia que haya sido de conocimiento del BCU ni de los vendedores del paquete accionario del BPA hasta bastante tiempo después de celebrado el contrato. En realidad el mandato de compra "a través de Banknord" fue otorgado por Eurofar al Demandante, pero éste nunca fue exhibido ni se hizo valer oportunamente. Por lo demás, el Demandante firma el contrato de compraventa no por Banknord ni por Eurofar, sino por el BPA donde cumplía, en ese momento, la función de director según designación efectuada el mismo día de la compraventa.

Eurofar aparece por última vez en el escenario precontractual en la oferta de Banknord de 14 de diciembre de 1993 y no aparece mencionada en la abundante documentación existente en este expediente ni una sola vez durante un prolongado período de la nueva gestión del BPA. Eurofar es solamente mencionada de nuevo

cuando Banknord solicita al BCU, por nota del 26 de octubre de 1995 (R 9), que se inscriban las acciones adquiridas del BPA a nombre de su fiduciante, y cuando en la carta del Sr. Salvini al BCU del 27 de octubre de 1995 se adjunta copia del mandato fiduciario suscrito por Eurofar (ver sentencia Balcaldi, párrafo 4.6.3, agregada por el Demandante el 30 de agosto de 2002). Es decir, casi dos años después de la propuesta de Banknord del 14 de diciembre de 1993 de intestar las acciones a nombre de Eurofar, oferta que no fue considerada por el BCU, se vuelve al mismo planteo pero invocándose ahora la existencia de un mandato fiduciario entre Eurofar y Banknord. El BCU de nuevo no dio curso a la propuesta.

Habiendo examinado toda la documentación agregada por las partes, el Tribunal está en condiciones de concluir que en la etapa previa a la celebración del contrato o en su celebración misma, no aparece en ningún momento el nombre de Eurofar ni el del Demandante como compradores directos o indirectos de las acciones. Estando al tenor de la resolución de la autorización del BCU, la interpretación que guarda mejor correspondencia con la realidad de la operación y es la única forma de imaginar en forma racional la compra de las acciones del BPA por intermedio de una sociedad fiduciaria, es que desde el punto de vista de los vendedores, el adquirente Banknord actuaba con el respaldo de sus accionistas y lo hacía en interés y beneficio de éstos.

Además, en la secuencia de ofertas que se hicieron para la compra del BPA, el Tribunal observa que éstas se fueron formulando en el tiempo con las modificaciones que se han apuntado hasta llegar a la definitiva en que el último aspirante a adquirente fue aceptable al BCU. En la oferta aceptada no se menciona Eurofar y, vistos los términos de las ofertas que la precedieron, este elemento parece haber sido determinante para que la oferta hecha por el Demandante, como representante de Banknord, fuera aceptable.

Por otra parte, en la audiencia del 6 de noviembre de 2002, el Demandado agregó un acta de declaración testimonial del Dr. Soldati efectuada ante la prefectura de Lugano el 24 de octubre de 2002, que fue sometida al debate contradictorio de las partes y no fue controvertida por el Demandante. En esa declaración, el Dr. Soldati, que intervino como asesor y director de Eurofar en la etapa precontractual y contractual

de la compra de las acciones del BPA, reconoce la falta de calificación de Eurofar para pretender gestionar el BPA y que la misma fue sustituida por Banknord. Teniendo presente que el Dr. Soldati es uno de los abogados del Demandante, el Tribunal estima que esta declaración debe ser tenida en consideración como prueba complementaria de lo afirmado en este capítulo.

d) El mandato fiduciario

Antes de considerar el mandato fiduciario y su efecto en el control indirecto de BPA, el Tribunal estima necesario, dadas ciertas manifestaciones hechas por el Demandante, efectuar ciertas observaciones generales sobre la relevancia de los vehículos jurídicos utilizados en una inversión.

Sostiene el Demandante que Banknord actuó por cuenta de Eurofar y que Eurofar actuó por cuenta de Benhamou y que poco importan los vehículos jurídicos utilizados para realizar la inversión, vehículos que pueden ser modificados "ad-infinitum" por el propietario económico de la inversión, es decir, el que al final la pagará. Se está en presencia de un ciudadano francés que utilizando el vehículo de la sociedad Eurofar que controla, ha realizado una inversión en calidad de fiduciante y ha vertido la suma de US\$ 5.000.000 a Banknord con la intención de pagar las acciones del BPA al BROU y a la CND.

El Tribunal, si bien admite que esta afirmación podría responder a la realidad económica que subyace bajo esta controversia, entiende que la utilización de vehículos jurídicos por quien se atribuye el control de los sujetos interpuestos no pueden ser desconocidos según el libre albedrío del controlante. Estos vehículos jurídicos tienen su razón de ser y son generalmente utilizados a determinados efectos (tributarios, protección contra los acreedores, eludir una prohibición legal, etc.) y no pueden después de establecidos ser desconocidos o ignorados frente a terceros involucrados por quien los controla y utiliza. No son algo intrascendente o irrelevante que pueda dejarse de lado en el momento que prefiera quien los utiliza. Tienen, por el contrario, relevancia jurídica y económica en la realidad social según el derecho aplicable a la inversión.

Considerando que el mandato fiduciario se rige por el derecho italiano, que el contrato de adquisición del BPA se rige por el derecho uruguayo y que el Acuerdo prevé la aplicación de los principios del derecho internacional pertinentes, el Tribunal pasa a considerar los efectos del mandato fiduciario desde la perspectiva de estos principios y del derecho aplicable.

Las partes han presentado varios dictámenes hasta cierto punto contradictorios sobre el mandato fiduciario en derecho italiano. El Tribunal ha tenido en cuenta estos dictámenes y ha analizado la jurisprudencia y doctrina italianas referente a los aspectos de derecho civil de la fiducia de tipo románica (o romanística), que recae sobre cosas ciertas y determinadas, como es el caso de la participación nominativa en una sociedad anónima. Según los tribunales italianos el aspecto interno del negocio fiduciario, o sea la relación fiduciante-fiduciario no tiene relevancia respecto de terceras partes.

La Corte de Casación italiana ha declarado expresamente que “con l’instestazione fiduciaria di titoli azionari si realizza un fenomeno di interposizione reale, mediante il quale l’interposto acquista effettivamente la titolarità delle azioni, ma, in virtù di un rapporto interno con l’interponente, di natura obbligatoria è tenuto ad asservire un certo comportamento con il fiduciante ed a retrocedere i titoli a quest’ultimo in seguito al verificarsi di una situazione determinante il venire meno della causa fiduciae [...]” (“Con el registro fiduciario de títulos accionarios se realiza un fenómeno de interposición real, mediante el cual el interpuesto adquiere efectivamente la titularidad de la acción pero en virtud de una relación interna con la persona que interpone, de naturaleza obligatoria, debe tener un determinado comportamiento con el fiduciante y retransferir el título a este último en seguida se verifique una situación determinante en la pérdida de interés de la causa fiduciaria [...]”) (Ver Cass. Civ 29.11.83 nº 7152, en Mass., 1983).

El tribunal de apelación de Milán en una sentencia del 3 de julio de 1992 consideró que: “L’instestazione fiduciaria...proprio in ciò consiste; che il fiduciario diviene il reale titolare della posizione giuridica a lui intestata, ma assume nel contempo l’obbligo, verso il fiduciante, di gestire tale partecipazione nell’interesse del fiduciante medesimo e di ritrasferirla immediatamente, ove egli lo richieda. Si tratta, in altre

parole, di un fenomeno d'interposizione reale (non già fittizia), in forza del quale il fiduciante resta titolare di una posizione soggettiva (un diritto de credito) azionabile unicamente nei confronti del fiduciario, se questi venga meno gli obblighi di cui sopra s'è detto, ma non anche nei riguardi dei terzi perché il solo vero titolare de la partecipazione è ormai il soggetto interposto." (" El registro fiduciario... en eso consiste; que el fiduciario se vuelve el verdadero titular de la posición jurídica que se le atribuye, pero en el mismo tiempo asume la obligación, con el fiduciante, de administrar tal participación en el interés del fiduciante mismo y de transferirla inmediatamente, donde éste lo requiera. Se trata en otras palabras, de un fenómeno de interposición real (no ficticia), por lo cual el fiduciante permanece en una posición subjetiva (un derecho de crédito) utilizable únicamente con respecto al fiduciario, si éste no tiene en cuenta las obligaciones anteriormente dichas, pero no referido a terceros porque el único verdadero titular de la participación pasa a ser el sujeto interpuesto.") (Citada por Federico Di Maio en "La Società Fiduciaria e il Contratto Fiduciario nella Giurisprudenza e nella Prassi degli Organi di Controllo". Milan (1995) pág. 72).

El tribunal de Milán en una sentencia del 12 de octubre de 1986 decidió que "Infatti, il rapporto fiduciario, tra la società fiduciaria ed i propri fiduciari, ha rilevanza meramente interna tra gli stessi e non è opponibile all'esterno nei confronti dei terzi." ("En efecto, la relación fiduciaria entre la sociedad fiduciaria y propio fiduciante, tiene una relevancia meramente interna entre los mismos y no es opponible exteriormente en relación a terceros") (Ibid. pág. 155). En el mismo sentido comentó el pretor de Roma el 30 de abril de 1983: "Nei confronti dei terzi la posizione del fiduciario è in ogni caso "piena", sì da non poter essere limitata in base al rapporto sottostante, il quale non ha a questi effetti rilievo." (Ibid. pág. 344). Igualmente en un "decreto" del tribunal de Piacenza del 26 de abril de 1994 encontramos que "Il rapporto fra il fiduciante e la società fiduciaria, ma di carattere personale ed obbligatorio, avendo come fondamento un mandato del fiduciante alla società fiduciaria. Rispetto ad esso la società partecipata rimane del tutto estranea e le vicende fra il fiduciante e la società fiduciaria costituiscono per essa res inter alios." ("El fiduciante que transfiere su participación a una sociedad fiduciaria carece de legitimación activa frente al administrador de la

sociedad participada contra la cual entiende hacer valer el propio derecho proveniente de los bienes dados para administrar”) (Ibid. pág. 444-445)

En una “ordinanza” del tribunal de apelación de Milán del 15 de octubre de 1993 se le niega legitimación activa al fiduciante: “Il fiduciante che trasferisce la propria partecipazione ad una società fiduciaria è carente di legittimazione attiva nei confronti dell’amministratore della società partecipata contro il quale intende fare valere il proprio diritto riveniente dai beni affidati in amministrazione.” (Ibid. pág. 450).

Así pues, el fiduciante no tendría en Italia capacidad para entablar un juicio en su condición de tal. Esta situación coincide con la posición mantenida por ROU bajo el derecho uruguayo, que no reconoce como inversor más que a Banknord, independientemente del conocimiento que hayan podido tener las partes respecto de la condición de fiduciario de una de ellas al concluirse el contrato.

El Tribunal estima asimismo de interés hacer referencia a la doctrina italiana, dentro de la cual autores como Francesco Alcaro afirman que “Secondo l’orientamento prevalente in dottrina e giurisprudenza, la fiducia romanistica rappresenta la nozione tradizionale del negozio fiduciario” (“Según la orientación prevaleciente en la doctrina o jurisprudencia, la fiducia romanística representa la noción tradicional del negocio fiduciario”) (Ver Francesco Alcaro, “Il Mandato”, Il diritto privato oggi, Serie a cura di Paolo Cendon, Giuffrè Editore, pág. 421) y agregando “Come sopra ricordato, secondo l’opinione prevalente in dottrina e giurisprudenza, il rapporto fiduciario si sotituisce in forza di un negozio atipico he produce effetti reali (trasferimento I fiduciario della proprietà del bene e di tutte le facoltà ad essa connesse) ed obbligatori (vincolo inderogabile con il quale si precisano modalità, termini, condizioni e limiti di esercizio dell’attività gestoria nell’interesse altrui). Da una siffatta ricostruzione si evince che in caso di mancata osservanza delle istruzioni da parte del fiduciario (mandatario) il fiduciante o beneficiario (mandante, terzo) disportebbe di una tutela meramente obbligatoria, quale l’azione di risarcimento dei danni.” (“Como arriba recordado, según la opinión prevaleciente en doctrina y jurisprudencia, la relación fiduciaria se traduce en fuerza en un negocio a’típico y produce efectos reales (transfiriendo al fiduciario de la propiedad del bien y de todas las facultades relacionadas con ella) y obligaciones

(vínculos inderogables con los cuales se precisan las modalidades, términos, condiciones y límites del ejercicio de la actividad gestora en el interés del otro). De una tal reconstrucción se deduce que en el caso de falta de observación de las instrucciones de parte del fiduciario (mandatario), el fiduciante o beneficiario (mandatario, tercero) dispone de una tutela meramente obligatoria así como la acción por reembolso de los daños”).

En el derecho uruguayo, aún cuando no existe legislación especial sobre el mandato fiduciario, existen expresiones doctrinarias que orientan la consideración del tema. El tratadista Jorge Gamarra en su Tratado de Derecho Civil uruguayo, Tomo XIII, Tercera edición, 1979, se refiere al negocio fiduciario como la atribución de la propiedad que un sujeto, llamado fiduciante, realiza en provecho de otro sujeto (el fiduciario). Los efectos reales del contrato están limitados por un vínculo obligacional (el llamado pacto fiduciario), por lo que tiene un doble efecto, real y personal. Dice este autor que el efecto real se produce cuando el fiduciante transfiere la propiedad de una cosa al fiduciario. El efecto obligacional proviene de un acuerdo de voluntades que establece la obligación del fiduciario de usar la propiedad de la cosa de acuerdo con los fines del negocio. Se trata de un negocio basado en la confianza que deposita el fiduciante en el fiduciario.

Se refiere luego a la fiducia cum amico en la cual el traspaso del dominio sirve para que el fiduciario desarrolle una actividad (que puede ser de muy diversa índole) en interés del fiduciante o de un tercero. Esta fiducia, a diferencia de la fiducia cum creditore, persigue un fin de mandato o administración, a diferencia de ésta que persigue un fin de garantía. Se afirma que la fiducia cum amico se vincula con la categoría de la interposición real en la que el fiduciario queda investido de la titularidad de un derecho que ejercita por cuenta de otro. La propiedad que adquiere el fiduciario es una propiedad plena. La limitación que emerge como consecuencia del elemento obligacional del negocio fiduciario carece de trascendencia para abolir un derecho de propiedad del fiduciario. Para los terceros no existe más que el elemento real de la fiducia. Todo lo que se refiere al elemento obligacional es “res inter alias acta” para el tercero.

El autor concluye que el derecho uruguayo si bien no contempla esta figura, tampoco contiene disposiciones expresas que impiden este tipo de negocio en la medida que sean lícitos los fines perseguidos y que no se emplee como fraude a la ley.

En el derecho francés, al igual que en el derecho uruguayo, no existe regulación legal de la fiducia. Existen proyectos de ley destinados a reglamentar esta figura, el último data del año 1992, pero hasta el presente no se ha instaurado en Francia un cuadro legal de la fiducia. Sigue siendo una figura innominada.

En doctrina existen importantes estudios que van desde la ya clásica obra de Cl. Witz, "La fiducie en droit privé français", publicada en el año 1981, hasta trabajos más recientes como el de Antoine Bureau sobre "Le contrat de fiducie: étude de droit comparé. Allemagne, France, Luxembourg" del año 1998.

Witz define la fiducia como "un acto jurídico por el cual una persona, el fiduciario, habiendo adquirido la titularidad de un derecho patrimonial, ve limitado el ejercicio de su derecho por una serie de obligaciones, entre las cuales figura generalmente la de transferir el derecho al cabo de cierto período sea al fiduciante, sea a un tercero beneficiario". En otros términos, la fiducia supone siempre la transferencia de la plena propiedad de bienes, en provecho del fiduciario que asume, no obstante, obligaciones frente al fiduciante, que lo limitan en el ejercicio de ese derecho. Según Witz, sean cuales sean las contestaciones y aún reconociendo la existencia de una propiedad fiduciaria por oposición a la propiedad ordinaria, hay siempre transferencia de propiedad y nunca un desmembramiento de este derecho. Esta afirmación concuerda con el principio de la unidad del patrimonio impuesto por el Código Napoléonico y con la consiguiente dificultad de la institución en el derecho francés de un patrimonio de afectación.

En la obra de Bureau, donde se efectúa un cuidadoso estudio comparado de esta figura, se da cuenta que la fiducia, siguiendo la tradición romano-germánica, se inscribe dentro de un cuadro contractual que vincula a un fiduciante con un fiduciario que recibe en propiedad los bienes que salen del patrimonio del fiduciante y cuyas prerrogativas de propietario están limitadas por la obligación que asume frente al fiduciante en relación a los bienes transferidos.

Dice este autor que en el derecho francés la fiducia debe encararse como un contrato translativo de propiedad donde el fiduciario asume una obligación de gestionar los bienes de conformidad a las instrucciones impartidas y de restituirlos al final del encargo. Generalmente, el contrato de fiducia opera una transferencia de propiedad del fiduciante al fiduciario, pero a veces el autor de la transferencia no es siempre el fiduciante. El fiduciario adquiere la propiedad plena de los derechos transmitidos y el fiduciante solo conserva un derecho de naturaleza personal.

Se señala además que el fiduciario, si bien adquiere la propiedad, la asume con la obligación de ejercer sus derechos únicamente por cuenta del fiduciante y dentro de los límites establecidos en el contrato de fiducia, lo cual pone de relieve que esta figura supone generalmente no sólo la transferencia de la propiedad de un bien, sino también una actividad de servicio por parte del fiduciario.

Estas características que corresponden a la fiducia-gestión, figura en la cual cabe incluir el mandato fiduciario que se examina en este arbitraje, es la forma más simple del mecanismo fiduciario. El fiduciario recibe en propiedad los bienes que administra por cuenta del fiduciante, servicio que finaliza con la restitución del bien al fiduciante.

En el derecho francés, la confianza que el fiduciante deposita en el fiduciario es también un elemento esencial del contrato de fiducia. Confianza necesaria porque el fiduciario se compromete personalmente frente a terceros y las relaciones que establece con éstos no alcanzan al fiduciante que, como sucede casi siempre en la práctica, es un desconocido frente al tercero contratante.

El fiduciante aparece pues frente a terceros como el propietario de los bienes transferidos y en la gestión de este activo fiduciario, el fiduciario no ejerce ningún poder de representación del fiduciante frente a los terceros con los que se relaciona, por lo que no existe relación directa entre el fiduciante y los terceros que contratan con el fiduciario.

El Tribunal estima que estos comentarios de doctrina, pertenecientes a dos países vinculados por este arbitraje, al ofrecer las mismas soluciones del derecho italiano, coadyuvan para establecer la correcta inteligencia e interpretación del valor y

de los efectos frente a terceros del mandato fiduciario que se examina en este proceso arbitral.

Si bien es cierto que el resultado económico de la gestión pudo ser ajeno a Banknord, frente a los vendedores (el BROU y la CND) y frente al BCU, como autoridad autorizante de la compraventa, Banknord aparece como la única adquirente de la cosa vendida, vale decir, de las acciones del BPA que ingresaron directamente en su patrimonio. Para trasladar al mandante (Eurofar) el resultado económico de la gestión cumplida por el mandatario, se requiere una segunda operación de transferencia de las acciones, indispensable para cerrar definitivamente el ciclo del negocio fiduciario.

La única posibilidad de materializar esta transferencia es recomenzar todo el proceso tendiente a obtener la autorización del BCU por medio de una resolución de su directorio que según la ley uruguaya debe fundarse necesariamente en razones de legalidad, conveniencia y oportunidad, apreciando especialmente la solvencia, rectitud y aptitud de la empresa adquirente. Se advierte además, que según la ley uruguaya, esta autorización es exigida bajo pena de nulidad.

Esta autorización, como ya se estableció, fue descartada para Eurofar desde el origen mismo de las negociaciones precontractuales, en las que quedó en evidencia la falta de acuerdo y la imposibilidad consiguiente para inscribir las acciones a nombre de esta sociedad, al no calificar para adquirir un activo bancario. Se utilizó entonces, según la prueba agregada al expediente, la vía de formular la oferta de compra utilizando la interposición de una entidad que fue presentada con atrayentes condiciones para calificar como adquirente. El propio Demandante lo pensó así cuando Eurofar fue puesta por mandato fiduciario bajo el control de Banknord y así fue reconocido frente a las autoridades uruguayas desde el momento en que esta sociedad presentó la primera oferta de compra de las acciones del BPA.

Dado que en derecho italiano y en los demás referidos, el fiduciante tiene solamente un derecho personal respecto del fiduciario pero no un derecho real respecto de la cosa dada en fiducia, y la necesidad de aplicar la ley del país en que tiene lugar la inversión, el instrumento jurídico utilizado en este caso, vale decir el mandato fiduciario, siendo inoponible a los vendedores y al BCU autorizante de la

operación, no permite crear o mantener la cadena de control invocada. En un mandato sin representación cuyo objeto es la compra de un bien (como sucede con el mandato fiduciario invocado por el Demandante), el mandatario obra (como obró Banknord) a nombre propio y adquiere para sí, real y efectivamente, la cosa comprada, tal cual sucedió en el caso bajo examen.

El Tribunal debe también considerar este punto desde el punto de vista de los principios de derecho internacional aplicables según el Acuerdo y teniendo presente que las reclamaciones del Demandante se hacen al amparo de los términos del Acuerdo y en contra de ROU.

Hay una extensa jurisprudencia internacional sobre reclamaciones en casos de beneficiarios de derechos de propiedad que no son los detentadores formales de la propiedad. La United States Foreign Claims Settlement Commission en la reclamación de *American Security and Trust Company* manifestó: "It is clear that the national character of a claim must be tested by the nationality of the individual holding a beneficial interest therein rather than by the nationality of the nominal or record holder of the claim. Precedents for the foregoing well-settled proposition are so numerous that it is not deemed necessary to document it with a long list of authorities..." ("Está claro que el carácter nacional de una demanda debe ser examinado de acuerdo a la nacionalidad del individuo que detenta el derecho de usufructo antes que por la nacionalidad del titular nominal de la demanda. Esta posición ha sido aceptada de forma definitiva y los precedentes son tan numerosos que no se considera necesario documentarlos con una larga lista de autoridades..." Traducción del Tribunal) (Citado por I. Brownlie, "Principles of Public International Law" (1990) pág. 483. Ver otros ejemplos en la nota 49 en la misma página). En este caso la reclamación fue denegada al no ser de nacionalidad americana el individuo que tenía el "beneficial interest" y serlo tan solo el "trustee".

Por otra parte, se reconoce que tratados y legislación que reglamentan arreglos internacionales de compensación pueden permitir reclamaciones hechas por "trustees" independientemente de la nacionalidad de los beneficiarios (Ibid. pág 483). Así se ha

hecho en el Reino Unido en el caso de compensaciones acordadas con Yugoslavia y Checoslovaquia (Ibid. pág. 183, nota 50).

La más reciente jurisprudencia es la del tribunal de Estados Unidos e Irán y tres de sus decisiones son particularmente relevantes. En dos casos, *Roy P.M. Carlson y la República Islámica de Irán (RII)*, y *Ian L. McHarg y RII*, el tribunal rechazó las reclamaciones en base a que no era suficiente ser beneficiario de acciones que no se habían registrado a nombre del beneficiario, tal como requiere el artículo 40 del Código Comercial de Irán, que regula el derecho aplicable a transferencias de acciones en Irán. En el segundo caso la transferencia se había hecho por documento privado sin que las acciones se registraran a nombre de los adquirentes. (Ver Charles N. Brower y Jason D. Brueschke, "The Iran-United States Claims Tribunal" págs. 111-116).

En un caso más reciente el mismo tribunal rechazó la alegación de Irán de que el artículo 40 del Código de Comercio prohíbe que se considere el interés de beneficiarios a efectos de la jurisdicción del tribunal, y consideró este tema no del punto de vista de la validez bajo el derecho iraní de los intereses de los beneficiarios respecto de una sociedad o terceras partes, pero del punto de vista de si Irán es responsable bajo el derecho internacional frente a los beneficiarios por las expropiaciones y otras medidas que afecten derechos de propiedad (Ibid.). Es decir, la jurisprudencia de este tribunal no ha sido siempre consecuente.

Aun cuando se podría llegar a una conclusión en base a los principios de derecho internacional que son aplicables según el Acuerdo que reconozca el derecho del beneficiario económico de la inversión a reclamar frente a ROU, hay que tener en cuenta que la legislación uruguaya exige que las acciones de los bancos deben ser necesariamente nominativas y que el titular de una pretendida inversión en activos bancarios debe identificarse previamente a fin de que la autorización correspondiente del BCU pueda fundarse en las razones de legalidad, de oportunidad y de conveniencia que la ley exige, apreciando especialmente su solvencia, rectitud y aptitud. Esta situación es bien distinta de lo que sucede en las operaciones fiduciarias corrientes donde generalmente no interesa ni es necesario conocer quién es el destinatario final de la transacción.

Al Tribunal le resulta evidente que no es posible que un sujeto no identificado en el momento de otorgarse el acto jurídico que da origen a la inversión, pueda luego ser admitido como un inversor amparable por el Acuerdo invocando a tal efecto la existencia de un mandato fiduciario cuando se desprende de los documentos aportados por el propio Demandante que Eurofar, la sociedad a través de la cual el Demandante dice haber efectuado la inversión, no había sido aceptada por el BCU para efectuar la inversión.

Efectivamente, el hecho de haber presentado primero a la propia Eurofar como aspirante directo a la compra de las acciones del BPA, el hecho de intentarse luego la intestación de las acciones a nombre de Eurofar por medio de la intervención de Banknord y el respaldo de sus bancos accionistas, para finalmente aparecer únicamente Banknord como pretense adquirente de las acciones, actuando a nombre propio pero invocando también el respaldo de sus bancos accionistas pone en evidencia que Eurofar fue descartada como posible adquirente desde el inicio mismo de las negociaciones tendientes a la transferencia del paquete accionario del BPA.

En mérito a las consideraciones de este capítulo, el Tribunal Arbitral concluye que corresponde hacer lugar a la excepción de falta de legitimación activa fundada en la incompetencia *ratione personae* del Tribunal, por cuanto, Eurofar no reúne las condiciones para ser titular de la inversión objeto de esta controversia y consiguientemente tampoco el Demandante. Para que un fiduciante pueda ampararse en el Acuerdo es necesaria la autorización por el BCU en su propia persona, igual a la que fue dada al fiduciario, de acuerdo con los requisitos del derecho uruguayo aplicable a una adquisición bancaria. Como hemos visto el BCU no autorizó la compra del BPA por Eurofar ni antes ni después de la compraventa de dicho banco y la documentación aportada demuestra que se dio a entender que las otras partes involucradas en la compra de Banknord eran sus bancos accionistas.

Considerando esta conclusión, el Tribunal estima que no es necesario proceder al examen de la excepción de falta de legitimación activa como cuestión de competencia *ratione materiae*.

F. La transacción celebrada entre Banknord y la CND y el BROU

El tema de esta transacción, celebrada el 21 de agosto de 2002 e introducido por el Demandante en su Mémoire Complementaire del 17 de octubre de 2002, es, a juicio del Tribunal, ajeno a la controversia y al objeto mismo de este arbitraje. En efecto, el arbitraje tiene por objeto tal como quedó trabada la controversia decidir, en primer término, si el Tribunal es o no competente para conocer sobre el fondo del asunto, y en segundo término, si el Tribunal entiende que es competente, decidir sobre la reclamación contra ROU por incumplimiento de obligaciones previstas en el Acuerdo.

Ahora bien, como acabamos de ver, la decisión sobre la competencia del Tribunal supone el examen de su competencia *ratione personae* y de su competencia *ratione materiae*. Este examen abarca necesariamente la cuestión de la legitimación activa del Demandante, cuestión que la Demandada introdujo como excepción en tiempo oportuno. La decisión sobre la legitimación activa del Demandante supone a su vez, como ya lo ha efectuado el Tribunal, el examen de la cadena de controles invocada por el mismo Demandante y cuyos eslabones principales son Eurofar y Banknord.

Esta cadena de controles fue invocada por el Demandante para sostener que los efectos de la compraventa de acciones del BPA efectuada por Banknord se proyectan y se extienden a su propia persona. Esto supone la necesidad de examinar la existencia de esa cadena y su oponibilidad a la Demandada a la fecha de celebración del contrato, o sea el 22 de marzo de 1994, ya que la legitimación que invoca el Demandante se funda precisamente en la extensión de los efectos del contrato a su persona en razón de la presencia en esa instancia de esa cadena de controles a través de Eurofar y de Banknord.

Si a la fecha de celebración del contrato existía la cadena de controles invocada y si se admite que la misma es jurídicamente oponible a la Demandada, habría que concluir que el Demandante tenía y conserva legitimación activa para reclamar a ROU una reparación fundada en el eventual incumplimiento de obligaciones previstas en el Acuerdo, sin que tenga incidencia lo que los vendedores y Banknord hayan podido posteriormente acordar en una transacción relativa a un juicio promovido en el Uruguay. De la misma forma, si a la fecha de celebración del contrato no existía esa

del promedio entre el mínimo y el máximo previsto en el arancel, según se establece en el Anexo I que se adjunta a este laudo.

El Tribunal Arbitral estima que cada árbitro debe percibir la misma suma y que la mayor tarea del Presidente del Tribunal se equilibra con la tarea desplegada por los árbitros designados por las partes en la etapa previa de nombramiento del árbitro presidente. Las sumas por concepto de honorarios correspondientes a cada árbitro se indican en dicho Anexo I.

El Tribunal asimismo resuelve, teniendo presente los planteamientos y la conducta de las partes en este arbitraje:

1. Que corresponde a cada una de ellas el pago de la mitad de las costas.

2. Que corresponde a cada parte el pago de la mitad de los honorarios y gastos de la Autoridad Nominadora y del Secretario General del Tribunal Permanente de La Haya, excepto por la parte de dichos gastos y honorarios que correspondan a la recusación del Dr. Talice que correrán a cargo de la parte que presentó la recusación, dado que ésta fue desestimada por la Autoridad Nominadora.

3. Cada parte deberá hacerse cargo del costo de representación y de asistencia de los letrados designados por cada una de ellas (art. 40.2 del Reglamento).

El Tribunal presentará por separado a las partes la suma de los gastos realizados en el arbitraje, así como un estado de cuentas de los depósitos recibidos, que formarán parte del Anexo II de este laudo

VII. RESOLUCION

Por los fundamentos expuestos y el derecho aplicable de conformidad al artículo 8 (4) del Acuerdo, el Tribunal Arbitral

RESUELVE:

1. Declárase que las Partes en este Proceso Arbitral están constituidas por el Sr Benhamou como Parte Demandante y por el ROU como Parte Demandada.

2. Declárase que la Parte Demandante ha interpuesto en tiempo y forma excepciones de incompetencia del Tribunal Arbitral.

3. Declárase procedentes como cuestiones de previo y especial pronunciamiento, las siguientes excepciones:

a) Excepción de incompetencia fundada en la existencia de una cláusula compromisoria.

b) Excepción de falta de legitimación activa fundada en la incompetencia *ratione personae* del Tribunal Arbitral.

4. Desestímase la excepción de incompetencia fundada en la existencia de una cláusula arbitral.

5. Desestímase la excepción de falta de legitimación activa fundada en la incompetencia *ratione personae* del Tribunal Arbitral referente al hecho de que Eurofar no reúne las condiciones exigidas por el art. 1 (3) del Acuerdo, y al hecho de que el Demandante no ha acreditado el control de Eurofar.

6. Hacer lugar, en cambio, a la excepción de falta de legitimación activa fundada en la incompetencia *ratione personae* del Tribunal Arbitral referente al hecho de que Eurofar no reúne las condiciones para ser titular de la inversión objeto de esta controversia, en mérito a los consideraciones expuestas en el considerando E, puntos c.2) y d).

7. Desestímase por improcedente y extemporánea la solicitud contenida en la nota del Demandante de fecha 18 de diciembre, en mérito a las consideraciones expuestas en el Anexo IV .

8. Declárase, en mérito al acogimiento de la excepción a que se refiere el numeral 6 precedente, la clausura de este procedimiento.

9. Fijanse las costas del arbitraje en los importes que se detallan en los Anexos I y II de este laudo:

Así queda acordado.

Firmado en Madrid, el 19 de diciembre de 2002.

Andrés Rigo Sureda
Presidente del Tribunal

François Lasry

Jorge Talice

En este estado, el Tribunal Arbitral deja expresa constancia, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 34(4) del Reglamento, que este laudo parcial e interlocutorio no ha sido firmado por el árbitro designado por el Demandante, M. François Lasry, el que no ha comparecido a esta reunión del 19 de diciembre en Madrid convocada para la firma de la sentencia coordinada oportunamente por el Presidente del Tribunal y comunicada a las partes el 16 de diciembre pasado. Se adjunta en Anexo III de este laudo la nota de M. François Lasry dirigida al Presidente del Tribunal comunicando las razones de su inasistencia.

**ANEXO I A LA DECISION DEL TRIBUNAL ARBITRAL SOBRE EXCEPCIONES
A LA COMPETENCIA EN EL PROCEDIMIENTO ENTRE STEPHANE BENHAMOU
(DEMANDANTE) Y LA REPUBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY (DEMANDADA)**

Cálculo de los honorarios de los árbitros según el arancel previsto en el
Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (Reglamento CCI)

Cuantía del litigio

Monto demandado: US\$103.836.893 más intereses. El Tribunal ha decidido a los efectos del cálculo de honorarios no tener en cuenta los intereses que podrían corresponder a este monto que han sido reclamados pero no cuantificados por el Demandante

Honorarios por cada árbitro

Si la cuantía es superior a US\$ 100.000.000:

Mínimo: US\$ 61750 + 0,01% del monto superior a US\$ 100.000.000.

Máximo: Us\$ 260.000 + 0,05% del monto superior a 100.000.000.

El promedio se obtiene sumando el mínimo y el máximo (US\$ 61.750 + US\$ 383 (el 0,01% de US\$ 386.896) + US\$ 260.000 + US\$ 1918 (el 0,05% de 3.836.896) = US\$ 324.051) y dividiendo la suma por dos da por resultado US\$ 162.025. El 55% de esta cantidad son US\$ 89.000. Esta cifra ha sido redondeada a la baja.

Estos honorarios corresponden a cada árbitro en función de lo dispuesto por el art. 38 del Reglamento y del art. 2(3) del Apéndice III del Reglamento CCI. Del honorario de US\$ 89.000 correspondiente a cada árbitro, deberá reducirse el adelanto ya percibido por cada uno.

**ANEXO II A LA DECISION DEL TRIBUNAL ARBITRAL SOBRE EXCEPCIONES
A LA COMPETENCIA EN EL PROCEDIMIENTO ENTRE STEPHANE BENHAMOU
(DEMANDANTE) Y LA REPUBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY (DEMANDADA)**

Suma de todos los aportes recibidos de las partes hasta la fecha de la firma del
laudo:

US\$ 167.058.50

Suma de los gastos del Tribunal contabilizados hasta la fecha de la firma del
laudo

US\$ 31.911.96

Esta suma no incluye gastos de secretaría administrativa, gastos administrativos de la audiencia de París y los gastos pertinentes a la reunión del Tribunal del 19 de diciembre que se liquidarán oportunamente.

El Tribunal comunicará a las partes un estado de cuentas tan pronto como todos los gastos hayan sido contabilizados.

**ANEXO III A LA DECISION DEL TRIBUNAL ARBITRAL SOBRE
EXCEPCIONES A LA COMPETENCIA EN EL PROCEDIMIENTO ENTRE STEPHANE
BENHAMOU (DEMANDANTE) Y LA REPUBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY
(DEMANDADA)**

Comunicación recibida del árbitro Lasry por el presidente del Tribunal el día 17 de diciembre de 2002:

"Mon cher Andres,

J'ai bien reçu ton email d'hier posant des questions quant aux objections du demandeur ainsi que ton projet de réponse d'aujourd'hui.

Je suis pour ma part extrêmement préoccupé par cette situation. La situation est très tendue. Le demandeur semble être dans une situation et un état d'esprit où toutes les contestations, actions en nullité ou autre démarches visant à contester la procédure sont possibles et même probables.

Dans ces conditions, il me semblerait maladroit de prêter le flanc à des critiques supplémentaires. Les arguments présentés par le demandeur reposent manifestement sur le fait même que le tribunal ait cru nécessaire de communiquer aux parties la tenue de l'audience du 19 décembre.

En outre, s'agissant d'une procédure ouverte depuis extrêmement longtemps, il n'apparaît pas qu'il y ait véritablement urgence.

En conséquence et indépendamment du fond de la décision à intervenir, dans un souci de prudence et de sécurité procédurales, je ne souhaite pas, en l'état, participer à la réunion du 19 décembre à Madrid et je demande qu'elle soit reportée.

Très cordialement,

François Lasry

Lasry & Associés
184 boulevard Haussmann
75008 Paris
Tél. : 33 1 45 62 04 08
Fax : 33 1 45 62 04 60"

**ANEXO IV A LA DECISION DEL TRIBUNAL ARBITRAL SOBRE
EXCEPCIONES A LA COMPETENCIA EN EL PROCEDIMIENTO ENTRE STEPHANE
BENHAMOU (DEMANDANTE) Y LA REPUBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY
(DEMANDADA)**

En referencia a la nota del Demandante de fecha 18 de diembre pasado, desestimada por improcedente y extemporánea, el Tribunal extima necesario efectuar las siguientes consideraciones:

1.- El Tribunal ha sido designado para cumplir la misión de resolver una controversia existente entre las partes bajo el Acuerdo de Protección de Inversiones entre Uruguay y Francia. También tiene la misión de pronunciarse sobre su competencia en cuanto la Demandada opuso en tiempo oportuno excepciones a la misma. En el caso, se han cumplido y respetado estrictamente los principios esenciales que regulan el procedimiento arbitral, vale decir, los principios de contradicción y de igualdad de las partes en la defensa de sus derechos (Art. 15 del Reglamento). Las partes han tenido plenas garantías así como la oportunidad de formular sus defensas, de producir sus pruebas y de exponer sus alegatos de conformidad a lo previsto en el Reglamento.

2.- La obligación del Tribunal de dictar este laudo no puede verse interrumpida en el último momento cuando luego de cumplirse los actos procesales pertinentes, las partes sólo deben quedar a la espera de la decisión del Tribunal a dictarse dentro del plazo razonable que ha estimado el caso.

3.- El Tribunal expresa que, aceptar la pretensión del Demandante, significaría romper la neutralidad que debe presidir este arbitraje. A esta altura del procedimiento, sólo ante una petición conjunta y acordada por las partes, el Tribunal debe decidir la suspensión, postergación o clausura del procedimiento (Art. 34.1 del Reglamento) .

4.- En cuanto a la grave imputación que la nota contiene respecto de la actuación de dos de los árbitros de este Tribunal, ella se deberá ventilar, como es lógico, ante la jurisdicción estatal competente para conocer de ella. Asimismo, el Tribunal estima pertinente dejar constancia que la amenaza pronunciada contra dos de sus árbitros,

supone una ingerencia indebida en las funciones del Tribunal, en esta instancia en que se dispone a dictar el laudo parcial e interlocutorio .