

Azurix Corp.

c.

República Argentina

**(Caso CIADI No. ARB/01/12)
(Procedimiento de Anulación)**

**Decisión sobre la solicitud de anulación
de la República Argentina**

Miembros del Comité *ad hoc*

Dr. Gavan Griffith Q.C., Presidente
Juez Bola Ajibola
Sr. Michael Hwang S.C.

Secretaria del Comité *ad hoc*: Sra. Natalí Sequeira

Asistente del Comité *ad hoc*: Sra. Freya Baetens

**En representación de la
Demandante:**

Sr. R. Doak Bishop
Sr. Craig S. Miles
Sra. Kerrie Nanni
Sra. Amy Roebuck Frey
King & Spalding
1100 Louisiana, Suite 4000
Houston, Texas 77002
United States of America

y

Dr. Guido Santiago Tawil
Sr. Francisco M. Gutiérrez
Sr. Federico Campolieti
M & M Bomchil Abogados
Suipacha 268, Piso 12
C1008AAF Buenos Aires
Argentina

**En representación de la
Demandada:**

Dr. Osvaldo César Guglielmino
Procurador del Tesoro de la Nación
Procuración del Tesoro de la Nación
Posadas 1641
CP 1112 Buenos Aires
Argentina

Fecha de envío a las partes: 1 de septiembre de 2009

ÍNDICE

Tabla de Referencias Abreviadas	4
A. Introducción	11
B. La diferencia	16
C. Causales de anulación.....	23
(a) Introducción.....	23
(b) Constitución incorrecta del Tribunal (Artículo 52(1)(a)).....	25
(c) Extralimitación manifiesta en las facultades del Tribunal (Artículo 52(1)(b))	25
(d) Quebrantamiento grave de una norma de procedimiento (Artículo 52(1)(d))	27
(e) Omisión de la expresión de los motivos (Artículo 52(1)(e)).....	28
D. Reclamaciones derivadas	30
(a) Introducción.....	30
(b) Argumentos de las Partes	31
(c) Estándar de revisión bajo el Artículo 52(1)(b) del Convenio CIADI	38
(d) Reclamaciones de Azurix y conclusiones del Tribunal.....	41
(e) La posición del Comité	43
(i) Introducción	43
(ii) Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.....	45
(iii) Principios del Artículo 31 de la Convención de Viena	47
(iv) Artículo 32 de la Convención de Viena	59
(v) Conclusión	66
E. Derecho aplicable	66
(a) Introducción.....	66
(b) Argumentos de las Partes	67
(c) Omisión de la aplicación del derecho apropiado como causal de anulación en virtud del Artículo 52(1)(b) del Convenio CIADI: principios aplicables	78
(d) Omisión de la aplicación del derecho apropiado como causal de anulación en virtud del Artículo 52(1)(b) del Convenio CIADI: posición del Comité.....	80
(e) Omisión de la expresión de los motivos en que se fundó el laudo como causal de anulación en virtud del Artículo 52(1)(e) del Convenio CIADI: principios aplicables	97
(f) Omisión de la expresión de los motivos en que se fundó el laudo como causal de anulación en virtud del Artículo 52(1)(e) del Convenio CIADI: la posición del Comité	98
F. Rechazo de prueba fundamental y omisión de considerar argumentos	101
(a) Introducción.....	101
(b) Antecedentes	101
(c) Argumentos de las Partes	110

(d)	Quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento como causal de anulación en virtud del Artículo 52(1)(d) del Convenio CIADI: principios aplicables.....	117
(e)	Omisión de la expresión de los motivos en que se fundó el laudo como causal de anulación en virtud del Artículo 52(1)(e) del Convenio CIADI: principios aplicables	117
(f)	La Posición del Comité.....	117
(i)	Introducción	117
(ii)	Argumento de Argentina sobre “rechazo de prueba fundamental”	118
(iii)	Argumento de Argentina sobre “omisión de considerar argumentos claves”	131
(g)	Otras causas de anulación planteadas por Argentina.....	134
(h)	Conclusión	134
G.	Supuesto conflicto de intereses y falta de juicio independiente.....	134
(a)	Introducción.....	134
(b)	Antecedentes	136
(c)	Argumentos de las Partes	143
(d)	Constitución incorrecta del tribunal como causal de anulación en virtud del Artículo 52(1)(a) del Convenio CIADI: principios aplicables	152
(e)	Quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento como causal de anulación en virtud del Artículo 52(1)(d) del Convenio CIADI: principios aplicables.....	155
(f)	Constitución incorrecta del tribunal como causal de anulación en virtud del Artículo 52(1)(a) del Convenio CIADI: la posición del Comité	156
(g)	Quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento como causal de anulación en virtud del Artículo 52(1)(d) del Convenio CIADI: la posición del Comité.....	158
(h)	Conclusión	159
H.	Daños y perjuicios.....	159
(a)	Introducción.....	159
(b)	Argumentos de las Partes	161
(c)	Conclusiones del Tribunal respecto de los daños y perjuicios	170
(d)	Omisión de la aplicación del derecho aplicable como causal de anulación en virtud del Artículo 52(1)(b) del Convenio CIADI: principios aplicables.....	176
(e)	Omisión de la aplicación del derecho aplicable como causal de anulación en virtud del Artículo 52(1)(b) del Convenio CIADI: la posición del Comité.....	176
(f)	Omisión de la expresión de los motivos como causal de anulación en virtud del Artículo 52(1)(e) del Convenio CIADI: principios aplicables.....	181
(g)	Omisión de la expresión de los motivos en que se fundó el laudo como causal de anulación en virtud del Artículo 52(1)(e) del Convenio CIADI: opinión del Comité.....	181
I.	Costas	194
	Decisión	199

TABLA DE REFERENCIAS ABREVIADAS

AAS	Azurix AGOSBA S.R.L.
ABA	Azurix Buenos Aires S.A. (también denominada “la Concesionaria”)
AGOSBA	Administración General de Obras Sanitarias de la Provincia de Buenos Aires
Argentina	La República Argentina (la Demandada)
Azurix	Azurix Corp. (la Demandante)
Canon	Pago del canon de 438.555.554 pesos argentinos efectuado por ABA a la provincia el 30 de junio, 1999
Carta de compromiso	Ver párrafo 9 de la presente Decisión
<i>Caso Barcelona Traction</i>	<i>Caso Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Bélgica c. España)</i> , Segunda Fase, Sentencia, Informes de la C.I.J de 1970, pág. 3
<i>Caso Diallo</i>	<i>Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea c. República Democrática del Congo)</i> , Sentencia sobre Excepciones Preliminares, C.I.J., 24 de mayo, 2007
<i>Caso ELSI</i>	<i>Caso Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (Estados Unidos de América c. Italia)</i> , Sentencia, Informes de la C.I.J. 1989, pág. 15
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones

Comité	Ver párrafo 5 de la presente Decisión
Contrato de Concesión	Ver párrafo 27 de la presente Decisión
Convención de Viena	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Viena, 23 de mayo, 1969; 1155 U.N.T.S. 331
Convenio CIADI	Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, 18 de marzo, 1965, 575 U.N.T.S. 159
Decisión sobre jurisdicción <i>Vivendi II</i>	<i>Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal (ex Générale des Eaux) c. República Argentina ("Vivendi II")</i> , Caso CIADI No. 97/3, Decisión sobre Jurisdicción, 14 de noviembre, 2005
Decisión sobre Anulación <i>Amco</i>	<i>Amco Asia Corporation y otros c. República de Indonesia</i> , Caso CIADI No. ARB/81/1, Decisión sobre Solicitud de Anulación, 17 de diciembre, 1992
Decisión sobre Anulación <i>CDC</i>	<i>CDC Group plc c. República de Seychelles</i> , Caso CIADI No. ARB/02/14, Decisión sobre Solicitud de Anulación, 29 de junio, 2005
Decisión sobre Anulación <i>CMS</i>	<i>CMS Gas Transmission Company c. República Argentina</i> , Caso CIADI No. ARB/01/8, Decisión sobre Solicitud de Anulación, 25 de septiembre, 2007
Decisión sobre Anulación <i>Klöckner</i>	<i>Klöckner Industrie-Anlagen GmbH y otros c. República Unida de Camerún y Sociéte Camerounaise des Engrais</i> , Caso CIADI No. ARB/81/2, Decisión sobre Solicitud de Anulación, 3 de mayo, 1985
Decisión sobre	<i>Industria Nacional de Alimentos, S.A. y Indalsa Perú, S.A.</i>

Anulación <i>Lucchetti</i>	<i>(anteriormente denominadas Empresas Lucchetti, S.A. y Lucchetti Perú, S.A.) c. República de Perú, Caso CIADI No. ARB/03/4, Decisión sobre Solicitud de Anulación, 5 de septiembre, 2007</i>
Decisión sobre Anulación <i>Malaysian Historical Salvors</i>	<i>Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD c. Malasia, Caso CIADI No. ARB/05/10, Decisión sobre Solicitud de Anulación, 16 de abril, 2009</i>
Decisión sobre Anulación <i>MINE</i>	<i>Maritime International Nominees Establishment c. República de Guinea, Caso CIADI No. ARB/84/4, Decisión sobre Solicitud de Anulación, 22 de diciembre, 1989</i>
Decisión sobre Anulación <i>Mitchell</i>	<i>Patrick Mitchell c. República Democrática del Congo, Caso CIADI No. ARB/99/7, Decisión sobre Solicitud de Anulación, 9 de febrero, 2004</i>
Decisión sobre Anulación <i>MTD</i>	<i>MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. c. República de Chile, Caso CIADI No. ARB/01/7, Decisión sobre Solicitud de Anulación, 21 de marzo, 2007</i>
Decisión sobre Anulación <i>Repsol</i>	<i>Repsol YPF Ecuador S.A. c. Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador), Caso CIADI No. ARB/01/10, Decisión sobre Solicitud de Anulación, 8 de enero, 2007</i>
Decisión sobre Anulación <i>Soufraki</i>	<i>Hussein Nuaman Soufraki c. Emiratos Árabes Unidos, Caso CIADI No. ARB/02/7, Decisión sobre Solicitud de Anulación, 5 de junio, 2007</i>
Decisión sobre Anulación <i>Vivendi</i>	<i>Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/97/3, (primer procedimiento de anulación), Decisión sobre Solicitud de Anulación, 3 de julio, 2002</i>

Decisión sobre Anulación <i>Wena Hotels</i>	<i>Wena Hotels Limited c. República Árabe de Egipto</i> , Caso CIADI No. ARB/98/4, Decisión sobre Solicitud de Anulación, 5 de febrero, 2002
Decisión sobre Jurisdicción	<i>Azurix Corp. c. República Argentina</i> , Caso CIADI No. ARB/01/12, Decisión sobre Jurisdicción, 8 de diciembre, 2003
Decisión sobre Jurisdicción <i>AES</i>	<i>AES Corporation c. República Argentina</i> , Caso CIADI No. ARB/02/17, Decisión sobre Jurisdicción, 26 de abril, 2005
Decisión sobre jurisdicción <i>Camuzzi</i>	<i>Camuzzi International S.A. c. República Argentina</i> , Caso CIADI No. ARB/03/2, Decisión sobre Jurisdicción, 11 de mayo, 2005
Decisión sobre jurisdicción <i>CMS</i>	<i>CMS Gas Transmission Co. c. República Argentina</i> , Caso CIADI No. ARB/01/8, Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción, 17 de julio, 2003
Decisión sobre jurisdicción <i>Continental Casualty</i>	<i>Continental Casualty Company c. República Argentina</i> , Caso CIADI No. ARB/03/9, Decisión sobre Jurisdicción, 22 de febrero, 2006
Decisión sobre jurisdicción <i>Enron</i>	<i>Enron c. República Argentina</i> , Caso CIADI No. ARB/01/3, Decisión sobre Jurisdicción, 14 de enero, 2004
Decisión sobre jurisdicción <i>Enron</i> (Demanda Adicional)	<i>Enron c. República Argentina</i> , Caso CIADI No. ARB/01/3, Decisión sobre Jurisdicción (Demanda Adicional) 2 de agosto, 2004
Decisión sobre jurisdicción <i>Gas Natural</i>	<i>Gas Natural SDG, S.A. c. República Argentina</i> , Caso CIADI No. ARB/03/10, Decisión sobre Jurisdicción, 17 de junio, 2005

Decisión sobre jurisdicción <i>Lanco</i>	<i>Lanco International, Inc. c. República Argentina</i> , Caso CIADI No. ARB/97/6, Decisión Preliminar sobre Jurisdicción, 8 de diciembre, 1998
Decisión sobre jurisdicción <i>LG&E</i>	<i>LG&E Energy Corp. c. República Argentina</i> , Caso CIADI No. ARB/02/1, Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción, 30 de abril, 2004
Decisión sobre jurisdicción <i>Maffezini</i>	<i>Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España</i> , Caso CIADI No. ARB/97/7, Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción, 25 de enero, 2000
Decisión sobre jurisdicción <i>Pan American</i>	<i>Pan American Energy LLC c. República Argentina</i> , Caso CIADI No. ARB/03/13, Decisión sobre Jurisdicción, 27 de julio, 2006
Decisión sobre jurisdicción <i>Sempra</i>	<i>Sempra Energy International c. República Argentina</i> , Caso CIADI No. ARB/02/16, Decisión sobre Jurisdicción, 28 de septiembre, 2007
Decisión sobre jurisdicción <i>Siemens</i>	<i>Siemens A.G. c. República Argentina</i> , Caso CIADI No. ARB/02/8, Decisión sobre Jurisdicción, 3 de agosto, 2004
Decisión sobre jurisdicción <i>Suez</i>	<i>Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. c. República Argentina</i> , Caso CIADI No. ARB/03/17, Decisión sobre Jurisdicción, 16 de mayo, 2006
Decisión sobre jurisdicción <i>Total</i>	<i>Total S.A. c. República Argentina</i> , Caso CIADI No. ARB/04/01, Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción, 25 de agosto, 2006
Decisión sobre recusación	<i>Azurix Corp. c. República Argentina</i> , Caso CIADI No. ARB/01/12, Decisión Relativa a la Recusación del Presidente del Tribunal, 25 de febrero, 2005

ENRON	Ver párrafo 24 de la presente Decisión
<i>Fábrica Chorzów</i>	<i>La Fábrica de Chorzów (Demanda de Reparaciones) (Fondo)</i> , C.P.I.J., Serie A., No. 17, 1928
Fulbright	Ver párrafo 251 de la presente Decisión
Hytsa	Ver párrafo 24 de la presente Decisión
Laudo	<i>Azurix Corp. c. República Argentina</i> , Caso CIADI No. ARB/01/12, Laudo, 14 de julio, 2006
Laudo AAPL	<i>Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) c. República de Sri Lanka</i> , Caso CIADI No. ARB/87/3, Laudo, 27 de junio, 1990
Laudo ADC	<i>ADC Affiliate Limited y ADC & ADMC Management Limited c. República de Hungría</i> , Caso CIADI No. ARB/03/16, Laudo, 2 de octubre, 2006
Laudo AMT	<i>American Manufacturing & Trading, Inc. c. República de Zaire</i> , Caso CIADI ARB/93/1, Laudo, 21 de febrero, 1997
Laudo Duke	<i>Duke Energy International Peru Investments No. 1 Ltd c. República de Perú</i> , Caso CIADI No. ARB/03/28, 18 de agosto, 2008
Laudo Feldman	<i>Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos</i> , Caso CIADI No. ARB(AF)/99/1, Laudo, 16 de diciembre, 2002
Laudo GAMI	<i>GAMI Investments, Inc. c. México</i> , TLCAN CNUDMI Laudo Final, 15 de noviembre, 2004
Laudo Genin	<i>Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. y A.S. Baltoil c. República de Estonia</i> , Caso CIADI No. ARB/99/2, Laudo, 25 de junio, 2001

Laudo Goetz	<i>Antoine Goetz and others c. República de Burundi</i> , Caso CIADI No. ARB/95/3, 10 de febrero, 1999
Laudo Myers	<i>S.D. Myers, Inc. c. Canadá</i> , TLCAN, Laudo Parcial, 13 de noviembre, 2000
Laudo Parcial CME	<i>CME Czech Republic B.C. (Países Bajos) c. República Checa</i> , CNUDMI Laudo Parcial, 13 de septiembre, 2001
Laudo Waste Management	<i>Waste Management, Inc. c. Estados Unidos de México</i> , Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo, 30 de abril, 2004
Ley	Ver párrafo 24 de la presente Decisión
OBA	Ver párrafo 26 de la presente Decisión
ORAB	Ver párrafo 24 de la presente Decisión
Reglas de Arbitraje del CIADI	Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI
Schroeders	Ver párrafo 24 de la presente Decisión
Sobres N° 1 y 2	Ver párrafo 220 de la presente Decisión
TBI	Tratado entre los Estados Unidos de América y la República Argentina para la promoción y protección recíproca de las inversiones suscripto el 14 de noviembre, 1991; vigente desde el 20 de octubre, 1994
TLCAN	Tratado de Libre Comercio de América del Norte, 32 I.L.M. 289 (1993) (índice, preámbulo, partes I-III) y 32 I.L.M. 605 (1993) (partes IV-VII, anexos)
Tribunal	Ver párrafo 31 de la presente Decisión

A. Introducción

1. El 13 de noviembre de 2006, la República Argentina (“Argentina”) presentó a la Secretaria General del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“CIADI”) un escrito en que solicitaba la anulación del Laudo dictado por Tribunal en el procedimiento de arbitraje entre Azurix Corp. (“Azurix”) y Argentina del 14 de julio de 2006.
2. La Solicitud se presentó dentro del plazo previsto en el Artículo 52(2) del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (“el Convenio CIADI”)¹. En su Solicitud, Argentina pidió la anulación del Laudo invocando cuatro de las cinco causales establecidas en el Artículo 52(1) del Convenio del CIADI, argumentando específicamente:
 - (a) que, con respecto al Artículo 52(1)(a), el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente;
 - (b) que, con respecto al Artículo 52(1)(b), el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades;
 - (c) que, con respecto al Artículo 52(1)(d), hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; y
 - (d) que, con respecto al Artículo 52(1)(e), no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde.
3. La Solicitud contenía también un pedido, basado en el Artículo 52(5) del Convenio CIADI y en la Regla 54(1) de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI (“Reglas de Arbitraje del CIADI”), de suspensión de la ejecución del Laudo hasta que la solicitud de anulación fuera decidida.
4. La Secretaria General del CIADI registró la solicitud el 11 de diciembre de 2006 y en la misma fecha, de conformidad con la Regla 50(2) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, transmitió a las partes la

¹ Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, 18 de marzo, 1965, 575 U.N.T.S. 159

notificación del acto de registro. Las partes fueron también notificadas, conforme a la Regla 54(2) de las Reglas de Arbitraje del CIADI que la ejecución del Laudo quedaba provisionalmente suspendida.

5. Por carta del 14 de junio de 2007, conforme a la Regla 52(2) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, las partes fueron notificadas por el Centro que se había constituido un Comité *ad hoc* (“el Comité”), formado por el Dr. Gavan Griffith Q.C., nacional de Australia; el Juez Bola Ajibola, nacional de Nigeria y el Sr. Michael Hwang S.C., nacional de Singapur. En la misma fecha las partes fueron informadas que la Sra. Claudia Frutos-Peterson, consejera jurídica del CIADI, se desempeñaría como Secretaria del Comité. El 14 de mayo de 2009, la Sra. Natalí Sequeira, consejera jurídica del CIADI, fue nombrada como Secretaria del Comité.
6. El 3 de agosto de 2007, tras oír las posiciones de ambas partes en relación con el calendario de presentación de observaciones escritas sobre la continuación de la suspensión de la ejecución del Laudo solicitada por Argentina, el Comité invitó a las partes a presentar simultáneamente sus observaciones escritas el 12 de septiembre de 2007. A través de la misma nota el Comité confirmó que los argumentos orales sobre este asunto se expondrían en la primera sesión e informó a las partes que el Comité tomaría una decisión sobre la continuación de la suspensión de la ejecución del Laudo, según lo previsto por la Regla 54 de las Reglas de Arbitraje del CIADI.
7. De conformidad con las instrucciones del Comité, el 12 de septiembre de 2007 Argentina presentó sus observaciones sobre la continuación de la suspensión de la ejecución del Laudo, y Azurix presentó su oposición a la solicitud formulada por la República Argentina de continuación de la suspensión de la ejecución del Laudo.
8. Según fuera programado, con el acuerdo de las partes, la primera sesión del Comité tuvo lugar los días 20 y 21 de septiembre de 2007 en la sede del Banco Mundial en Washington D.C. Antes del inicio de

la sesión, la Secretaría distribuyó a las partes copias de las Declaraciones suscritas por cada uno de los Miembros del Comité según lo previsto por la Regla 52(2) de las Reglas de Arbitraje del CIADI. Durante la sesión del 20 de septiembre de 2007 se acordaron y decidieron varias cuestiones de procedimiento. El 21 de septiembre de 2007 ambas partes expusieron ante el Comité sus respectivos argumentos en cuanto de la continuación de la suspensión de la ejecución del Laudo. Durante la sesión el Comité formuló preguntas a las partes.

9. Tras haber oído los argumentos de las partes, el Comité ofreció a Argentina la posibilidad de presentar, dentro de un plazo de siete días, una declaración escrita de su intención de cumplir el Laudo bajo el Convenio del CIADI, en el supuesto de que el Laudo no fuera anulado (“la carta de compromiso”). El Comité decidió además conceder a Azurix la posibilidad de presentar comentarios a la declaración escrita de Argentina dentro de los siete días siguientes a la fecha de tal declaración. Simultáneamente decidió mantener la suspensión de la ejecución del Laudo hasta que hubiera tomado una decisión.
10. El 27 de septiembre de 2007, Argentina presentó una declaración escrita, firmada por el Dr. Osvaldo César Guglielmino, Procurador General del Tesoro de la Nación Argentina, en que se señalaba: “[p]or la presente la República Argentina cumple en comprometerse ante Azurix Corp. a que, de conformidad con sus obligaciones bajo el Convenio CIADI, reconocerá carácter obligatorio al laudo dictado por el Tribunal Arbitral en el presente procedimiento y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por aquél, para el supuesto en que no se disponga la anulación solicitada”.
11. Mediante carta fechada el 4 de octubre de 2007, Azurix expresó su preocupación acerca de que la carta del Dr. Guglielmino en realidad no constituía un compromiso ni proporcionaba una garantía adicional a Azurix, en vista de las acciones anteriores de Argentina y en especial a la luz de los recientes anuncios públicos de que Argentina

no reconocería el carácter final y obligatorio de la Decisión sobre Anulación emitida en el caso *CMS c. Argentina*, dictada el 25 de septiembre de 2007 por el Comité *ad hoc* que entendió en el caso *CMS*².

12. Mediante carta del 5 de octubre de 2007, el Dr. Guglielmino respondió a la carta de Azurix del 4 de octubre de 2007, solicitando que el Comité no tomara una decisión sobre la garantía bancaria sin antes dar a Argentina la oportunidad de exponer sus argumentos con respecto a las manifestaciones formuladas por Azurix.
13. Tras deliberar y considerar los argumentos orales y escritos de las partes sobre la cuestión, el 28 de diciembre de 2007, el Comité emitió su *Decisión sobre la Solicitud de la República Argentina de mantener la suspensión de la ejecución del laudo*.
14. En su Decisión, el Comité decidió por unanimidad que la suspensión de la ejecución del laudo “*debe continuar vigente hasta que el Comité se haya pronunciado sobre la solicitud de anulación presentada por Argentina*”, y rechazó “*ordenar el otorgamiento de garantía alguna durante el período de la suspensión*”.
15. De conformidad con el cronograma establecido por el Comité durante la sesión del 21 y 22 de septiembre de 2007, Argentina presentó su Memorial de Anulación el 8 de enero de 2008. El 7 de mayo de 2008, Azurix presentó su Memorial de Contestación.
16. En respuesta a una carta del CIADI de fecha 23 de mayo de 2008, el 2 de junio de 2008 las partes confirmaron su acuerdo a la propuesta del Presidente del Comité para nombrar a la Sra. Freya Baetens como asistente legal para asistir al Comité durante el procedimiento.

² *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/8, Decisión sobre la Solicitud de Anulación, 25 de septiembre, 2007 (“Decisión sobre Anulación *CMS*”).

17. La República Argentina presentó su Réplica sobre Anulación el 18 de junio de 2008, y Azurix presentó su Dúplica sobre Anulación el 28 de julio de 2008.
18. Tras consultar a las partes, el Presidente del Comité realizó una conferencia telefónica de organización preliminar con los abogados de ambas partes el 3 de septiembre de 2008. Asistieron a la conferencia telefónica el Sr. Craig Miles, el Sr. Rodrigo Castillo, el Dr. Guido Santiago Tawil y el Sr. Francisco Gutiérrez, en representación de Azurix; y el Dr. Gabriel Bottini, el Profesor Philippe Sands, la Sra. Gisela Makowski y la Sra. María Alejandra Etchegorry, en representación de la República Argentina. Durante esta conferencia telefónica, las partes acordaron la forma de celebración de la audiencia sobre anulación. Estos acuerdos se vieron reflejados en la Orden Procesal N° 1 del Comité, del 10 de septiembre de 2008.
19. Por medio de la carta del 16 de septiembre de 2008, Azurix presentó documentos adicionales para la audiencia. Por medio de un correo electrónico del 17 de septiembre de 2008, Argentina presentó documentos adicionales, incluidas unas listas conteniendo nuevos Anexos y Autoridades Legales.
20. Conforme a lo acordado, se realizó una audiencia de dos días en las oficinas del Banco Mundial en París, el 29 y 30 de septiembre de 2008. Los abogados expusieron sus argumentos, realizaron sus peticiones y respondieron a las preguntas de los Miembros del Comité. Estuvieron presentes en la audiencia:
 - los miembros del Comité: el Dr. Gavan Griffith Q.C., Presidente; el Juez Bola Ajibola y el Sr. Michael Hwang S.C.;
 - los representantes de Azurix: el Sr. R. Doak Bishop, el Sr. Craig Miles y la Sra. Nanni Kerrie de King & Spalding; el Dr. Guido Santiago Tawil, el Sr. Francisco Gutiérrez y el Sr. Federico Campolieti de M. & M. Bomchil, y el Sr. Rod Castillo de Azurix Corp.; y

- los representantes de la República Argentina: el Sr. Adolfo Gustavo Scrinzi, el Dr. Gabriel Bottini, el Sr. Ignacio Pérez Cortés, el Sr. Nicolás Diana, la Sra. Verónica Lavista y la Sra. María Alejandra Etchegorry de la Procuración del Tesoro de la Nación; la Sra. Guillermina Cinti de la Provincia de Buenos Aires; el Profesor Philippe Sands de Matrix Chambers y de la University College London; el Sr. Zachary Douglas de Matrix Chambers y de la Cambridge University; la Sra. Penny Martin de la University College London; y Alejandro Daniel Korn y Jonathan Etra de Ferrel Law: y
 - la asistente legal del Comité: la Sra. Freya Baetens;
21. Tras la decisión emitida por el Comité el 29 de septiembre de 2008 sobre la inadmisibilidad de los informes periciales presentados por las partes, el 10 de octubre de 2008 las partes presentaron cartas donde identificaron los párrafos particulares de sus informes periciales en los cuales basaban parte de sus alegaciones, las partes presentaron posteriormente sus objeciones respectivas el 17 de octubre de 2008.
 22. El 24 de agosto de 2009, el Comité declaró el cierre del procedimiento de conformidad con la Regla de Arbitraje 38.
 23. Durante el procedimiento, los Miembros del Comité deliberaron a través de distintos medios de comunicación y consideraron todos los escritos, los documentos y los testimonios que se les presentaron, incluidos los documentos presentados en la audiencia.

B. La diferencia

24. En 1996, la Provincia de Buenos Aires (la “Provincia”) inició el proceso de privatización de los servicios de la Administración General de Obras Sanitarias de la Provincia de Buenos Aires (“AGOSBA”), la compañía de propiedad de la Provincia y operada por ésta que prestaba servicios de agua potable y saneamiento en la Provincia. La

Provincia promulgó la Ley 11.820 (“la Ley”), por la que creó el marco regulatorio para la privatización de los servicios de AGOSBA. Se otorgaría al futuro operador de los servicios de agua una concesión, que sería supervisada y regulada por una nueva autoridad reguladora establecida a esos efectos, el Organismo Regulador de Aguas Bonaerense (“ORAB”). El concesionario debía ser una sociedad constituida en Argentina. La Provincia contrató a Schroeders Argentina S.A. (“Schroeders”) como asesora para la privatización de AGOSBA y pidió a Schroeders que distribuyera un documento informativo entre posibles inversores. Schroeders envió el documento a ENRON Corporation (“ENRON”), una compañía americana invitándolo a participar en la licitación. ENRON pidió a la empresa consultora Hytsa Estudios y Proyectos (“Hytsa”), un informe preliminar sobre la información suministrada por la Provincia y sus operaciones.

25. El proceso de privatización estuvo a cargo de la Comisión Privatizadora, que ofertó la concesión en el mercado internacional basándose en la Ley y en un conjunto de documentos contractuales preparados conforme a ella por el ORAB, entre ellos el Pliego de Bases y Condiciones de la licitación (“el Pliego de Bases y Condiciones”) y un borrador del Contrato de Concesión.
26. Dos sociedades del grupo Azurix específicamente constituidas con ese fin presentaron una propuesta: Azurix AGOSBA S.R.L. (“AAS”) y Operadora de Buenos Aires S.R.L. (“OBA”). AAS y OBA son compañías subsidiarias indirectas de Azurix. AAS está registrada en Argentina y pertenece en un 0,1% a Azurix y en un 99,9% a Azurix Argentina Holdings Inc. (sociedad constituida en Delaware), que a su vez es de propiedad plena de Azurix. OBA, también registrada en Argentina, es de propiedad plena de Azurix Agosba Holdings Limited, registrada en las Islas Caimán. Azurix es propietaria del 100% de las acciones de Azurix Agosba Holdings Limited.
27. Una vez que les fue adjudicada la oferta, AAS y OBA constituyeron Azurix Buenos Aires S.A. (“ABA”) en Argentina para que actuara como

concesionaria. El 30 de junio de 1999, ABA (denominada también “la Concesionaria”) pagó a la Provincia un "canon" de 438.555.554 pesos argentinos ("el Canon")³. Con el pago del Canon, ABA, AGOSBA y la Provincia ejecutaron el Contrato de Concesión, que confería a ABA una concesión por 30 años para la distribución de agua potable y el tratamiento y la eliminación de aguas residuales en la Provincia (“la Concesión”). El traspaso del servicio tuvo lugar el 1 de julio de 1999.

28. Azurix declaró conocer y aceptar las condiciones de la licitación y se comprometió a adoptar todas las medidas que garantizaran que OBA cumpliera las obligaciones estipuladas en dicha licitación y el Contrato de Concesión como operador de la Concesión durante los primeros 12 años de operación. Del mismo modo, Azurix aceptó ser solidariamente responsable de las obligaciones de AAS y no introducir cambios en el control de AAS durante los primeros seis años de la Concesión.
29. Durante el procedimiento Azurix mantuvo que :
 - (a) su inversión en Argentina ha sido expropiada a través de medidas adoptadas por ésta que equivalen a una expropiación y que, además, Argentina había violado sus obligaciones bajo el TBI de aplicar un trato justo y equitativo, no discriminar y otorgar protección y seguridad plenas a la inversión;
 - (b) dichas medidas son acciones u omisiones de la Provincia o sus instituciones que resultaron en la no aplicación del régimen tarifario de la Concesión por razones políticas;
 - (c) la Provincia no terminó ciertas obras que habrían puesto remedio a problemas históricos y que debían ser transferidas a la Concesionaria una vez terminadas;

³ En la fecha en que se pagó el Canon, el peso argentino tenía una paridad de uno a uno con el dólar de los Estados Unidos. La paridad del peso argentino con el dólar estadounidense se mantuvo hasta el 31 de diciembre de 2001, cuando Argentina estableció el sistema de “pesificación” como respuesta a su crisis económica. (*Azurix Corp. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/12, Decisión sobre Jurisdicción, 8 de diciembre, 2003 [“Decisión sobre Jurisdicción”], Nota al pie 1).

- (d) la falta de apoyo al régimen de la Concesión impidió que ABA obtuviera financiamiento para su Plan Quinquenal;
 - (e) en 2001, la Provincia negó que el Canon fuese recuperable a través de las tarifas, y
 - (f) *“los intereses políticos siempre prevalecían sobre la integridad financiera de la Concesión”⁴, y “sin esperanzas de recuperar sus inversiones en el esquema regulatorio politizado, ABA notificó la rescisión de la Concesión y se vio forzada a presentarse en concurso de quiebra”⁵.*
30. Argentina ha rebatido las afirmaciones de Azurix. Para Argentina, la controversia es de carácter contractual y las dificultades con que tropezó la Concesionaria en la Provincia son de su propia creación. En particular, la Demandada ha alegado que:
- (a) el caso presentado por Azurix está íntimamente ligado a las prácticas comerciales de ENRON y a la quiebra de esa empresa;
 - (b) el precio pagado por la Concesión era excesivo y oportunista y guardaba relación con la oferta pública de acciones que Azurix iba a hacer en el momento de presentarse a la licitación de la Concesión a través de AAS y OBA; y
 - (c) la Concesionaria no cumplió con el Contrato de Concesión, en particular sus obligaciones de inversión, y las acciones de la Provincia, entre ellas la rescisión del Contrato de Concesión, estaban justificadas.
31. El 19 de septiembre de 2001, Azurix presentó ante el CIADI una solicitud de arbitraje contra la República Argentina. basada en las supuestas violaciones de ciertos artículos del Tratado entre la República Argentina y los Estados Unidos de América sobre

⁴ Laudo, párr. 43 en referencia al Memorial de Azurix, pág. 7.
⁵ *Ibíd.*

Promoción y Protección Recíproca de Inversiones de 1991 (“TBI”)⁶. Azurix alega que el tratamiento que Argentina le brindó a la inversión fue equivalente a una expropiación; que Argentina no le otorgó un trato justo y equitativo, ni protección y seguridad a la inversión de Azurix; que Argentina no cumplió con las obligaciones contraídas con respecto a la inversión de Azurix y que actuó en forma arbitraria y sin transparencia. El tribunal arbitral (el “Tribunal”) quedó debidamente constituido el 8 de abril de 2002.

32. El Tribunal emitió una decisión sobre su jurisdicción (la “Decisión sobre Jurisdicción”) el 8 de diciembre de 2003, en la que concluyó que:

(a) *Azurix ha demostrado que, prima facie, tiene derecho a reclamar contra Argentina por incumplimiento de las obligaciones que Argentina tenía para con Azurix en virtud del APPRI;*

(b) *Azurix tiene ius standi para presentar esta reclamación, y*

(c) *la presente diferencia se encuentra dentro de la jurisdicción del Centro y la competencia del Tribunal*⁷.

33. La audiencia sobre el fondo de la diferencia se celebró del 4 al 13 de octubre de 2004, y los escritos posteriores a la audiencia se presentaron el 30 de noviembre de 2004. El 29 de noviembre de 2004, Argentina presentó una propuesta en la que se oponía a la designación del Dr. Rigo Sureda como Presidente del Tribunal, de conformidad con el Artículo 57 del CIADI y a la Regla de Arbitraje del CIADI 9(6).

34. El Dr. Rigo Sureda defendió su posición en una carta del 10 de diciembre de 2004, que Argentina comentó el 30 de diciembre de 2004. El 28 de enero de 2005 y el 1 de febrero de 2005, los abogados de Azurix enviaron correspondencia adicional, donde elaboraron

⁶ Suscripto el 14 de noviembre, 1991; en vigencia a partir del 20 de octubre, 1994.
⁷ Decisión sobre Jurisdicción, párr. 102.

sobre la revelación respecto a la representación de una compañía afiliada a Azurix Corp. y una afiliada a Enron Corp. por parte de Fulbright & Jaworski (ver adelante los párrafos 261 a 266).

35. El 25 de febrero de 2005, los dos coárbitros del Dr. Rigo Sureda emitieron su decisión sobre la Propuesta de Recusación del Dr. Rigo Sureda (la “Decisión sobre Recusación”)⁸, donde concluyeron que:

Sobre la base de cualquier parámetro razonable, en el caso que nos ocupa no es posible afirmar que la parte que presenta esta propuesta ha actuado con prontitud.[...]

*[...] Por lo tanto, el Tribunal concluye que Argentina ha renunciado a su derecho a petitionar la recusación del Dr. Rigo en razón de no haber reaccionado con la prontitud exigida en las Reglas 9 y 27 de las Reglas de Arbitraje [...]*⁹.

36. El Tribunal también desestimó la recusación del Dr. Rigo Sureda sobre la base de que:

Resulta difícil concluir que esta situación llevaría a una “relación de juez y parte” como alega Argentina. Asimismo, pretender que, debido a su designación, el Dr. Tawil de algún modo “tendría autoridad” sobre el Dr. Rigo simplemente porque es miembro del estudio jurídico que lo designó como árbitro en un caso totalmente diferente del caso en que se desempeña el Dr. Rigo sería sin duda forzar cualquier concepto razonable de las facultades de los árbitros.

37. En el Laudo del 14 de julio de 2006, el Tribunal tomó la siguiente decisión unánime:

1. *Que la Demandada no infringió el Artículo IV(1) del TBI [la cláusula de expropiación].*
2. *Que la Demandada infringió el Artículo II(2)(a) del TBI al no dispensar un tratamiento justo y equitativo a la inversión de Azurix.*

⁸ *Azurix Corp. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/12, Decisión sobre la Recusación del Presidente del Tribunal, 25 de febrero, 2005 (la “Decisión sobre Recusación”).

⁹ Decisión sobre Recusación, párr. 7–8.

3. *Que la Demandada no otorgó a la inversión de Azurix la entera protección y seguridad que le caben según lo dispuesto en el Artículo II(2)(a) del TBI.*
4. *Que la Demandada infringió el Artículo II(2)(b) del TBI al adoptar medidas arbitrarias que menoscabaron el uso y goce de la inversión por parte de Azurix.*
5. *Ordenar el pago como indemnización a Azurix por concepto del justo valor de mercado de la Concesión el monto de US\$165.240.753 (ciento sesenta y cinco millones doscientos cuarenta mil setecientos cincuenta y tres dólares de Estados Unidos), que incluye parte del monto de las inversiones adicionales hechas por Azurix para financiar a ABA.*
6. *Ordenar el pago de intereses compuestos semi-
anuales sobre el monto referido en el párrafo 5:
(i) desde el 12 de marzo de 2002 hasta el 30 de junio de, 2006, a la tasa de 2.44%, que es la tasa de interés promedio aplicable a los certificados de depósito a seis meses en dólares de los Estados Unidos durante ese período, y (ii) a partir de los 60 días siguientes a la fecha de despacho a las partes del presente laudo hasta que tal monto haya sido totalmente pagado a la tasa de interés promedio aplicable a los certificados de depósitos a seis meses en dólares de Estados Unidos.*
7. *Que cada parte se hará cargo de sus propios gastos y honorarios de sus abogados, y que la Demandada se hará cargo de los honorarios y gastos de los árbitros y las costas del Secretariado del CIADI excepto por la suma de US\$34.496 (treinta cuatro mil cuatrocientos noventa y seis dólares de Estados Unidos) que correrá a cargo de la Demandante.*
8. *Desestimar toda otra reclamación¹⁰.*

38. Argentina le solicita al Comité la anulación de dicho Laudo.

¹⁰ *Azurix Corp. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/12, Laudo, 14 de julio, 2006 (el "Laudo"), párr. 442.

C. Causales de anulación

(a) Introducción

39. El Artículo 52(1) del Convenio CIADI establece que:

- (1) *Cualquiera de las partes podrá solicitar la anulación del laudo mediante escrito dirigido al Secretario General fundado en una o más de las siguientes causas:*
- (a) *que el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente;*
 - (b) *que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades;*
 - (c) *que hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal;*
 - (d) *que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; o*
 - (e) *que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde.*

40. En el presente caso, Argentina identifica varias cuestiones que considera causas de anulación, en relación con las conclusiones del Tribunal sobre la jurisdicción y sobre el derecho aplicable, con su consideración de la prueba ofrecida, con la constitución del Tribunal y con su cálculo de los daños. Argentina se funda en cuatro de las cinco causas de anulación previstas por el Convenio CIADI, a saber, aquellas enunciadas en los incisos (a), (b), (d) y (e) del Artículo 52(1).

41. Un laudo CIADI no puede ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en el Convenio CIADI¹¹. Por ende, los procedimientos de anulación conforme al Artículo 52 del Convenio CIADI, un comité *ad hoc* no es un tribunal de apelaciones, y no puede considerar los aspectos sustanciales de la diferencia¹², sino

¹¹ Convenio CIADI, Artículo 53(1).

¹² *Industria Nacional de Alimentos, S.A. y Indalsa Perú, S.A. (ex Empresas Lucchetti, S.A. y Lucchetti Perú, S.A.) c. República de Perú*, Caso CIADI No. ARB/03/4, Decisión sobre Solicitud de Anulación, 5 de septiembre, 2007 (“Decisión sobre Anulación *Lucchetti*”), párr. 101; *MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. c. República de Chile*, Caso CIADI No. ARB/01/7, Decisión sobre Solicitud de Anulación, 21 de marzo, 2007 (“Decisión sobre Anulación *MTD*”) párrs. 52-54; *Hussein Nuaman Soufraki c. United Arab Emirates*, Caso CIADI No. ARB/02/7, Decisión sobre Solicitud de Anulación, 5 de junio, 2007 (“Decisión sobre Anulación *Soufraki*”), párr. 20; *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH y otros c. República Unida de Camerún y Société Camerounaise des Engrais*, Caso CIADI No. ARB/81/2, Decisión sobre Solicitud de Anulación, 3 de mayo, 1985

que sólo puede determinar si el laudo debe anularse o no en virtud de una de las causas detalladas en el Artículo 52(1)¹³.

42. Por ejemplo, en la Decisión sobre Anulación *MTD* se sostuvo que la anulación tiene una función limitada, dado que un comité:

... no puede sustituir la determinación del tribunal sobre los méritos de la disputa, ni puede dirigir a un tribunal, reasumiendo el caso, sobre la forma en que debe resolver los aspectos sustanciales en litigio. Todo lo que puede hacer es anular la decisión del tribunal: puede extinguir la res judicata pero sobre una cuestión de méritos, más no puede crear una nueva. Una aproximación más intervencionista de los Comités sobre los méritos de las disputas tendría el riesgo de un ciclo renovado de tribunal y procedimientos de anulación, del tipo observado en Klöckner y AMCO¹⁴.

(“Decisión sobre Anulación *Klöckner*”), párr. 61; *Amco Asia Corporation y otros c. República de Indonesia*, Caso CIADI No. ARB/81/1, Decisión sobre Solicitud de Anulación, 17 de diciembre, 1992 (“Decisión sobre Anulación *Amco*”) 39 (párr. 7.19), 51 (párr. 8.08); *Maritime International Nominees Establishment c. República de Guinea*, Caso CIADI No. ARB/84/4, Decisión sobre Solicitud de Anulación, 22 de diciembre, 1989 (“Decisión sobre Anulación *MINE*”) 87 (párr. 5.04), 88 (párr. 5.08); *Wena Hotels Limited c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/98/4, Decisión sobre Solicitud de Anulación, 5 de febrero, 2002, (“Decisión sobre Anulación *Wena Hotels*”) 135 (párr. 18); *CDC Group plc c. República de Seychelles*, Caso CIADI No. ARB/02/14, Decisión sobre Solicitud de Anulación, 29 de junio, 2005, (“Decisión sobre Anulación *CDC*”) 248-250 (párrs. 34-37); *Patrick Mitchell c. República Democrática del Congo*, Caso CIADI No. ARB/99/7, Decisión sobre Solicitud de Anulación, 9 de febrero, 2004 (“Decisión sobre Anulación *Mitchell*”), párr. 21; Decisión sobre Anulación *CMS*, párr. 43.

¹³ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3, (primera Anulación), Decisión sobre Solicitud de Anulación, 3 de julio, 2002, (“Decisión sobre Anulación *Vivendi*”) 357-8, párr. 62 (cita otras fuentes), 64; Decisión sobre Anulación *Klöckner* párrs. 3, 83; Decisión sobre Anulación *MTD*, párr. 90; Decisión sobre Anulación *Soufraki*, párr. 23.

¹⁴ Decisión sobre Anulación *MTD*, párr. 54. También Decisión sobre Anulación *MINE*, párr. 4.02 (“incluso dentro del marco del Convenio [el laudo] no está sujeto a la revisión de los méritos”) y párr. 4.04 (“La anulación no es un recurso contra una decisión incorrecta. En consecuencia, un Comité ad hoc no puede de hecho revertir un laudo sobre los méritos, bajo el disimulo de la aplicación del Artículo 52”). También Decisión sobre Anulación *CMS*, párrs. 43-44: “No puede [el Comité] sustituir la determinación del tribunal sobre los méritos de la disputa, ni puede dirigir a un tribunal, reasumiendo el caso, sobre la forma en que debe resolver los aspectos sustanciales en litigio. Todo lo que puede hacer es anular la decisión del tribunal: puede extinguir la res judicata pero sobre una cuestión de méritos, más no puede crear una nueva”. También Decisión sobre Anulación *Soufraki*, párr. 24.

(b) Constitución incorrecta del Tribunal (Artículo 52(1)(a))

43. El Artículo 57 permite la recusación de un árbitro “*por la carencia manifiesta de las cualidades exigidas por el apartado (1) del Artículo 14*”. El Artículo 14(1) establece que “[l]as personas designadas para figurar en las Listas deberán... inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio”.
44. El alcance de esta causal de anulación se analiza en los párrafos 274-284 (principios aplicables) y 286-292 (la posición del Comité) de la presente Decisión.

(c) Extralimitación manifiesta en las facultades del Tribunal (Artículo 52(1) (b))

45. Esta causal de anulación se verifica cuando el Tribunal no tiene jurisdicción, por ejemplo, porque la diferencia no está contemplada en el acuerdo de arbitraje. Como establecieron los comités *ad hoc* en la Decisión sobre Anulación *Klöckner I* y la Decisión sobre Anulación *CMS*:

la falta de jurisdicción de un tribunal arbitral, sea parcial o total, se encuadra necesariamente dentro del alcance de la “extralimitación en las facultades” contemplada en el Artículo 52 (1) (b)¹⁵.

46. No obstante, la causal de extralimitación manifiesta en las facultades no se limita a la falta de jurisdicción. Esta causal de anulación también se puede verificar cuando el Tribunal ignora el derecho aplicable o funda el laudo en un derecho distinto al derecho aplicable conforme al Artículo 42 del Convenio CIADI¹⁶. Como sostuvo el comité *ad hoc* en la Decisión sobre Anulación *CMS*:

Una omisión absoluta en la aplicación del derecho a que está obligado el Tribunal conforme al Artículo

¹⁵ Decisión sobre Anulación *Klöckner*, párr. 4.

¹⁶ Decisión sobre Anulación *Klöckner*, párr. 59; Decisión sobre Anulación *MINE*, párr. 5.03; Decisión sobre Anulación *CMS*, párr. 49; Decisión sobre Anulación *Lucchetti*, párr. 98; Decisión sobre Anulación *MTD*, párr. 44; Decisión sobre Anulación *Soufraki*, párr. 45.

42(1) del Convenio del CIADI también puede constituir una extralimitación manifiesta de sus facultades¹⁷.

47. Sin embargo, hay una diferencia entre la *omisión de la aplicación* del derecho aplicable (que es una causal de anulación) y la *aplicación incorrecta* del derecho aplicable (que no lo es)¹⁸, aunque no siempre sea fácil hacer esta distinción. En la Decisión sobre Anulación *MINE* se estableció que:

Debe trazarse una distinción entre el desconocimiento voluntario de las normas aplicables del derecho y una aplicación errónea de esas normas que, aun cuando sea manifiestamente injustificada, no constituye causal de anulación¹⁹.

Al mismo tenor, en la Decisión sobre Anulación *CMS* se sostuvo que:

El Comité recuerda, una vez más, que sólo tiene una jurisdicción limitada con arreglo al Artículo 52 del Convenio CIADI. En concreto, lisa y llanamente el Comité no puede imponer su visión del derecho y apreciación de los hechos sobre los del Tribunal. A pesar de los errores y vacíos identificados en el Laudo, en definitiva el Tribunal aplicó el Artículo XI del Tratado, aun si lo fue en forma ambigua y defectuosa. Por lo tanto, no existió extralimitación manifiesta de facultades²⁰.

48. Asimismo, como se observó en la Decisión sobre Anulación *MTD*, el Artículo 52(1)(b) del Convenio CIADI exige expresamente que:

el error debe ser “manifiesto”, e indiscutible, no es suficiente un malentendido (y menos aún un desacuerdo) respecto del contenido de una norma particular)²¹.

¹⁷ Decisión sobre Anulación *CMS*, párr. 49.

¹⁸ Decisión sobre Anulación *MINE*, párr. 5.04; Decisión sobre Anulación *CMS*, párr. 50-51; *Repsol YPF Ecuador S.A. c. Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, Caso CIADI No. ARB/01/10, Decisión sobre Solicitud de Anulación, 8 de enero, 2007 (“Decisión sobre Anulación *Repsol*”), párr. 38; Decisión sobre Anulación *Soufraki*, párr. 85; Decisión sobre Anulación *Lucchetti*, párr. 112; Decisión sobre Anulación *MTD*, párr. 45-49.

¹⁹ Decisión sobre Anulación *MINE*, párr. 5.04.

²⁰ Decisión sobre Anulación *CMS*, párr. 136.

²¹ Decisión sobre Anulación *MTD*, párr. 47.

(d) Quebrantamiento grave de una norma de procedimiento (Artículo 52(1)(d))

49. Como se estableció en la Decisión sobre Anulación *Vivendi*:

Conforme al Artículo 52 (1) (d), el énfasis está puesto en el término “norma de procedimiento”, es decir, en la manera en que el Tribunal procedió, no en el contenido de su decisión²².

50. Los términos del Artículo 52(1)(d) indican que para que se verifique esta causa, el quebrantamiento de la norma de procedimiento no sólo debe ser “grave”, sino que además, la norma de procedimiento en cuestión debe ser “fundamental”²³.

51. En la Decisión sobre Anulación *Wena Hotels* también se sostuvo que:

Para constituir un quebrantamiento “grave” de la norma de procedimiento, la violación de la norma debe haber hecho que el Tribunal arribe a un resultado considerablemente distinto al que hubiera arribado si hubiera observado la norma²⁴.

52. Este punto se desarrolló en la Decisión sobre Anulación *MINE*:

Un primer comentario sobre esta disposición se refiere al término “grave”. Para constituir una causal de anulación, el quebrantamiento de una “norma de procedimiento fundamental” debe ser grave. El Comité considera que esto establece criterios tanto cuantitativos como cualitativos: el quebrantamiento debe ser sustancial y debe privar a la parte del beneficio o la protección que la norma intentaba proporcionar.

Un segundo comentario se refiere al término “fundamental”: incluso un quebrantamiento grave de una norma de procedimiento será insuficiente para llevar a la anulación si la norma no es “fundamental”. El Comité considera que un ejemplo claro de una norma fundamental es el del Artículo 18 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, que establece que: “[d]eberá tratarse a las partes con igualdad y darse

²² Decisión sobre Anulación *Vivendi*, párr. 83.

²³ Decisión sobre Anulación *MINE*, párrs. 5.05 y 5.06; Decisión sobre Anulación *MTD*, párr. 49.

²⁴ Decisión sobre Anulación *Wena Hotels*, párr. 48.

a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos”. No se debe entender que el término “norma de procedimiento fundamental” incluye necesariamente a todas las Reglas de Arbitraje aprobadas por el Centro²⁵.

(e) Omisión de la expresión de los motivos (Artículo 52(1)(e))

53. En general, se acepta que esta causal de anulación se aplica únicamente en los casos en los que queda claro que el Tribunal no expresó los motivos sobre los que se funda el laudo, pero no en los casos en los que el Tribunal sólo omitió la expresión de motivos convincentes y correctos. En la Decisión sobre Anulación *MINE* se estableció que:

[E]l requisito de que un laudo tiene que estar fundado implica que el mismo debe permitir al lector seguir el razonamiento del Tribunal sobre puntos de hecho y de derecho. Supone eso y nada más que eso. Lo adecuado del razonamiento no es un estándar de revisión apropiado bajo el párrafo 1(e)[...]

En la opinión del Comité, el requisito de que se expresen los motivos se cumple toda vez que el laudo permita al lector seguir el camino mediante el cual el tribunal pasó del Punto A al Punto B, y finalmente a su conclusión, incluso en el caso de haber cometido un error de hecho o de derecho. Este requisito mínimo no se satisface, en particular, por motivos contradictorios o frívolos²⁶.

54. Del mismo modo, en la Decisión sobre Anulación *Wena Hotels* el comité *ad hoc* consideró que:

Ni el Artículo 48(3) ni el Artículo 52(1)(e) detallan el modo en el que el Tribunal debe expresar sus motivos. El objetivo de ambas disposiciones es garantizar que las Partes puedan entender el razonamiento del Tribunal. Este objetivo no requiere que conste cada motivo en forma expresa. Las razones del Tribunal pueden estar implícitas en las consideraciones y conclusiones contenidas en el laudo, siempre que sea posible inferirlas

²⁵ Decisión sobre Anulación *MINE* párrs. 5.05-5.06.

²⁶ Decisión sobre Anulación *MINE* párrs. 5.08-5.09.

*razonablemente a partir de los términos empleados en la decisión*²⁷.

*Por la naturaleza misma de esta causal de anulación, en el caso de que el laudo presente una omisión de los motivos, que se pueda objetar dentro del sentido y el alcance del Artículo 52(1)(e), no es necesario que la reparación sea la anulación del laudo. El objetivo de esta causal de anulación en particular no es que el laudo sea revertido sobre los méritos, sino permitirle a las partes comprender la decisión pronunciada por el Tribunal. Si el laudo no satisface el requisito mínimo con respecto a la expresión de motivos del Tribunal, no necesariamente debe presentárselo a un nuevo Tribunal. Si el comité ad hoc así lo decide, sobre la base de la información que ha recibido sobre la diferencia, el mismo comité puede explicar los motivos en que se fundan las conclusiones del Tribunal*²⁸.

55. En la Decisión sobre Anulación *Vivendi*, el comité *ad hoc* agregó en este sentido que:

[S]e acepta tanto en los casos como en la literatura que el Artículo 52 (1)(e) se refiere a la omisión de expresar motivo alguno respecto de todo o parte de un laudo, no a la falta de expresión de razones correctas o convincentes... Siempre y cuando las razones que dé un tribunal puedan ser comprendidas y se relacionen con las cuestiones tratadas ante el tribunal, la exactitud de las mismas no es pertinente. Más aún, los motivos pueden manifestarse en forma sucinta o con todo detalle, y las diferentes tradiciones judiciales difieren en su manera de expresar las razones. Debe permitirse a los tribunales cierta discrecionalidad en cuanto al modo en que expresan sus razones.

En la opinión del Comité, la anulación conforme al Artículo 52 (1)(e) sólo debe ocurrir en un caso muy manifiesto. En opinión del Comité, es necesario que se satisfagan dos requisitos: en primer término, que la omisión de expresar los motivos en que se fundó el Laudo debe suponer que la decisión sobre una cuestión en particular carece de cualquier justificación expresa y, en segundo término, que esa cuestión debe ser en sí misma necesaria para la

²⁷ Decisión sobre Anulación *Wena*, párr. 81.

²⁸ Decisión sobre Anulación *Wena Hotels*, párr. 83.

decisión del tribunal. Suele decirse que las razones contradictorias se cancelan recíprocamente, y así debe suceder si son genuinamente contradictorias. Pero en ocasiones los tribunales deben compensar consideraciones conflictivas una con otras, y un comité ad hoc debe tener mucho cuidado en no discernir que hay una contradicción cuando lo que en efecto se expresa en los fundamentos de un tribunal, según podría decirse con mayor exactitud, no es sino el reflejo de tales consideraciones conflictivas²⁹.

56. Ergo, en la Decisión sobre Anulación CMS, el comité *ad hoc* concluyó que esta causal de anulación no se había verificado, debido a que:

aunque la fundamentación del Laudo ciertamente pudo haber sido más clara, un lector atento puede seguir el razonamiento implícito del Tribunal³⁰.

D. Reclamaciones derivadas

(a) Introducción

57. Durante el curso del procedimiento en el que Argentina se opuso a la Jurisdicción del Tribunal, Argentina objetó que Azurix no estaba legitimada para reclamar los derechos que surgieran de la Concesión. Argentina alegó que como la Concesión era un contrato entre la Provincia y ABA, sólo ABA podía reclamar los derechos que surgieran de la Concesión contra la Provincia. Argentina sostuvo que, al ser sólo un accionista de ABA, Azurix no estaba legitimada para presentar “reclamaciones indirectas” o “reclamaciones derivadas” en relación con los derechos contractuales de ABA.
58. Si bien el Tribunal consideró que esta objeción a la jurisdicción se había realizado fuera de término, dado que se presentó en la Dúplica de Jurisdicción, decidió que las cuestiones planteadas eran de una

²⁹ Decisión sobre Anulación *Vivendi*, párrs. 64-65.

³⁰ Decisión sobre Anulación CMS, párr. 127.

magnitud tal que el Tribunal debía considerarlas de oficio en virtud de la Regla de Arbitraje del CIADI 41(2)³¹.

59. El Tribunal concluyó que, a la luz del amplio significado del término “inversión” según la definición del Artículo I.1(a) del TBI, las disposiciones del TBI protegen las reclamaciones indirectas. Además, el Tribunal consideró que esta conclusión coincidía con las decisiones de los tribunales que habían interpretado la misma disposición del mismo TBI o disposiciones similares en otros TBI de los que Argentina es parte³². El Tribunal afirmó la legitimación de Azurix en este caso, al considerar que Azurix era el inversor que realizó la inversión por medio de subsidiarias que eran de su propiedad y estaban bajo su control en forma indirecta³³. Por ello, el Tribunal desestimó la objeción a la jurisdicción.
60. En su Solicitud de Anulación, Argentina sostiene que el Tribunal se extralimitó en sus poderes en forma manifiesta, dentro del alcance del Artículo 52(1)(b) del Convenio CIADI; al ejercitar la jurisdicción sobre la reclamación de indemnización por daños de Azurix, ya que todas las reclamaciones de Azurix aducían que la Provincia había interferido con los derechos que emergían o se relacionaban con la Concesión, de la cual ABA, y no Azurix, era parte. Asimismo, Argentina sostiene además que Azurix contrajo las pérdidas que alega sólo en forma derivada, a través de su participación indirecta en ABA, pero el Tribunal le concedió a Azurix una indemnización equivalente al valor justo de mercado del Contrato de Concesión, como si no existiera la distinción societaria entre Azurix y ABA³⁴.

(b) Argumentos de las Partes

61. Entre otras cosas, Argentina argumenta que:

³¹ Decisión sobre Jurisdicción, párr. 68.

³² Decisión sobre Jurisdicción, párr. 73.

³³ Decisión sobre Jurisdicción, párr. 74.

³⁴ Solicitud de Anulación, párrs. 19-22.

- (a) El hecho de que el Tribunal tuviera jurisdicción sobre Azurix no significa que tuviera jurisdicción sobre cualquier tipo de reclamación presentada por Azurix en calidad de accionista de ABA. Si bien un accionista de la nacionalidad requerida tiene la capacidad o la legitimación de un inversor, conforme al tratado, la cuestión del alcance de las reclamaciones que puede realizar un accionista en dicha calidad es un asunto completamente diferente.
- (b) Los derechos sustantivos que corresponden a las acciones de una sociedad es una cuestión que sólo puede ser resuelta por el *lex societatis*, ya que ni los tratados de inversiones ni el derecho internacional en general se refieren a los derechos de los accionistas³⁵. Una característica fundamental de las sociedades, que no se puede ignorar en el contexto de los tratados de inversiones, es que es una entidad legal distinta de sus accionistas, con derechos y responsabilidades absolutamente independientes de los de aquéllos. Una persona no tiene el derecho individual de iniciar acciones contra terceros por daños causados a la sociedad en que participa, incluso si los accionistas son perjudicados por el daño causado a la sociedad, por ejemplo, si sufren una reducción en el valor de sus acciones.
- (c) El Tribunal omitió distinguir entre el derecho procesal de un accionista a iniciar una reclamación en virtud de un tratado de inversiones de los derechos sustantivos que pueden constituir el objeto de tal reclamación. Asimismo, el Tribunal omitió expresar de los motivos por los que decidió extender los derechos de Azurix en calidad de accionista más allá de los derechos que se le reconocen en el sistema legal interno.

³⁵ Invocando el *Caso sobre la empresa Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Bélgica c. España)*, Segunda Fase, Sentencia, Informes de la C.I.J de 1970, pág. 3 (“*Caso Barcelona Traction*”), párrs. 33-34.

- (d) Los derechos de ABA conforme a la Concesión no podrían ser un tipo de “*derecho conferido por ley o por contrato*” con arreglo al Artículo I(1)(a)(v) del TBI, dado que un derecho emergente de una relación de la cual Azurix no es parte, no puede constituir una inversión de Azurix.
- (e) Los laudos emitidos en otros casos, en los que se tomó la postura de permitir que los accionistas presenten reclamaciones indirectas con respecto a la disminución del valor de sus acciones, ignoran los límites básicos de los derechos que corresponden a las acciones en todos los sistemas legales internos. No existe ninguna doctrina ni precedente en los procesos arbitrales sobre tratados de inversiones, y el Comité debe decidir este caso sobre la base de la fuerza de los argumentos legales desarrollados por cada una de las partes.
- (f) Al redactar el Convenio CIADI, los redactores consideraron y desestimaron la posibilidad de conceder la acción directa a los accionistas controlantes de las sociedades locales. En cambio, se incluyó la posibilidad contemplada en el Artículo 25(2)(b) del Convenio CIADI, que garantiza que la indemnización se pague a la sociedad, y no a los accionistas, para proteger los derechos de los acreedores de la sociedad y de terceros, y que, a su vez, elimina la posibilidad de que una sociedad local y sus accionistas incoen distintas reclamaciones en distintos fueros, con respecto al mismo daño. En virtud del Artículo 25(2)(b), si Azurix controlaba a ABA, tenía la obligación de iniciar las reclamaciones en virtud del TBI y del Convenio CIADI en nombre y a cuenta de ABA³⁶. La decisión del Tribunal deja de lado los requisitos del Artículo 25(2)(b), despojándolo de todo sentido.

³⁶ En referencia a Christoph Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, 291 (CUP 2001).

- (g) En los casos en que los tratados de inversiones permiten que se inicien reclamaciones en nombre de una sociedad local, insisten en que la reclamación se inicie a nombre de la sociedad local y que la indemnización que se pudiera otorgar se abone a la sociedad y no al accionista controlante³⁷.
- (h) Si las indemnizaciones por daños se pagaran directamente a los accionistas, entonces (1) los derechos de los acreedores de la sociedad se podrían ver perjudicados si la sociedad no pudiera pagar sus deudas a su vencimiento, (2) la sociedad sería efectivamente exenta del régimen tributario del estado receptor con relación a las indemnizaciones abonadas por el estado, (3) el accionista podría obviar los órganos de dirección de la sociedad al implementar una estrategia que la sociedad no avala, y habría riesgos de doble compensación, y (4) en el caso de una compañía multinacional, una única medida tomada por el estado receptor que cause perjuicio a tal sociedad tendría el potencial de generar una cantidad infinita de reclamaciones de accionistas individuales o societarios con distintos niveles de control directo o indirecto sobre la misma inversión y por el mismo daño.
- (i) A efectos del Artículo 1 del Protocolo N° I del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos, la Corte Europea de Derechos Humanos³⁸ ha establecido que, cuando los intereses de un accionista son perjudicados por una medida dirigida a la sociedad, ésta última debe tomar las acciones correspondientes.

³⁷ Citando el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, 32 I.L.M. 289 (1993) (índice, preámbulo, partes I-III) y 32 I.L.M. 605 (1993) (partes IV-VII, anexos) ("TLCAN") Artículos 1117 y 1135.

³⁸ El primer párrafo del Artículo 1 del Protocolo N° I del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos establece que: "Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional".

- (j) El argumento de Azurix de que al iniciar sus reclamaciones en virtud del TBI estaba de hecho invocando sus propios derechos, y no los de ABA, es sofisticado, ya que invocó los derechos de ABA conforme a la Concesión.
- (k) Este caso es distinto a la mayoría de los casos iniciados por accionistas contra Argentina, porque ABA estaba facultada para incoar una reclamación con arreglo al Artículo 25(2)(b), en términos del control extranjero exigido, y porque el razonamiento seguido por el Tribunal en ciertas partes del Laudo —como el rechazo de la reclamación de Azurix bajo la cláusula paraguas— se contradice con la admisión de la reclamación derivada de Azurix.

62. Entre otras cosas, Azurix argumenta que:

- (a) El argumento de Argentina ignora la naturaleza misma de la diferencia planteada ante el CIADI, en la que Azurix reclamó el hecho de que Argentina violó sus obligaciones respecto del TBI. De conformidad con el derecho argentino, Azurix invirtió en Argentina por medio de ABA, y perdió esa inversión por completo, debido a los actos y las omisiones de Argentina, que infringieron específicamente las disposiciones del TBI.
- (b) La jurisdicción del CIADI está determinada en el Artículo 25 del CIADI y se rige por los términos del instrumento que expresa el consentimiento de las partes al proceso arbitral, que, en este caso, es el TBI.
- (c) Como el Artículo 25 del Convenio CIADI no definió el término “inversión”, esa tarea se delegó, en gran parte, a los términos de los tratados bilaterales de inversión o a los otros instrumentos sobre los que se basa la jurisdicción. Tras considerar los hechos y ponderar las pruebas presentadas, el Tribunal concluyó que la inversión de Azurix satisface la definición de “inversión” del Tratado, y que las reclamaciones

de Azurix surgieron “directamente” de su inversión en Argentina.

- (d) La decisión del Tribunal es congruente con más de 14 otros del casos CIADI que han analizado la misma cuestión y han decidido en forma unánime que existía jurisdicción en las mismas circunstancias³⁹.
- (e) El Tribunal no violó el principio de la relación contractual al ejercer su jurisdicción. En cambio, distinguió entre las reclamaciones por incumplimiento contractual y las reclamaciones por incumplimiento del TBI, y rechazó varias reclamaciones de Azurix porque las consideró reclamaciones contractuales.
- (f) Varios casos CIADI han diferenciado el caso de *Barcelona Traction* y ningún panel arbitral ha interpretado ese caso al

³⁹ *CMS Gas Transmission Co. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/8, Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción, 17 de julio, 2003 (“Decisión sobre Jurisdicción CMS”); *AES Corporation c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/17, Decisión sobre Jurisdicción, 26 de abril, 2005 (“Decisión sobre Jurisdicción AES”); *LG&E Energy Corp. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/1, Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción, 30 de abril, 2004 (“Decisión sobre Jurisdicción LG&E”); *Lanco International, Inc. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/6, Decisión Preliminar sobre Jurisdicción, 8 de diciembre, 1998 (“Decisión sobre Jurisdicción Lanco”); *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/17, Decisión sobre Jurisdicción, 16 de mayo, 2006 (“Decisión sobre Jurisdicción Suez”); *Total SA c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/01, Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción, 25 de agosto, 2006 (“Decisión sobre Jurisdicción Total”); *Enron c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/3, Decisión sobre Jurisdicción (Demanda Adicional) 2 de agosto, 2004 (“Decisión sobre Jurisdicción de la Enron (Demanda Adicional)”); *Enron c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/3, Decisión sobre Jurisdicción, 14 de enero, 2004 (“Decisión sobre Jurisdicción Enron”); *Continental Casualty Company c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/9, Decisión sobre Jurisdicción, 22 de febrero, 2006 (“Decisión sobre Jurisdicción Continental Casualty”); *Gas Natural SDG, S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/10, Decisión sobre Jurisdicción, 17 de junio, 2005 (“Decisión sobre Jurisdicción Gas Natural”); *Camuzzi International S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/2, Decisión sobre Jurisdicción, 11 de mayo, 2005 (“Decisión sobre Jurisdicción Camuzzi”); *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal (ex Générale des Eaux) c. República Argentina (“Vivendi II”)*, Caso CIADI No. 97/3, Decisión sobre Jurisdicción, 14 de noviembre, 2005 (“Decisión sobre Jurisdicción Vivendi II”); *Sempra Energy International c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/16, Decisión sobre Jurisdicción, 28 de septiembre, 2007 (“Decisión sobre Jurisdicción Sempra”); *Siemens A.G. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/8, Decisión sobre Jurisdicción, 3 de agosto, 2004 (“Decisión sobre Jurisdicción Siemens”).

efecto de que un accionista extranjero no tiene derecho a reclamar la reparación del daño cuando su inversión incluye una subsidiaria nacional, como en este caso⁴⁰. En el mismo caso de *Barcelona Traction* se reconocieron los avances del derecho internacional sobre la protección de las inversiones, en especial con respecto a los tratados sobre protección de las inversiones, que pueden disponer la protección directa de los accionistas⁴¹.

- (g) Los actos y las omisiones de Argentina pueden constituir tanto violaciones del TBI, por las que Azurix puede solicitar el resarcimiento del daño ante el CIADI, como incumplimientos de la Concesión. A Azurix no se le prohíbe iniciar sus propias reclamaciones por el mero hecho de que los actos y las omisiones de Argentina también violaron la Concesión, y por lo menos otros diez Tribunales CIADI han desestimado este argumento de Argentina⁴². No es preciso referirse a las reclamaciones de Azurix como “reclamaciones derivadas”, ya que Azurix buscó el resarcimiento del perjuicio ocasionado a su inversión, y no de la violación de los derechos contractuales de ABA.
- (h) El Artículo 25(2)(b) del Convenio CIADI no es aplicable a este caso, porque ABA no era parte del proceso arbitral. El hecho de que ABA pueda iniciar una reclamación en virtud del Artículo 25(2)(b) no afecta el derecho a accionar de los accionistas extranjeros conforme al TBI para proteger sus propios intereses en la inversión correspondiente.

⁴⁰ En referencia a la Decisión sobre Jurisdicción *CMS*, párr. 43.

⁴¹ En referencia al caso de *Barcelona Traction*, párr. 90.

⁴² En referencia a la Decisión sobre Jurisdicción *CMS*, párrs. 65-68; Decisión sobre Jurisdicción *LG&E*, párrs. 48-63; Decisión sobre Jurisdicción *Lanco*, párrs. 10-11; Decisión sobre Jurisdicción *Total*, párrs. 68-69; Decisión sobre Jurisdicción *Enron*, párr. 49; Decisión sobre Jurisdicción *Continental Casualty*, párrs. 85-86; Decisión sobre Jurisdicción *Camuzzi*, párr. 83; Decisión sobre Anulación *Vivendi II*, párrs. 112-113; Decisión sobre Jurisdicción *Sempra*, párr. 95; Decisión sobre Jurisdicción *Siemens*, párrs. 180-183; Decisión sobre Jurisdicción *Total*, párr. 80.

(c) Estándar de revisión bajo el Artículo 52(1)(b) del Convenio CIADI

63. Como se mencionó anteriormente, un tribunal se “extralimita en sus facultades”, conforme al Artículo 52(1)(b) del Convenio CIADI en la medida en que se haya extralimitado en su jurisdicción⁴³.
64. No obstante, el Artículo 52(1)(b) establece en forma expresa que, para justificar la anulación de un laudo en virtud de esta disposición, el tribunal no sólo debe haberse extralimitado en sus facultades, sino que debe haberlo hecho “manifiestamente”⁴⁴.
65. En la Decisión sobre Anulación *Lucchetti*, el comité *ad hoc* analizó el efecto del término “manifiestamente” del Artículo 52(1)(b) en los casos en los que se reclama que el tribunal se ha extralimitado en su jurisdicción. Dicho comité afirmó que:

No obstante, el requisito previsto en el Artículo 52(1)(b) del Convenio del CIADI no consiste exclusivamente en que el Tribunal se haya excedido en sus poderes, sino en que esa extralimitación sea “manifiesta”. Con base en la doctrina, parece que existen opiniones divergentes sobre el impacto de ese requisito. Algunos sostienen que en los casos en que un comité ad hoc concluye que un tribunal ha asumido competencia erróneamente o ha faltado a su obligación de asumirla, corresponde anular total o parcialmente el laudo, sin considerar la cuestión de si la extralimitación fue o no manifiesta. Otros creen que si el tribunal, pese a haber asumido competencia por error, o haber faltado a su obligación de asumirla, ha emitido una decisión razonable sobre el punto, la anulación es improcedente, pues en ese caso el tribunal no ha actuado en forma manifiestamente contraria al Convenio Bilateral⁴⁵.

Luego, el comité *ad hoc* llegó a la siguiente conclusión:

⁴³ Ver, entre otros, Decisión sobre Anulación *Klöckner*, párr. 4; Decisión sobre Anulación *Vivendi*, párr. 86; Decisión sobre Anulación *Soufraki*, párr. 37.

⁴⁴ Decisión sobre Anulación *Klöckner*, párr. 59; Decisión sobre Anulación *MINE*, párr. 5.03; Decisión sobre Anulación *CMS*, párr. 49; Decisión sobre Anulación *Lucchetti*, párr. 98; Decisión sobre Anulación *MTD*, párr. 44; Decisión sobre Anulación *Soufraki*, párr. 45.

⁴⁵ Decisión sobre Anulación *Lucchetti*, párr. 100.

El Comité ad hoc, por su parte, concede peso al hecho de que la redacción del Artículo 52(1)(b) es de alcance general y no introduce excepción alguna en materia de competencia. Además, una solicitud de anulación no constituye una apelación, por lo cual no correspondería revisar en su totalidad el laudo del tribunal. Uno de los fines generales del Artículo 52, previsto en el apartado (1)(b), sería que la anulación no debería declararse fácilmente. Desde esta perspectiva, el Comité considera que también en materia de competencia debería darse considerable peso al vocablo “manifiesta”.

Teniendo en cuenta el requisito de que la extralimitación de facultades sea “manifiesta”, el Comité ad hoc examinará ahora la cuestión de si el Tribunal se extralimitó en sus facultades, y en caso afirmativo, si lo hizo en medida tal que se justifique la anulación del Laudo⁴⁶.

66. En el caso que nos ocupa, el Comité concuerda con el comité *ad hoc* de la Decisión sobre Anulación *Lucchetti* en que el contenido del Artículo 52(1)(b) es general y no hace ninguna excepción para las cuestiones de jurisdicción. Por ende, un laudo sólo deberá anularse en virtud de la disposición que establece la causal de anulación de falta o exceso en el ejercicio de la jurisdicción, si la falta o el exceso de jurisdicción fue manifiesta.
67. El Artículo 41(1) del Convenio CIADI establece que “[e]l Tribunal resolverá sobre su propia competencia”. Como surge claramente de la lectura del Artículo 41(2), la cuestión de que el tribunal tenga “competencia” incluye la cuestión de que tenga jurisdicción. Por ende, en virtud del Artículo 41, en los casos en los que hay dudas o incertidumbre acerca de la jurisdicción o falta de jurisdicción del tribunal, el mismo tribunal debe resolver tal cuestión en ejercicio de su *compétence-compétence* conforme a la disposición mencionada.
68. El Comité considera que el Artículo 52(1)(b) no proporciona un mecanismo para una consideración *de novo* o una apelación de la

⁴⁶ Decisión sobre Anulación *Lucchetti*, párr. 101-102.

decisión del tribunal conforme al Artículo 41(1) una vez que el tribunal ya emitió su laudo final. En cambio, el Comité considera que un comité *ad hoc* puede intervenir en virtud del Artículo 52(1)(b) únicamente cuando el tribunal ha actuado sin jurisdicción en forma *manifiesta*⁴⁷. La expresión “manifiestamente” del Artículo 52(1)(b) significa “obvia”, en lugar de “grave”. Por ello, el análisis pertinente consiste en examinar si la extralimitación en las facultades “*puede discernirse con poco esfuerzo y sin necesidad de un análisis profundo*”⁴⁸. Entonces, si resulta obvio, sin necesidad de un análisis más profundo, que un tribunal no tenía o excedió su jurisdicción, un comité *ad hoc* puede anular el laudo del tribunal con arreglo al Artículo 52(1)(b), al menos respecto a la falta o el exceso de jurisdicción. En cambio, si dentro de parámetros razonables se pudiera diferir sobre la existencia de jurisdicción o no del tribunal, es éste quien debe resolver tal cuestión en forma definitiva, en ejercicio de las facultades que le confiere el Artículo 41, antes del pronunciamiento del laudo, en vez de un comité *ad hoc* en virtud del Artículo 52(1)(b), después de tal pronunciamiento.

69. En estas circunstancias, incluso si posteriormente se argumentara que la decisión del tribunal a la luz del Artículo 41 fue correcta o no, no se puede afirmar que el tribunal haya actuado *manifiestamente* sin jurisdicción y, por ende, no hay motivos para que un comité *ad hoc* actúe sobre la base del supuesto ejercicio de las facultades previstas en el Artículo 52(1)(b) para reemplazar la decisión del tribunal con la suya. Así como la decisión que un tribunal emita con arreglo al Artículo 41 debe considerarse concluyente, en dicho caso no hay razón para que un comité *ad hoc* exprese su propia posición sobre la falta de jurisdicción o no del tribunal.

⁴⁷ Decisión sobre Anulación *Klöckner*, párr. 4.

⁴⁸ Decisión sobre Anulación *Repsol*, párr. 36 (cita otras fuentes): “Comúnmente se entiende que un exceso en las facultades es “manifiesto” cuando es “evidente por sí solo” de la sola lectura del Laudo, es decir, aún antes de examinar en detalle el contenido del mismo”. Comparar con la Decisión sobre Anulación *Soufraki*, párrs. 38-40 (que establece que “el exceso en las facultades debe ser, a la vez, textualmente obvio y sustancialmente grave” (énfasis agregado)).

70. El Comité examinará ahora esta causal de anulación a la luz de estos principios y en referencia a las reclamaciones presentadas por Azurix y decididas por el Tribunal.

(d) Reclamaciones de Azurix y conclusiones del Tribunal

71. En primer lugar, Azurix reclamó que su inversión había sido expropiada como resultado de “*medidas equivalentes a la expropiación*” tomadas por la Provincia, en violación al Artículo IV(1) del TBI. Con respecto a esta reclamación, el Tribunal concluyó que el incumplimiento *contractual* de un Estado o uno de sus organismos no equivale a la violación de un *tratado*, a menos que se pruebe que el Estado o una dependencia de éste ha ido más allá de su función como mera parte en el contrato, y ha ejercido las funciones específicas de un soberano⁴⁹. El Tribunal desestimó la reclamación y determinó que en este caso el impacto de las medidas de la Provincia sobre la inversión no constituyeron expropiación, porque Azurix no perdió los atributos de la propiedad, continuó controlando a ABA en todo momento y retuvo la propiedad del 90% de las acciones⁵⁰.

72. En segundo lugar, Azurix adujo que Argentina infringió la obligación establecida en el Artículo II(2)(a) del TBI⁵¹, que dispone que “[s]e otorgará siempre un trato justo y equitativo a las inversiones”. El Tribunal concluyó que las medidas impugnadas de la Provincia muestran “*una arraigada conducta de incumplimiento generalizado del estándar de tratamiento justo y equitativo*”⁵², por ello, se concluyó que Argentina infringió su obligación⁵³.

73. En tercer lugar, Azurix adujo que la Provincia y Argentina no han cumplido con sus obligaciones en virtud de lo dispuesto en el Artículo

⁴⁹ Laudo, párr. 315.

⁵⁰ Laudo, párr. 322.

⁵¹ Laudo, párr. 330.

⁵² Laudo, párr. 377.

⁵³ Laudo, párr. 442.

II(2)(c) del TBI (la “cláusula paraguas”)⁵⁴, que dispone lo siguiente: “[c]ada parte cumplirá los compromisos que hubiera contraído con respecto a las inversiones”. Con respecto a esta reclamación, el Tribunal consideró que no existió ningún contrato pertinente entre Azurix y Argentina, y que si bien Azurix puede presentar una demanda con arreglo al TBI por incumplimientos cometidos por Argentina, no hay ningún compromiso con Azurix que Argentina deba respetar, salvo las obligaciones contraídas en virtud del TBI⁵⁵, y que, en consecuencia, no hubo ninguna violación a la cláusula paraguas del TBI⁵⁶.

74. En cuarto lugar, Azurix sostuvo que la Provincia no había observado sus obligaciones conforme al Artículo II(2)(b) del TBI⁵⁷, que establece que “[n]inguna de las Partes menoscabará, en modo alguno, mediante la adopción de medidas arbitrarias o discriminatorias, la dirección, la explotación, el mantenimiento, el uso, el usufructo, la adquisición, la expansión o la liquidación de las inversiones”. Con respecto a esta reclamación, el Tribunal determinó que varias medidas de las autoridades provinciales constituyeron acciones arbitrarias, sin fundamento en la ley ni en el Contrato de Concesión y menoscabaron la explotación de la inversión de Azurix⁵⁸; y que, por ende, Argentina infringió esta obligación.
75. En quinto lugar, Azurix reclamó que la Provincia y Argentina no cumplieron con las obligaciones establecidas en el Artículo II(2)(a) del TBI⁵⁹, que dispone que las inversiones “gozarán de entera protección y seguridad”. En cuanto a esta reclamación, el Tribunal arribó a la conclusión de que, al no proveer un trato justo y equitativo a la

⁵⁴ Laudo, párr. 379.

⁵⁵ Laudo, párr. 384.

⁵⁶ Implícito en Laudo, párr. 384.

⁵⁷ Laudo, párr. 386.

⁵⁸ Laudo, párr. 393.

⁵⁹ Laudo, párr. 396.

inversión, Argentina también incumplió el estándar de protección y seguridad plenas dispuesto en el TBI⁶⁰.

(e) La posición del Comité

(i) Introducción

76. Según Argentina, es un principio general que:

Una persona no tiene el derecho individual de iniciar acciones contra terceros por daños causados a la sociedad en que participa, incluso si los accionistas son perjudicados debido al daño causado a la sociedad, por ejemplo, si sufren una reducción en el valor de sus acciones.

Argentina sostiene que, como todas las reclamaciones de Azurix adujeron que la Provincia interfirió con los derechos que emergen o se relacionan con la Concesión, de la que ABA, y no Azurix, era parte, Azurix carecía de *ius standi* para incoar tales reclamaciones.

77. En este respecto, el Comité considera que se deben distinguir dos cuestiones independientes.

78. La primera cuestión se refiere al alcance de las protecciones sustanciales otorgadas por el tratado sobre protección de inversiones. Aun si el accionista de una sociedad es un "inversor" a los efectos del tratado sobre protección de inversiones, y aun si la participación del accionista en la sociedad equivale a una "inversión" a los efectos del tratado, es posible que las protecciones sustanciales otorgadas por el tratado no alcancen la protección de esa inversión contra las medidas que perjudiquen a la sociedad, en contraposición a las medidas que perjudiquen al accionista en forma directa. Independientemente de cualquier cuestión sobre el *ius standi*, en tal caso las reclamaciones del accionista, aduciendo el incumplimiento del tratado con respecto a la inversión del accionista, debido a un perjuicio o daño causado a la

⁶⁰ Laudo, párr. 408.

sociedad, sería desestimado por el fondo de la diferencia. Por el contrario, el caso podría ser admitido por el fondo de la diferencia si el tratado también otorgara protección a la inversión de la sociedad misma (por ejemplo, cuando la sociedad, aun cuando haya sido constituida en el país, se considera un inversor extranjero debido al control extranjero).

79. La segunda cuestión se refiere al *ius standi* de una demandante en particular para presentar una reclamación específica. En el ejemplo mencionado, las cuestiones de *ius standi* pueden referirse al hecho de que el accionista tenga *ius standi* o no para presentar una reclamación aduciendo el incumplimiento del tratado en relación con la inversión del propio accionista, o bien, si el accionista tiene *ius standi* o no para presentar una reclamación aduciendo el incumplimiento del tratado en relación con la inversión de la sociedad, y no respecto a la inversión del accionista; o si la sociedad tiene *ius standi* o no para presentar una reclamación aduciendo el incumplimiento del tratado en relación con la inversión de la misma sociedad.
80. En este caso, Azurix no presentó una reclamación en nombre de ABA, ni en relación con supuestas violaciones a los derechos de ABA. En cambio, todas las reclamaciones de Azurix adujeron violaciones al TBI con respecto a lo que Azurix sostuvo era su propia inversión, a efectos del TBI. Por ende, el Comité considera que en este caso no se presentó la necesidad de determinar si Azurix tenía *ius standi* o no para presentar una reclamación en nombre de ABA o con respecto a los derechos de ABA. Por el contrario, la cuestión que se debía determinar era si Azurix tenía *ius standi* para presentar una reclamación aduciendo el incumplimiento del TBI con respecto su inversión y, en tal caso, si a la luz de las circunstancias del caso se habían violado las disposiciones del TBI con respecto a la inversión de Azurix.

81. La resolución de estas cuestiones se basa sobre la interpretación y la aplicación de las disposiciones pertinentes del TBI y del Convenio CIADI. El TBI determina qué tipo de intereses en particular reciben su protección, y el TBI y el Convenio CIADI determinan qué individuos pueden iniciar un procedimiento con respecto a una supuesta violación del TBI en relación con una inversión protegida en particular. Si bien ciertas disposiciones y fórmulas se suelen usar en los distintos tratados sobre protección de inversión, cada tratado se debe aplicar con arreglo a sus términos específicos.
82. Como se señaló en los párrafos 41-42 *ut supra*, le compete al Tribunal y no al Comité arribar a su propia conclusión sobre la interpretación correcta del TBI y del Convenio CIADI respecto a estas cuestiones. La función del Comité se limita a determinar si el Tribunal excedió sus facultades manifiestamente al arribar a su conclusión. Para abordar esta cuestión, el Comité debe considerar los términos del TBI y del Convenio CIADI.

(ii) Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

83. El Convenio CIADI y el TBI pertinente deben interpretarse de conformidad con los principios articulados en los Artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (la “Convención de Viena”)⁶¹, que reflejan las normas consuetudinarias internacionales de interpretación de tratados, tal como existían al momento en que se aprobaron las disposiciones del Convenio CIADI y del TBI⁶². Los Artículos 31 y 32 de la Convención de Viena establecen lo siguiente:

⁶¹ Viena, 23 de mayo, 1969; 1155 U.N.T.S. 331.

⁶² *Ej., Caso sobre la soberanía de Pulau Ligitan y Pulau Sipadan (Indonesia/Malasia), Sentencia, Informes de la C.I.J. 2002, pág. 625, en págs. 645-646, párr. 37.*

Artículo 31
Regla general de interpretación

1. *Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.*
2. *Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:*
 - (a) *todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;*
 - (b) *todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.*
3. *Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:*
 - (a) *todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;*
 - (b) *toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;*
 - (c) *toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.*
4. *Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.*

Artículo 32
Medios de interpretación complementarios

Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o

para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

- (a) *deje ambiguo u oscuro el sentido; o*
- (b) *conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.*

84. El Artículo 32 de la Convención de Viena exige que el Comité determine la interpretación resultante de la aplicación del Artículo 31 antes de considerar la posible aplicación del Artículo 32.

(iii) Principios del Artículo 31 de la Convención de Viena

85. Las partes se no han referido a ningún tipo de acuerdo ni instrumento del tipo mencionado en el Artículo 31(2) de la Convención de Viena, ni a ninguna “práctica ulteriormente seguida” del tipo contemplado en el Artículo 31(3)(b), que estableciera una interpretación del TBI acordada entre Argentina y los Estados Unidos de América. Las partes tampoco han remitido al Comité a ningún acuerdo o norma del derecho internacional del tipo que se menciona en el Artículo 31(3)(a) y (c), aparte del TBI y el Convenio CIADI, y de los principios generales del derecho internacional consuetudinario.

86. Argentina argumenta que las disposiciones pertinentes del TBI y del Convenio CIADI se deben leer a la luz de los principios generales del derecho internacional consuetudinario, conforme al cual la distinción del derecho interno entre los derechos de una sociedad y los derechos de sus accionistas se extrapolan al plano internacional. Argentina apoya este argumento invocando en el caso de *Barcelona Traction*, en el que la C.I.J. determinó que:

Si la Corte decidiera el caso sin considerar las instituciones pertinentes del derecho interno, injustificadamente daría lugar a consecuencias legales graves. Perdería conexión con la realidad, dado que no hay instituciones en el derecho internacional a las que la Corte pueda

*recurrir. Por ello, como se señaló, la Corte no sólo debe tomar conocimiento del derecho interno, sino también remitirse a él*⁶³.

Luego, la C.I.J. observó que, como una sociedad tiene una personalidad jurídica independiente de la de sus accionistas:

*[...] cuando los intereses de los accionistas resultan perjudicados por daños causados a la sociedad, es a esta última a la que tienen que recurrir para que incoe las acciones apropiadas; pues, si bien dos entidades independientes pueden haber sido perjudicadas por el mismo daño, sólo los derechos de una entidad han sido infringidos*⁶⁴.

En el contexto de los procedimientos CIADI, Argentina asume la postura de que un accionista no puede iniciar una reclamación en relación con el daño causado a una sociedad por el mero hecho de que el accionista fue perjudicado por la reducción del valor de sus acciones.

87. En este aspecto, el Comité observa que el caso *Barcelona Traction* se relacionó con las normas del derecho internacional consuetudinario, y no con un proceso arbitral previsto en un tratado de inversión. La C.I.J. determinó que, en el campo de la protección diplomática, la regla general es que en casos en que se tomen medidas ilegales contra una sociedad, sólo el Estado nacional de la sociedad está autorizado a presentar una reclamación, y no el Estado nacional de los accionistas⁶⁵. No obstante, tanto en ese caso, como en el subsiguiente caso *Diallo*⁶⁶ la C.I.J. reconoció que esta regla general del derecho internacional puede tener excepciones⁶⁷. Además, en el caso *Barcelona Traction*, la C.I.J. señaló que esta regla del derecho internacional era aplicable “ante la ausencia de un tratado sobre la cuestión entre las Partes”⁶⁸. Por ende, reconoció que las

⁶³ Caso *Barcelona Traction*, párr. 50.

⁶⁴ Caso *Barcelona Traction*, párr. 44.

⁶⁵ Caso *Barcelona Traction*, párr. 88.

⁶⁶ *Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea c. República Democrática del Congo)*, Sentencia sobre Excepciones Preliminares, C.I.J., 24 de mayo, 2007 (el “caso *Diallo*”).

⁶⁷ Caso *Barcelona Traction*, párrs. 65-66, 92; Caso *Diallo*, párr. 91.

⁶⁸ Caso *Barcelona Traction*, párr. 36.

disposiciones de los tratados pueden modificar la regla general. La C.I.J. afirmó lo siguiente:

[...] Así, dada la situación actual del derecho, la protección de los accionistas exige poder recurrir a las disposiciones de los tratados o acuerdos especiales celebrados directamente entre el inversor particular y el Estado en el cual se radica la inversión. Cada vez con mayor frecuencia los Estados brindan esa protección, en sus relaciones tanto bilaterales como multilaterales, ya sea por medio de instrumentos especiales o en el marco de arreglos económicos más amplios. Efectivamente, ya sea en forma de tratados multilaterales o bilaterales entre Estados, o en forma de acuerdos entre Estados y sociedades, a partir de la Segunda Guerra Mundial ha tenido lugar un desarrollo considerable de la protección de las inversiones extranjeras. Los instrumentos en cuestión contienen disposiciones en materia de jurisdicción y procedimientos para el caso de suscitarse controversias en torno del trato conferido a las sociedades inversoras por los Estados en los que invierten su capital. En ocasiones las propias sociedades reciben el derecho directo a defender sus intereses frente al Estado mediante los procedimientos establecidos⁶⁹.

88. De la misma manera, en el caso *Diallo* la C.I.J. estableció que:

[...] en el derecho internacional contemporáneo, la protección de los derechos de las sociedades y de los derechos de sus accionistas, y la resolución de las diferencias relacionadas con ellos, se rigen, fundamentalmente, por los acuerdos multilaterales o bilaterales para la protección de las inversiones extranjeras, como los tratados sobre la promoción y la protección de las inversiones extranjeras y el Convenio de Washington del 18 de Marzo de 1965 sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados que creó un Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), y también por los contratos celebrados entre los Estados y los inversores extranjeros. En este contexto, de alguna manera se atenuó el papel

⁶⁹ Caso *Barcelona Traction*, párr. 89-90.

*de la protección diplomática, ya que, en la práctica, sólo se recurre a ella en casos inusuales en los que no existen los tratados o en los que estos han resultado inoperantes*⁷⁰.

89. Por ejemplo, un tratado podría contemplar la posibilidad de brindarle protección diplomática a los accionistas por parte de su Estado nacional con respecto a un perjuicio sufrido por una sociedad nacional de otro Estado, modificando así la regla del derecho internacional consuetudinario que hubiera sido aplicable. Del mismo modo, un tratado puede establecer la posibilidad de que una sociedad inicie un proceso arbitral directamente contra el Estado receptor en el caso de que este perjudicara a la sociedad. Por ejemplo, en el supuesto de que la sociedad fuera perjudicada, un tratado podría permitir que los accionistas inicien un proceso arbitral directamente contra el Estado receptor.
90. El Comité acepta que es posible que un tratado deba interpretarse a la luz de los principios generales del derecho internacional consuetudinario. Sin embargo, excepto en los casos que se relacionan con las normas de *ius cogens*, un tratado puede modificar las reglas del derecho internacional consuetudinario que, de lo contrario, se aplicarían entre los Estados miembro del tratado. De hecho, a menudo el objeto mismo de los tratados es realizar una modificación de tal índole. Por lo general, los tratados sobre protección de inversiones tienen el propósito de aumentar o modificar los procedimientos del derecho internacional para la protección de los inversores extranjeros. Por ende, el punto de partida para determinar el efecto del tratado se encuentra en los términos del tratado mismo, en vez de en los principios del derecho internacional consuetudinario que pueden ser desplazados o no por las disposiciones del tratado.
91. El TBI confiere una protección específica a las “inversiones”. El Artículo I(1)(a) aclara que las inversiones amparadas por el TBI son aquellas que se hagan en el territorio de una parte y que directa o

⁷⁰ Caso *Diallo*, párr. 88.

indirectamente sean propiedad o estén controladas por nacionales o sociedades de la otra parte. No se discute que Azurix sea una sociedad de los Estados Unidos de América y, por consiguiente, conforme a los términos del tratado, las protecciones concedidas por el TBI se aplican a todas las inversiones que se encuentren en Argentina que *“directa o indirectamente sea[n] propiedad o esté[n] controlada[s]”* por Azurix. El Artículo I(1)(a) define la palabra “inversión” en términos muy amplios, como *“todo tipo de inversión”*. La frase *“entre otros”* incluida en la parte final de tal precepto indica que la lista de los tipos de inversión que éste contiene no es taxativa. Los tipos de inversión contemplados en esa lista no sólo incluyen *“acciones [...] en sociedades”*, sino también *“sociedades”* en sí mismas, así como *“otros intereses en sociedades”*, o incluso *“intereses en sus activos”*. Los otros tipos de inversión mencionados en la lista incluyen *“derechos de propiedad tangible e intangible, así como derechos tales como hipotecas, privilegios y prendas”* (Artículo I(1)(a)(i)); *“títulos de crédito o derechos sobre alguna operación que tenga valor económico y que esté directamente relacionada con una inversión”* (Artículo I(1)(a)(iii)); y *“todo derecho conferido por ley o por contrato y cualesquiera licencias y permisos conferidos conforme a la ley”* (Artículo I(1)(a)(v)).

92. En su Dúplica sobre Jurisdicción, Azurix adujo que su inversión en Argentina consistió en el *“pago, por parte de Azurix, de un canon de [US]\$438,6 millones (que constituye capital invertido), de su propiedad e inversión en ABA, y de los derechos emergentes del Contrato de Concesión”*⁷¹.

93. El Tribunal determinó que:

Azurix hizo una inversión al pagar un “canon” para obtener la concesión del suministro de servicios de agua potable y desagües cloacales a la Provincia. Para llevar a cabo la inversión, Azurix estableció diversas subsidiarias con arreglo a lo requerido en el

⁷¹ Decisión sobre Jurisdicción, párr. 59, en referencia a la Dúplica sobre Jurisdicción de Azurix, párr. 6(ii).

*Pliego de Bases y registró una sociedad local en Argentina, ABA*⁷².

Finalmente, el Tribunal arribó a la siguiente conclusión:

*El Tribunal está convencido de que la inversión descrita por la Demandante en su escrito de Dúplica sobre jurisdicción es una inversión protegida por las disposiciones del APPRI y el Convenio: (a) Azurix es propietaria indirecta del 90% de las participaciones accionarias de ABA, (b) Azurix controla indirectamente ABA y (c) ABA es parte en el Contrato de Concesión y se constituyó con la finalidad específica de firmar el Contrato de Concesión como se requería en el Pliego de Bases*⁷³.

94. En su sentido ordinario, el Artículo I(1)(a) del TBI establece que ABA en sí misma sería una “inversión” de Azurix a los efectos del TBI, ya que ABA es una sociedad (Artículo I(1)(a)(iii)) que directa o indirectamente pertenece o es controlada por Azurix (Artículo I(1)(a), parte final). Si bien, como una cuestión de derecho, los activos de ABA le pertenecerían a ABA, y no a Azurix, de todas formas Azurix tenía “*intereses en sus activos*” (Artículo I(1)(a)(ii)), en virtud de su participación controlante, y a través de tal participación, Azurix indirectamente controlaba aquellos activos (Artículo I(1)(a), parte final). Los activos de Azurix también serían una “inversión” de Azurix a los efectos del TBI. Además, los derechos legales y contractuales de ABA (Artículo I(1)(a)(v)), incluidos los derechos de ABA en virtud de la Concesión, indirectamente controlados por Azurix a través de su participación mayoritaria en ABA (Artículo I(1)(a), parte final), también serían “inversiones” de Azurix a efectos del TBI. Al contrario de lo que Argentina intenta aducir, el Comité considera que ninguna parte del Artículo I(1)(a) sugiere que sólo los derechos legales de Azurix en calidad de accionista de ABA están amparados por el tratado.
95. Con relación a la amplitud de los términos del Artículo I(1)(a) del TBI, el Comité no considera que la conclusión del Tribunal sobre la

⁷² Decisión sobre Jurisdicción, párr. 64 (se omitieron las notas al pie).

⁷³ Decisión sobre Jurisdicción, párr. 65.

definición de la inversión de Azurix sea manifiestamente incongruente con la interpretación del TBI a la luz de los principios del Artículo 31(1) de la Convención de Viena.

96. Con respecto a la legitimación de Azurix para iniciar este procedimiento, el Tribunal finalmente estableció que:

Concluimos la discusión relativa a la cuestión del ius standi afirmando que Azurix tiene ius standi en este procedimiento puesto que es el inversor que realizó la inversión a través de subsidiarias de las que tiene la propiedad y el control indirectos⁷⁴.

97. El Comité destaca que ninguno de los documentos fundamentales que rigen la jurisdicción del Tribunal (el TBI, el Convenio CIADI y las Reglas de Arbitraje del CIADI) abordan en forma expresa la cuestión de quién está legitimado para iniciar un proceso arbitral entre Estado receptor e inversor conforme a aquellos tratados. No obstante, el Artículo VII(1) del TBI define una “*una controversia en materia de inversión*” a los fines de tal Artículo estableciendo que incluye:

una controversia entre una Parte y un nacional o sociedad de la otra Parte surgida de o relacionada con [...]. (c) la supuesta violación de cualquier derecho conferido o establecido por el presente Tratado con respecto a una inversión.

En este caso, es evidente que hubo una diferencia entre Azurix y Argentina, y aquella diferencia se relacionó con la supuesta violación de los derechos conferidos por el TBI con respecto a lo que el Tribunal determinó consistía en una inversión de Azurix a los fines del tratado. En el sentido ordinario, en este caso hubo una controversia en materia de inversión entre Azurix y Argentina.

98. Luego, los párrafos (2) y (3) del Artículo VII contemplan la posibilidad de que “*la sociedad o el nacional involucrados*” elijan, por escrito, someter la controversia para su resolución al arbitraje obligatorio del CIADI. La referencia a “*la sociedad o el nacional involucrados*” alude, lógicamente, a Azurix, en su calidad de parte de la “*controversia en*

⁷⁴ Decisión sobre Jurisdicción, párr. 74.

materia de inversión” con Argentina. El Comité concluye que el sentido ordinario de estos términos faculta a Azurix a iniciar estos procedimientos. En efecto, parece lógico que Azurix tuviera *ius standi* para iniciar una reclamación en contra de las supuestas violaciones del TBI con respecto a lo que constituye, a efectos del TBI, una inversión de Azurix.

99. No obstante, Argentina sostiene que los párrafos (1) a (3) del Artículo VII del TBI deben leerse dentro del contexto del Artículo VII(8) del TBI y del Artículo 25(2)(b) del Convenio CIADI. El Artículo VII(8) del TBI dispone que:

A los fines de un arbitraje celebrado según lo previsto en el párrafo 3 de este Artículo [que versa sobre el arbitraje entre el inversor y el Estado receptor], una sociedad legalmente constituida de acuerdo con las leyes y disposiciones aplicables de cada Parte o una subdivisión política de ella pero que, inmediatamente antes de que sucediera el hecho o hechos que dieran lugar a la controversia, era una inversión de nacionales o sociedades de la otra Parte, será tratada como un nacional o sociedad de dicha otra Parte, de acuerdo con el Artículo 25 (2) (b) de la Convención del CIADI.

El Artículo 25(2)(b) del Convenio CIADI establece que en el Artículo 25 la expresión “*nacional de otro Estado Contratante*” incluye:

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

100. Argentina aduce que, conforme a estas disposiciones, Azurix no tiene derecho a iniciar un procedimiento CIADI con respecto a las supuestas violaciones a la Concesión, de la que ABA, y no Azurix, es parte, y que sólo ABA tendría ese derecho.

101. El Comité concuerda en que el efecto de estos preceptos es tratar a ABA como nacional de los Estados Unidos de América a efectos de la cláusula de arbitraje entre el inversor y el Estado receptor del Artículo VII del TBI y a efectos del Artículo 25 del Convenio CIADI. Si bien el Comité observa que la postura de Argentina es que ABA no podría haber invocado tales disposiciones debido a una cláusula de renuncia de la Concesión, estas disposiciones parecen otorgarle a ABA la capacidad de iniciar un procedimiento CIADI con respecto a las supuestas violaciones al TBI en relación con la Concesión.
102. El Comité considera que su papel en este caso no es decidir si, en la práctica, ABA podría haber iniciado un proceso arbitral CIADI en virtud del Artículo(8) del TBI y del Artículo 25(2)(b) del Convenio CIADI. A pesar de que, en ciertas circunstancias, estas disposiciones establecen la posibilidad de que una sociedad constituida en el Estado receptor inicie un procedimiento contra dicho Estado receptor por violaciones al TBI, estas disposiciones no derogan los otros derechos que los accionistas de la sociedad puedan tener para iniciar un procedimiento conforme al Artículo VII del TBI. De la misma manera, ninguna otra disposición del TBI o del Convenio CIADI sugiere que cualquier derecho que un individuo pueda tener para iniciar un procedimiento se vea limitado en forma alguna en virtud del Artículo VII(8) del TBI o del Artículo 25(2)(b) del Convenio CIADI.
103. Por los motivos expresados, el Comité no considera que la conclusión del Tribunal sobre la legitimación de Azurix sea manifiestamente incongruente con la interpretación del TBI y del Convenio CIADI de conformidad con el principio establecido en el Artículo 31(1) de la Convención de Viena.
104. En cuanto a los méritos del caso, el Tribunal rechazó la primera y la tercera reclamación de Azurix sobre la base de que Azurix no estableció ningún incumplimiento relevante del TBI⁷⁵. En particular, con respecto a la tercera reclamación de Azurix, el Tribunal consideró

⁷⁵ Ver párrafos 71 y 73 *ut supra*.

que no hubo infracción de la “cláusula paraguas” del TBI con respecto a la inversión de Azurix, dado que Azurix no era parte de la Concesión⁷⁶. Asimismo, el Tribunal determinó que ciertas cuestiones no constituyeron violaciones al TBI, dado que eran cuestiones estrictamente contractuales⁷⁷. Sin embargo, el Tribunal confirmó las otras reclamaciones de Azurix, considerando que hubo violaciones al TBI por las cuales Argentina era responsable con respecto a la inversión de Azurix⁷⁸.

105. Con respecto a esta cuestión, el Comité considera que si la misma ABA constituye una inversión a fines del TBI, por consiguiente, las medidas tomadas con respecto a ABA también serán consideradas medidas tomadas con respecto a una inversión de Azurix. Ergo, por ejemplo, la falta de trato justo y equitativo hacia ABA constituiría una falta de trato justo y equitativo hacia una inversión de Azurix.
106. Argentina aduce que esta interpretación, que le permitiría a Azurix iniciar un procedimiento CIADI alegando que hubo violaciones al TBI con respecto a ciertos activos que le pertenecían a ABA, y no a Azurix, y con respecto a la Concesión de la que ABA, y no Azurix, es parte, ignora las personalidades jurídicas independientes de Azurix y de ABA, así como la distinción fundamental que existe en el derecho interno entre los derechos de una sociedad y los derechos de sus accionistas. Argentina aduce que ningún sistema jurídico puede soportar una situación en la que dos entidades tienen exactamente los mismos derechos sobre la misma cosa.
107. El Comité no acepta que este sea el resultado de la interpretación del Tribunal. En este respecto, se puede establecer una analogía con los contratos de seguro. Si bien un solo individuo puede ser el dueño de una propiedad, puede haber otros individuos que sufrirían daños financieros si la propiedad fuera dañada o destruida, y que, por ende,

⁷⁶ Ver párrafo 73 *ut supra*.

⁷⁷ Laudo, párrs. 150, 155, 160.

⁷⁸ Ver párrafos 72, 74-75 *ut supra*.

tienen derecho a asegurar la propiedad. En muchos casos, esos otros individuos pueden ser individuos que tengan un interés legal directo o indirecto sobre la propiedad sin poseer un título de propiedad, como por ejemplo un beneficiario, un arrendador o un deudor hipotecario. No obstante, en algunos sistemas jurídicos, también puede ser posible que un individuo que no tenga un interés legal directo o indirecto sobre la propiedad pueda asegurarla, por el mero hecho de que sufriría un daño financiero si la propiedad fuera dañada o destruida. Si todos esos individuos aseguraran la misma propiedad en forma independiente, esto no significaría que todos ellos se han convertido en sus propietarios, o que todos ellos tienen los mismos derechos sobre la misma cosa. En el caso de que la propiedad se perdiera o fuera destruida, puede ser posible que todos aquellos individuos hagan reclamos de seguros, si bien, en última instancia, cada uno de ellos sólo tendrá derecho a ser compensado según el alcance del daño económico sufrido, en vez de según el valor total de la propiedad.

108. De la misma manera, el Comité considera que, incluso cuando un inversor extranjero no es el propietario legal genuino de los activos que constituyen una inversión, o no es parte genuina del contrato del que emergen los derechos contractuales que constituyen una inversión, el inversor extranjero puede tener un interés financiero o comercial en la inversión. Esto es independiente del hecho de que el propietario legal genuino de los activos o de los derechos contractuales que constituyen la inversión sea una subsidiaria que le pertenece en todo o en parte al inversor, o de que el propietario legal genuino sea un tercero. El Comité no encuentra ninguna razón de principio por la que un tratado sobre protección de inversiones no pueda proteger el interés de un inversor extranjero y permitirle al inversor extranjero que inicie un proceso arbitral con respecto a las supuestas violaciones al tratado relacionadas con tal interés. Un tratado sobre protección de inversiones con este efecto no altera la naturaleza legal del interés del inversor ni del propietario legal de la

inversión, ni ignora las personalidades jurídicas independientes y los derechos y obligaciones independientes del accionista y de la sociedad. En cambio, simplemente garantiza que sea cual sea el interés, legal o no, del inversor, este gozará de cierta protección.

109. En tales circunstancias, las medidas que violan un tratado con respecto a la inversión del inversor también pueden violar los derechos del propietario legal conforme al derecho interno y/o conforme al mismo u a otro tratado sobre protección de inversiones. Esto es independiente del hecho de que el propietario legal de los activos o de los derechos contractuales que constituyen la inversión sea una subsidiaria que pertenece en todo o en parte al inversor o a un tercero no relacionado. En tales circunstancias, el Comité considera que no hay ningún motivo por el cual un tratado no pueda permitir que un inversor inicie una reclamación en virtud del mismo tratado con respecto a su interés directamente amparado por el tratado, independientemente de que el propietario legal de los derechos que constituyen la inversión pueda iniciar un procedimiento en forma simultánea con respecto a sus propios derechos ante los tribunales nacionales o ante otro tribunal arbitral. Si bien más de un individuo puede reclamar en distintos fueros con respecto al mismo daño causado a los mismos activos, cada individuo podrá, en última instancia, recibir una compensación acorde al alcance de su propia pérdida.
110. En este caso, el TBI le confiere determinadas protecciones a ciertas inversiones de Azurix, según se las define en el tratado, y le permite a Azurix iniciar un procedimiento CIADI con respecto a las supuestas violaciones del TBI en relación con tales inversiones. Los argumentos de Argentina efectivamente intentan insertar una excepción en las disposiciones del TBI, con el efecto de que un inversor pueda iniciar un procedimiento con respecto a una supuesta violación al TBI en relación con su inversión *“excepto cuando la inversión sea una sociedad y la supuesta violación al TBI consista en un supuesto*

perjuicio a la sociedad o a los activos o derechos que le pertenecen legalmente a la sociedad, y no al inversor". Tal excepción no surge de los términos del TBI, y el Comité considera que una excepción de esa índole sería incongruente con la amplitud de la definición de "inversión" del Artículo II(1)(a) del TBI.

111. Sobre la base de las razones expuestas, el Comité no acepta que las conclusiones del Tribunal con respecto a la cuestión del *ius standi* sean manifiestamente incongruentes con la interpretación que se debe realizar del TBI y del Convenio CIADI con arreglo al principio del Artículo 31(1) de la Convención de Viena.

(iv) Artículo 32 de la Convención de Viena

112. El Comité no considera que las disposiciones del Artículo VII(8) del TBI y del Artículo 25(2)(b) del Convenio CIADI sean ambiguas u oscuras. Sin embargo, Argentina sostiene que la interpretación a la que se hizo referencia precedentemente lleva a un resultado que es manifiestamente absurdo o irrazonable.
113. En primer lugar, Argentina aduce que si la indemnización por los daños causados a una sociedad es pagadera directamente a los accionistas, los derechos de los acreedores de la sociedad se pueden ver perjudicados si la sociedad no puede pagar sus deudas a término. Adicionalmente, de acuerdo con Argentina, si el Estado pagara la indemnización directamente a los accionistas la sociedad estaría efectivamente absuelta del régimen fiscal del Estado receptor en relación con dicha indemnización. Argentina también sostiene que habría un riesgo de doble resarcimiento si tanto el Estado receptor como el accionista, y posiblemente varios accionistas distintos, pudieran iniciar procedimientos independientes con respecto al mismo daño causado a la sociedad.

114. El Comité considera que si bien puede haber problemas irresoluto en relación con la posibilidad de que se presenten múltiples procedimientos, el doble resarcimiento y el alcance en que se debería compensar a los accionistas minoritarios si la sociedad local sigue funcionando, esto no significa que la interpretación del TBI mencionada precedentemente sea “ambigua u oscura” o “manifiestamente absurda o irrazonable”, dentro del sentido del Artículo 32 de la Convención de Viena. En el caso que nos ocupa, Azurix se encuentra en la posición, no poco común, de un inversor extranjero que constituye una subsidiaria en el Estado receptor para hacer la inversión. El Tribunal concluyó que tal inversión perdió todo su valor a causa de las medidas de las que se consideró culpable al Estado receptor. La necesidad de proteger a los inversores extranjeros en la posición de Azurix fue una de las razones principales por las que se aprobaron los tratados sobre protección de inversiones, así como el mismo CIADI. Como los problemas identificados por Argentina parecen ser hipotéticos en el caso en cuestión, el Comité considera que no es necesario que se éste se refiera a ellos.
115. Otra cuestión planteada por Argentina es que, si tanto el Estado receptor como un accionista pueden iniciar procedimientos independientes con respecto al mismo daño causado a la sociedad, esto podría llevar a un número infinito de reclamaciones lo que *“lo que crearía un caos porque habría muchos accionistas en la empresa y se podría entonces recuperar dos veces el mismo tema”*, con *“consecuencias desastrosas para la continuidad del sistema del arbitraje para los tratados de inversión”*. Argentina señala que Azurix es propietaria de ABA indirectamente, por medio de varias otras capas societarias, y aduce que las otras sociedades que conforman esta capa también podrían haber iniciado una reclamación con respecto a la misma cuestión. Argentina también sostiene que, si uno o más accionistas inician procedimientos sobre el mismo daño causado a una sociedad y en especial si también la sociedad inicia un

procedimiento en su propio nombre, los distintos tribunales y cortes pueden tomar enfoques distintos en cuanto al cálculo de la indemnización, y sería difícil garantizar que cada demandante en cada procedimiento reciba el resarcimiento que le corresponde sólo por su pérdida real. Argentina sostiene que el Artículo 25(2)(b) del Convenio CIADI se incluyó para evitar este problema.

116. Sobre la base del material que le fue presentado, el Comité no considera que este sea el objetivo y el efecto del Artículo 25(2)(b). En la práctica, se han visto ejemplos de reclamaciones múltiples⁷⁹, y Argentina no ha demostrado ningún riesgo verdadero de “caos generalizado” o “consecuencias desastrosas”. Por el contrario, los tribunales han señalado en varias ocasiones que el derecho internacional cuenta con los mecanismos para evitar el doble resarcimiento⁸⁰. Aunque Argentina critica tales declaraciones, el Comité no considera que las posibilidades hipotéticas planteadas alcancen para concluir que esta interpretación del tratado en particular lleve a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.
117. Argentina también sugiere que un accionista minoritario puede iniciar un procedimiento de arbitraje CIADI con respecto a un daño causado a la sociedad, mientras el órgano de dirección de la sociedad intenta llegar a un acuerdo sobre la cuestión con el Estado receptor. Si bien el Comité reconoció tal posibilidad, en ese caso el tribunal solo le otorgaría al accionista una indemnización sobre la base de su propia pérdida y tendría en cuenta la cantidad pactada en el acuerdo al que llegue la sociedad al calcular la indemnización. Nuevamente, el

⁷⁹ Ver en particular *Ronald S. Lauder c. República Checa*, Laudo, 3 de septiembre, 2001, 14 WORLD TRADE AND ARBITRATION MATERIALS 35 (2002); *CME República Checa BV c. República Checa*, Laudo Parcial del 13 de septiembre, 2001, 14 WORLD TRADE AND ARBITRATION MATERIALS 109 (2002), Laudo Final, 14 de marzo, 2003, Tribunal de Apelaciones de Estocolmo, decisión del 15 de mayo, 2003, 42 ILM 919 (2003) 15 WORLD TRADE AND ARBITRATION MATERIALS 83 (2003).

⁸⁰ *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/03/29, Decisión sobre Jurisdicción, 14 de noviembre, 2005, párrs. 270-272; Decisión sobre Jurisdicción *Camuzzi*, párr. 89. Ver también Lowe, Vaughan, *Changing Dimensions of International Investment Law*, (2007) Oxford Legal Studies Trabajo de Investigación No. 4/2007, 110 y ss.; Sacerdoti, Giorgio, *The Proliferation of Bits: Conflicts of Treaties, Proceedings and Awards*, Bocconi Legal Studies, Trabajo de Investigación No. 07-02, (2007).

Comité no considera que Argentina haya comprobado la existencia de un problema real en este aspecto.

118. Argentina también manifestó que si un accionista inicia un procedimiento CIADI y obtiene una indemnización por daños, no hay forma de garantizar que la indemnización obtenida se aplique en beneficio de la sociedad. Argentina sugiere que cualquier compensación que reciba un accionista se debe aplicar al beneficio de la sociedad, como lo dispone el convenio del TLCAN⁸¹.
119. El Comité no concuerda que, como cuestión de principio, las compensaciones que reciban los accionistas se deban aplicar al beneficio de la sociedad. Como ya lo señaló el Comité, Azurix es un inversor extranjero que ha constituido una subsidiaria en el Estado receptor para realizar la inversión, y se consideró que tal inversión de Azurix perdió todo su valor a causa de las medidas de las que se consideró responsable al Estado receptor. Como cuestión de principio, se debe pagar una indemnización por tales daños a Azurix.
120. Luego, Argentina aduce que, si se permite que un accionista inicie un procedimiento CIADI con respecto a los daños causados a una sociedad, se estaría permitiendo que el accionista ignore la cláusula de jurisdicción exclusiva incluida en el contrato entre el Estado receptor y la sociedad. Argentina sostiene que, en una cláusula del Contrato de Concesión celebrado entre ABA y Argentina, ABA renunció al arbitraje internacional y se comprometió a recurrir a la jurisdicción exclusiva de los tribunales argentinos. No obstante, el que la sociedad recurra exitosamente a los tribunales nacionales no necesariamente le impediría al accionista iniciar un procedimiento CIADI, aduciendo que sus pérdidas resultantes del incumplimiento del tratado no han sido compensadas por completo, sin importar los montos recuperados por la sociedad en los procedimientos presentados ante los tribunales nacionales. Nuevamente, el Comité

⁸¹ Invocando los Artículos 1117 y 1135 del TLCAN.

no considera que esta posibilidad deba interpretarse como un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

121. Sobre la base de estos motivos, el Comité no cree que la interpretación del TBI y del Convenio CIADI que resulta de la aplicación del principio del Artículo 31(1) de la Convención de Viena deba considerarse manifiestamente absurda e irrazonable. Por ello, el Comité no está obligado a recurrir a los medios de interpretación complementarios con arreglo al Artículo 32 de la Convención de Viena.
122. Sin embargo, debido a los extensos argumentos presentados por las partes, el Comité también analizó si el recurso a tales medios de interpretación complementarios llevaría a una conclusión distinta a la anterior. En este aspecto, los medios de interpretación complementarios a los que se ha remitido el Comité incluyen la jurisprudencia, la doctrina y el trabajo preparatorio del Convenio CIADI.
123. Con respecto a otra jurisprudencia, Azurix se funda en unas catorce decisiones arbitrales donde argumenta que se establece que los tribunales CIADI le han permitido a los accionistas presentar reclamaciones en virtud de un tratado sobre protección de inversiones con respecto al daño causado a la sociedad en la que participaban⁸².

⁸² Azurix se refiere a la Decisión sobre Anulación *CMS*, párrs. 68-76; *Emilio Agustín Maffezini c. El Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/99/7, Decisión del Tribunal sobre las Excepciones a la Jurisdicción, 25 de enero, 2000 (“Decisión sobre Jurisdicción *Maffezini*”), párrs. 65-70; Decisión sobre Anulación *Vivendi*, párrs. 46-50; Decisión sobre Jurisdicción *LG&E*, párrs. 50, 63; *American Manufacturing & Trading, Inc. c. República de Zaire*, Caso CIADI No. ARB/93/1, Laudo, 21 de febrero, 1997 (“Laudo *AMT*”), párrs. 5.14-5.16; *CME República Checa B.V. (Países Bajos) c. República Checa*, CNUDMI Laudo Parcial, 13 de septiembre, 2001 (“Laudo Parcial *CME*”), párrs. 375 y ss.; Decisión sobre Jurisdicción *Camuzzi*, párrs. 12, 78-82, 140-145; *Antoine Goetz y otros c. República de Burundi*, Caso CIADI No. ARB/95/3, 10 de febrero, 1999 (“Laudo *Goetz*”); Decisión sobre Jurisdicción *Gas Natural*, párrs. 32-35, 50-52; Decisión sobre Jurisdicción *AES*, párrs. 85-89; Decisión sobre Jurisdicción, párrs. 43-65; Decisión sobre Jurisdicción *Vivendi II*, párrs. 88-94; Decisión sobre Jurisdicción *Continental Casualty*, párrs. 51-54, 76-89; *Pan American Energy LLC c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/13, Decisión sobre Jurisdicción, 27 de

124. Argentina pretende diferenciar algunos de estos casos, aduciendo que versaban sobre daños directos causados a los derechos legales de los accionistas, y sostiene que algunas de esas decisiones son incorrectas o que se fundaron, inútilmente, en casos anteriores sin analizar los principios pertinentes.
125. El Comité considera que incluso si se recurriera a estos precedentes en virtud del Artículo 32 de la Convención de Viena, no se llegaría a una interpretación del TBI y del Convenio CIADI distinta a la que resulta de la aplicación del Artículo 31.
126. Con respecto a la doctrina, se ha remitido al Comité a algunas referencias que avalan la conclusión a la que arribó el Tribunal⁸³, pero no se han señalado referencias que llevarían a una interpretación del TBI y del Convenio CIADI distinta a la que resulta de la aplicación del Artículo 31.
127. Con respecto a los trabajos preparatorios del Convenio CIADI, Argentina argumenta que, cuando se redactó este Convenio, los redactores consideraron y rechazaron la posibilidad de permitir la acción directa a los accionistas controlantes de las sociedades locales y, en cambio, se incluyó la posibilidad contemplada en el Artículo 25(2)(b). En este respecto, el Comité no está convencido de

julio, 2006, párrs. 209-22, (“Decisión sobre Jurisdicción *Pan American*”); *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) c. República de Sri Lanka*, Caso CIADI No. ARB/87/3, Laudo, 27 de junio, 1990, (“Laudo AAPL”); Decisión sobre Jurisdicción *Lanco*, párrs. 9-10; *GAMI Investments, Inc. c. México*, TLCAN CNUDMI Ludo Final, párrs. 26-33, 43, 15 de noviembre, 2004 (“Laudo GAMI”); Decisión sobre Jurisdicción *Sempra*, párrs. 90-102; *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. y A.S. Baltoil c. La República de Estonia*, Caso CIADI No. ARB/99/2, Laudo, párrs. 319-29 (25 de junio, 2001), (“Laudo Genin”); Decisión sobre Jurisdicción *Siemens*, párrs. 125, 135-44; Decisión sobre Jurisdicción *Enron*, párrs. 37-40; *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo, párrs. 76-85 (30 de abril, 2004) (“Laudo *Waste Management*”), (todos denominados en el presente como “los casos que admitieron las reclamaciones de los accionistas”).

⁸³ Christoph Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, 290-291 (CUP 2001) (ver Nota al pie 37); Rudolph Dolzer y Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law* (OUP 2008) 57; Engela C. Schlemmer, *Investment, Investor, Nationality, and Shareholders*, en Peter Muchlinski, Federico Ortino y Christoph Schreuer [Eds.], *The Oxford Handbook of International Investment Law* (OUP 2008), en 81-86; Ian Laird, *A Community of Destiny – The Barcelona Traction case and the Development of Shareholder Rights to Bring Investment Claims*, en Todd Weiler [Ed.] *International Investment Law and Arbitration*, (Camerún, mayo, 2005) en 77-96.

que se haya establecido, sobre la base de los trabajos preparatorios, que la inclusión del Artículo 25(2)(b) en el Convenio CIADI tenga el propósito de impedir la posibilidad de que un accionista inicie un procedimiento por la violación a un tratado sobre protección de inversiones con respecto a la inversión del accionista, simplemente porque la inversión consiste en la participación en una sociedad que podría haber iniciado el procedimiento en su propio nombre en virtud del Artículo 25(2)(b).

128. Argentina también se refirió, por analogía, al Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y al TLCAN. Como el alcance de la protección otorgada por un tratado de protección de inversión depende, en cada caso, de los términos específicos del tratado correspondiente, el Comité considera que las comparaciones con tratados que contienen disposiciones diferentes son de poca utilidad, en especial con respecto a tratados que no se refieren a la protección de inversiones. Se observa que la Corte Europea de Derechos Humanos sostuvo que (sujeto a posibles excepciones) un accionista de una sociedad no está legitimado para iniciar una reclamación por la violación a los derechos de la sociedad en virtud del Artículo 1 del Protocolo N° 1 del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos, y que el mero hecho de que hubo una violación a los derechos de la sociedad en virtud del Artículo 1 del Protocolo N° 1 no significa, en sí mismo, que se haya producido una violación a los derechos del accionista conforme a esa disposición⁸⁴. No obstante, tal enfoque no contempla la situación de que una ley o un

⁸⁴ Con respecto a los derechos de los accionistas conforme al Convenio Europeo sobre Derechos Humanos en general, ver: *Agrotexim Hellas SA y otros c. Grecia* A 330 (1995); (1996) 21 EHRR 250; *Association y H c. Austria* (1984) 36 DR 187 en 191–2; *Matos e Silva Lda y otros c. Portugal* 1996-IV 1092; (1997) 24 EHRR 573; *Société Colas Est et autres c. Francia* 2002-III 421; *Autronic AG c. Suiza* A 178 (1990); (1990) 12 EHRR 485; *Demuth c. Suiza* 2002-IX 704; (2004) 38 EHRR 20; *Comingersoll SA c. Portugal* 2000-IV 355; (2001) 31 EHRR 772. Con respecto a los derechos de los accionistas conforme al Protocolo No. 1(1) en particular: *Olczak c. Polonia*, Decisión del 7 de noviembre, 2002, EHRR 2002-X, párr. 61; *Company S-S I AB y BT c. Suecia*, Solicitud 11189/84 (1986) 50 DR 121, 138; *Bramelid y Malmström c. Suecia*, Solicitud 8588-89/79 (1982) 29 DR 64, 81; (1983) 5 EHRR 249. Para un análisis detallado ver Marius Emberland, *The human rights of companies: exploring the structure of ECHR protection* (OUP 2006), pág. 65 y ss.

tratado pueda conferir determinados derechos directamente a un accionista, que puedan ser violados por un daño causado a la sociedad, ni aclara la cuestión de si el accionista estaría legitimado para iniciar una reclamación en tal caso.

129. El Comité llega a la conclusión de que, incluso si se recurriera a los principios del Artículo 32 de la Convención de Viena, no se llegaría a una interpretación del TBI y del Convenio CIADI distinta a la interpretación que resulta de la aplicación del Artículo 31.

(v) Conclusión

130. Por los motivos expuestos, el Comité concluye que el Tribunal no excedió sus facultades manifiestamente al determinar que Azurix estaba legitimada para presentar su reclamación. El Comité rechaza esta causal de anulación.

E. Derecho aplicable

(a) Introducción

131. El Artículo 42(1) del Convenio CIADI establece que:

El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.

132. Argentina alega que el Tribunal ha omitido la aplicación del derecho de Argentina a cuestiones controvertidas derivadas del Contrato de Concesión, conforme a las disposiciones expresas del Artículo 42(1) del Convenio CIADI. Señala Argentina que, en cambio, el Tribunal consideró que su análisis debía regirse “*por el Convenio CIADI, por el*

TBI y por el derecho internacional aplicable”, y que el Tribunal determinó las controversias derivadas del Contrato de Concesión sobre la base de que éstas eran de “*carácter fáctico*”. Argentina pretende la anulación del Laudo con fundamento en que, dada la omisión de aplicar la ley Argentina a controversias derivadas del Contrato de Concesión, el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades en los términos del Artículo 52(1)(b) del Convenio CIADI⁸⁵.

133. Argentina aduce además, que el Tribunal expresó motivos contradictorios respecto del derecho aplicable a las controversias derivadas del Contrato de Concesión, los cuales fueron decisivos para sus conclusiones sobre responsabilidad contra Argentina. Argentina alega que, por una parte, el Tribunal sostuvo que el derecho de Argentina “*debería ayudar al Tribunal a llevar adelante la indagación*” pero, por otra parte, el Tribunal también caracterizó a las controversias derivadas del Contrato de Concesión como cuestiones fácticas, e incluyó el derecho argentino en el Laudo bajo el título “Los Hechos”. Asimismo, Argentina también pretende la anulación del laudo con fundamento en que, al esgrimir motivos contradictorios con respecto al derecho aplicable, el Tribunal omitió expresar los motivos en que se funda el Laudo, en los términos del Artículo 52(1)(b) del Convenio CIADI⁸⁶.

(b) Argumentos de las Partes

134. Entre otros argumentos, Argentina alega que:

Respecto de la causal de anulación del Artículo 52(1)(b) del Convenio CIADI

⁸⁵ Solicitud de Anulación, párrs. 16-18.

⁸⁶ Solicitud de Anulación, párr. 30.

- (a) Es un principio aceptado que la aplicación incorrecta del derecho, por parte de un tribunal, constituye una extralimitación en sus facultades como causal de anulación⁸⁷.
- (b) Dado que las partes no acordaron el derecho aplicable, el Tribunal estaba obligado a aplicar, de conformidad con el Artículo 42 del Convenio CIADI, el derecho argentino y el derecho internacional “*que pudieren ser aplicables*”⁸⁸. A pesar de esta obligación, el Tribunal concluyó que “*la consulta al Tribunal se rige por el Convenio CIADI, por el BIT y por el derecho internacional aplicable*”⁸⁹.
- (c) Aunque el Tribunal sostuvo que no excluía completamente al derecho argentino, en tanto “*el derecho de Argentina debería ayudar al Tribunal a llevar adelante la indagación sobre las presuntas violaciones del Contrato de Concesión al que tal derecho se aplica*”⁹⁰, el Tribunal consideró que esta indagación debía ser limitada porque “*los reclamos sometidos a consideración del Tribunal se fundan en un tratado*”⁹¹. Por ende, el Tribunal descartó el derecho de Argentina para resolver la disputa porque, a pesar de considerar que el derecho argentino podía utilizarse en la indagación sobre los alegados incumplimientos del Contrato de Concesión, el Tribunal también determinó que dichos incumplimientos del Contrato de Concesión no eran parte de “*reclamos sometidos a consideración*”. Así, apartándose del Artículo 42(1), el Tribunal consideró que el derecho argentino no resultaba aplicable a los reclamos sometidos a consideración.

⁸⁷ Invocando a Eric A. Schwartz, *Finality at What Cost? The Decision of the Ad Hoc Committee in Wena Hotels v. Egypt*, in ANNULMENT OF ICSID AWARDS 43, 55 (Emmanuel Gaillard and Yas Banifatemi eds., 2004); Decisión sobre Anulación CMS, párr. 49; Decisión sobre Anulación MINE, párr. 5.03.

⁸⁸ Invocando la Decisión sobre Anulación Amco I, párrs. 20-22; Decisión sobre Anulación Klöckner, párrs. 68-69; Decisión sobre Anulación CDC, párrs. 45-46; Decisión sobre Anulación Repsol, párr. 37; Decisión sobre Anulación MTD, párr. 44.

⁸⁹ En referencia al Laudo, párr. 67.

⁹⁰ En referencia al Laudo, párr. 67.

⁹¹ En referencia al Laudo, párr. 67.

- (d) El Tribunal señaló que “*las alegaciones de [Azurix] se basan en diferencias relacionadas con el Contrato de Concesión*”⁹² y, según sus términos expresos, el derecho de Argentina rige la interpretación del Contrato de Concesión⁹³.
- (e) El Tribunal se ha referido al que consideró derecho argentino en la sección del Laudo sobre los “Hechos” y procedió a determinar las controversias derivadas del Contrato de Concesión en base a que revestía carácter “fáctico”⁹⁴. El Tribunal no pudo omitir la aplicación del derecho argentino como el derecho que rige el contrato mediante una nueva calificación de las controversias de interpretación contractual como situaciones de hecho. Aún cuando, en el derecho internacional general, una ley nacional “*generalmente se considera un hecho en relación con el cual las normas de derecho deben aplicarse*”, el derecho nacional debe tratarse como parte del derecho y no como un hecho, conforme al Artículo 42(1) del Convenio CIADI.
- (f) El Tribunal determinó que, en atención al principio de *exceptio non adimpleti contractus* (el “principio de *exceptio*”), la Provincia debió haber aceptado la rescisión unilateral del Contrato de Concesión por parte de ABA, y que la omisión de la Provincia constituyó, en última instancia, un incumplimiento de la disposición sobre “trato justo y equitativo” del Artículo II(2)(a) del TBI. Sin embargo, el principio de *exceptio* no integra el derecho administrativo argentino, el cual sigue el derecho administrativo francés al crear un régimen especial para los contratos públicos. Una de las características esenciales de este régimen es que el concesionario no tiene el derecho de suspender el cumplimiento del contrato, aún en caso de que la parte estatal lo haya incumplido. El Tribunal, en efecto, modificó

⁹² En referencia al Laudo, párr. 53.

⁹³ En referencia al Laudo, párr. 67.

⁹⁴ En referencia al Laudo, párr. 68.

el derecho aplicable, al invocar un principio jurídico desconocido para el derecho argentino y, en consecuencia, al recurrir a dicho principio para evaluar si la conducta de la Provincia se ajustó a la disposición sobre "trato justo y equitativo". La referencia del Tribunal al principio de *exceptio* constituyó una parte fundamental de decisión sobre el supuesto incumplimiento, por parte de Argentina, del estándar de trato justo y equitativo.

- (g) De acuerdo con el dictamen presentado por el Profesor Tomás Ramón Fernández en el procedimiento original, la inaplicabilidad del principio de *exceptio* a las concesiones de servicios públicos admite excepciones, en casos en que el contrato de concesión prevé lo contrario o cuando la inaplicabilidad del principio podría obligar a "*una persona a declararse en quiebra en beneficio de otra o para el beneficio de la sociedad en su totalidad*". Aun cuando Argentina rechaza el análisis de las excepciones efectuado por el Profesor Fernández, en todo caso, ninguna de dichas excepciones se verifica en la presente disputa —tal y como el mismo Tribunal ha reconocido— el Contrato de Concesión no contemplaba la *exceptio* en este caso, y ABA podría haber solicitado una orden judicial de rescisión de la Concesión si no pudiera haber continuado con la Concesión.
- (h) Por lo tanto, la decisión del Tribunal se aparta del derecho aplicable y, al hacerlo, frustra las expectativas legítimas de las partes del Contrato de Concesión, las cuales celebraron el contrato sobre la base del derecho administrativo argentino aplicable a los contratos públicos.
- (i) El Tribunal pretendió otorgar "*equilibrio a la relación entre el Gobierno y el Concesionario*"⁹⁵ y recurrió al principio de *exceptio*. En efecto, al hacerlo el Tribunal decidió en forma

⁹⁵ En referencia al Laudo, párr. 260.

inadmisible, con arreglo a la equidad (*ex aequo et bono*), en lugar de resolver de acuerdo con el derecho argentino que rige el Contrato de Concesión⁹⁶. El Tribunal reconoció el derecho aplicable, consideró lo que entendía como el resultado de su aplicación, y decidió que aplicaría normas diferentes.

- (j) Si se generaliza la decisión del Tribunal, la ausencia del principio de *exceptio* en el sistema legal aplicable a los contratos públicos puede constituir *per se* un incumplimiento del estándar de trato equitativo; y por lo tanto, se concluye que se ha puesto en duda la compatibilidad de los contratos públicos con las obligaciones de protección de inversiones en todos los sistemas de derecho continental, o bien debe concluirse que el Tribunal se ha extralimitado manifiestamente en sus facultades al reescribir las normas aplicables a la Concesión entre ABA y la Provincia.

Respecto de la causal de anulación del Artículo 52(1)(e) del Convenio CIADI

- (k) Dado que la ley que supuestamente aplicó el Tribunal no era de ningún modo el derecho aplicable, dicho derecho no puede proveer el fundamento para la conclusión del Tribunal.
- (l) Los comités *as hoc* del CIADI han reconocido repetidamente que la expresión de motivos contradictorios en el laudo configura omisión de expresar sus motivos⁹⁷, y que “*dos motivos genuinamente contradictorios se excluyen mutuamente*⁹⁸”.

⁹⁶ Invocando la Decisión sobre Anulación *Soufraki*, párr. 96.

⁹⁷ Invocando la Decisión sobre Anulación *Klöckner*, párr. 116; la Decisión sobre Anulación *Amco I*, párrs. 97-98; la Decisión sobre Anulación *Amco II*, párr. 1.18; la Decisión sobre Anulación *Vivendi*, párr. 63; la Decisión sobre Anulación *CDC*, párr. 70; la Decisión sobre Anulación *Mitchell*, párr. 21; la Decisión sobre Anulación *Repsol*, párr. 37; la Decisión sobre Anulación *MTD*, párr. 78; la Decisión sobre Anulación *Lucchetti*, párr. 127; la Decisión sobre Anulación *Soufraki*, párr. 122.

⁹⁸ Invocando la Decisión sobre Anulación *Klöckner*, párr. 116.

- (m) La declaración del Tribunal de que no aplicaría el derecho argentino, con excepción de los alegados incumplimientos del Contrato de Concesión, y su declaración de que no analizaría los alegados incumplimientos del Contrato de Concesión porque no habían sido “*sometidos a su consideración*”, son declaraciones contradictorias que se cancelan recíprocamente. El Tribunal puede aplicar o no aplicar el derecho argentino, pero incurre en términos contradictorios cuando declara que aplicará el derecho argentino a controversias que no resolverá.
- (n) Otra contradicción del Laudo surge de que, mientras el Tribunal reconoció que conforme al derecho administrativo de Argentina, la única parte que podía rescindir el contrato era el Poder Ejecutivo Provincial, sin embargo el Tribunal también concluyó que el rechazo de la notificación de Azurix de rescisión de la Concesión, por parte de la Provincia, constituía un incumplimiento del estándar de trato justo y equitativo. Debe admitirse que estas dos conclusiones son contradictorias, o bien que el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades mediante la aplicación del principio de *exceptio*.
- (o) El Tribunal también omitió expresar los motivos de su conclusión sobre la cuestión de los coeficientes de homogenización⁹⁹, dado que el Tribunal omitió referirse, en dicha conclusión, a la posición de Argentina en el sentido de que la decisión del ORAB se había convertido firme desde el punto de vista administrativo. La omisión de referirse a los argumentos de las partes, en caso de que su consideración hubiera podido modificar la conclusión del Tribunal, configura la omisión de expresar motivos¹⁰⁰.
- (p) Respecto de la disposición sobre “entera protección y seguridad” del Artículo II(2)(a) del TBI, el Tribunal no se refirió

⁹⁹ Laudo, párrs. 78-92.

¹⁰⁰ Invocando la Decisión sobre Anulación *MINE*, párr. 5.13.

al estándar necesario para su incumplimiento sino que expresó que “*el Tribunal, habiendo sostenido que la Demandada no brindó un trato justo y equitativo a la inversión, considera que la Demandada también incumplió el estándar de protección y seguridad plenas dispuesto en el TBI*”¹⁰¹. Si el estándar de plena protección y seguridad fuera idéntico al estándar de trato justo y equitativo del Tratado, no existiría *effet utile* del segundo estándar¹⁰². Por lo tanto, el Tribunal no ha expresado los motivos de su conclusión respecto del estándar de plena protección y seguridad. Además, si se anula el estándar de trato justo y equitativo, esto necesariamente implicaría que (como consecuencia directa) la conclusión del Tribunal sobre el estándar de plena protección y seguridad se anularía.

135. Entre otros argumentos, Azurix alega:

Respecto de la causal de anulación del Artículo 52(1)(b) del Convenio CIADI

(a) En relación con el derecho aplicable, la metodología del Tribunal se establece con claridad en los párrafos 65 y 66 del Laudo. El Tribunal señaló que, en virtud del derecho de Argentina, los tratados internacionales tienen jerarquía superior a las leyes nacionales, y que el Tribunal aplicaría “*ambos órdenes jurídicos*” porque cada uno tenía “*una función que desempeñar*”, la cual “*puede variar según cuál de los elementos de la controversia se examine*”¹⁰³. El Tribunal aplicó el TBI, el Convenio CIADI, el derecho internacional y el derecho de Argentina para considerar las reclamaciones de Azurix, aplicando cada uno en la función pertinente.

¹⁰¹ Laudo, párr. 408.

¹⁰² El Tribunal entiende que la expresión “*effet utile*” tiene el mismo significado que la máxima del Latín “*ut res magis valeat quam pereat*”.

¹⁰³ Laudo, párrs. 65-66.

- (b) Al aplicar el derecho argentino a los reclamos relacionados con los coeficientes de homogenización¹⁰⁴ variaciones constructivas¹⁰⁵, valuaciones del año 2000¹⁰⁶ y la crisis de Bahía Blanca¹⁰⁷, el Tribunal alcanzó la conclusión de que la conducta de la Provincia no sólo violaba el Contrato de Concesión y el marco regulatorio, sino que también constituía ejercicio de autoridad soberana que violaba los estándares del TBI¹⁰⁸. En cambio, en relación con el Índice de Precios Minorista (RPI, según las iniciales en idioma inglés) y ciertas obras de la Circular 31(A), el Tribunal rechazó las reclamaciones de Azurix por considerar que la conducta de la Provincia no violaba el derecho de Argentina (RPI)¹⁰⁹ o que se trataba de simples cuestiones contractuales (obras de la Circular 31) antes que cuestiones que demostraban el ejercicio de autoridad soberana¹¹⁰.
- (c) El enfoque del Tribunal es congruente con la práctica internacional¹¹¹.
- (d) El TBI es *lex specialis* en los términos del Artículo 42(1) del Convenio CIADI¹¹² y desde el punto de vista del derecho interno de Argentina, dado que los tratados internacionales integran el derecho argentino y tienen jerarquía superior a las leyes nacionales conforme al Artículo 75(22) de la Constitución Argentina.
- (e) El Tribunal no dio una nueva calificación, como cuestiones de hecho, a cuestiones de interpretación contractual. Desde el punto de vista del derecho internacional, una ley nacional se

¹⁰⁴ En referencia al Laudo, párrs. 90-92.

¹⁰⁵ En referencia al Laudo, párrs. 99-102.

¹⁰⁶ En referencia al Laudo, párr. 107.

¹⁰⁷ En referencia al Laudo, párrs. 141-144.

¹⁰⁸ En referencia al Laudo, párrs. 374-377, 393, 408.

¹⁰⁹ En referencia al Laudo, párrs. 114-119.

¹¹⁰ En referencia al Laudo, párrs. 150, 155, 160.

¹¹¹ Invocando el Laudo *Siemens*, párr. 78.

¹¹² Invocando el caso *M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc. c. Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/03/6, Laudo, 31 de julio, 2007, párrs. 217-218.

considera generalmente un hecho en relación con el cual deben aplicarse normas de derecho internacional, antes que una norma que debe aplicarse en el plano internacional como regla de derecho¹¹³.

- (f) El Tribunal interpretó el derecho de Argentina como un medio para determinar si se dio un incumplimiento contractual. Después de determinar ciertos incumplimientos contractuales, el Tribunal analizó las reclamaciones de Azurix para determinar si la conducta del Estado violaba el TBI. No todo incumplimiento de un contrato por parte del Estado constituye automáticamente una violación de derecho internacional, pero el hecho de que exista un incumplimiento contractual no excluye la posibilidad de que haya existido una violación del derecho internacional; simplemente, los estándares son diferentes¹¹⁴.
- (g) El Tribunal aplicó el TBI y el derecho internacional a las reclamaciones de Azurix basadas en el TBI, y también tuvo en cuenta al derecho de Argentina para alcanzar sus conclusiones sobre responsabilidad e indemnización por daños y perjuicios. Este enfoque es congruente con el Artículo 42(1) del Convenio CIADI, y no puede considerarse como una extralimitación “manifiesta” en sus facultades.
- (h) Las determinaciones del Tribunal en relación con la rescisión del Contrato de Concesión y la violación del estándar de trato justo y equitativo no se fundan en el principio de *exceptio*. El análisis de este principio por el Tribunal es *obiter dicta* y no resultó decisivo para su decisión sobre la omisión de dispensar un trato justo y equitativo. El Tribunal consideró como una clara

¹¹³ Invocando OPPENHEIM'S INTERNATIONAL LAW 83 (Jennings & Watts ed. 1992).

¹¹⁴ Invocando Christopher Schreuer, *Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction over Contract Claims—the Vivendi I Case Considered*, in *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, 281, 295-296 (T. Weiler ed., 2005); Decisión sobre Anulación MTD, párr. 75.

violación del estándar de trato justo y equitativo, la inadecuada conducta previa de la Provincia y su ulterior decisión de rechazar la “*solicitud razonable*” de ABA de rescindir la Concesión en septiembre de 2001 por culpa del Concedente y, en cambio, rescindir unilateralmente el Contrato debido a un abandono de servicio reclamado equivocadamente en marzo de 2002. Esta conclusión no se funda en el principio de *exceptio*, el cual consiste en el derecho de una parte de negar su propio cumplimiento contractual cuando la otra parte no cumple sus obligaciones. El principio de *exceptio* no tenía una implicación directa porque ABA continuó prestando el servicio hasta que la Provincia se hizo cargo de la prestación.

- (i) Argentina describe erróneamente al principio de *exceptio* al asociarlo al derecho de ABA de rescindir unilateralmente el Contrato y a la obligación de la Provincia de aceptar la rescisión por sus propios incumplimientos. Éstas son categorías jurídicas diferentes que no se superponen.
- (j) Aún la doctrina jurídica histórica que desconoce el derecho de aplicar el principio de *exceptio* a contratos gubernamentales admite que, en caso de graves incumplimientos del Estado, la parte privada siempre tiene derecho a solicitar la rescisión. El mismo Contrato de Concesión contempla que el concesionario puede reclamar la rescisión por culpa del Concedente en determinadas circunstancias.
- (k) El Tribunal no concluyó que ABA podía rescindir el contrato unilateralmente; simplemente sostuvo que ABA podía solicitar la rescisión y que la Provincia estaba obligada a aceptar dicha solicitud debido a sus propios incumplimientos, en razón de las circunstancias del caso. Independientemente de qué parte tenía derecho de emitir una declaración formal de rescisión, lo que el Tribunal consideró relevante es que la Provincia debería haber aceptado una solicitud razonable de rescisión del contrato, en

razón a la conducta previa de la Provincia y el carácter sustancial de sus propios incumplimientos.

- (l) Además, la rescisión del Contrato no fue el único fundamento de la conclusión del Tribunal sobre la violación del estándar de trato justo y equitativo. El Laudo también determinó que el estándar de trato justo y equitativo fue violado por la politización del régimen tarifario y las medidas adoptadas por la Provincia durante el incidente de Bahía Blanca.
- (m) Argentina entiende erróneamente el alcance del principio de *exceptio* en el derecho argentino. Tanto la doctrina legal como la jurisprudencia argentina han reconocido que el principio de la excepción puede ser invocado por una parte privada en caso de que el Estado incurra en abuso del derecho o en casos de incumplimientos que representen un riesgo sustancial para la capacidad del contratista de cumplir con las condiciones del contrato, lo cual se ha verificado en este caso.
- (n) El desacuerdo de Argentina con las observaciones del Tribunal sobre esta cuestión de derecho argentino no es suficiente para satisfacer el estándar de anulación del Artículo 52(1)(b) del Convenio CIADI, dado que constituye extralimitación manifiesta de facultades la omisión deliberada de aplicar el derecho pertinente y no solamente un error en su interpretación o aplicación. No se ha demostrado que el Tribunal aplicó un sistema de normas diferente del que correspondía en virtud del Artículo 42(1) del Convenio CIADI¹¹⁵.
- (o) Dado que el Tribunal no fundó en el principio de *exceptio* la conclusión de que la Provincia había violado el estándar de trato justo y equitativo, no tiene fundamento el argumento de

¹¹⁵ Invocando la Decisión sobre Anulación *Amco II*, párr. 7.21; Decisión sobre Anulación *CMS*, párr. 50; Decisión sobre Anulación *MINE*, párr. 5.04.

Argentina de que el Tribunal decidió *ex aequo et bono* al recurrir a dicha doctrina.

Respecto de la causal de anulación del Artículo 52(1)(e) del Convenio CIADI

- (p) El argumento de Argentina de que el Tribunal no expresó sus motivos en el laudo no puede prosperar dado que este argumento también se reduce a la errónea suposición de que el Tribunal no aplicó el derecho y decidió el caso *ex aequo et bono*.
- (q) El Tribunal no omitió la expresión de los motivos de su determinación de que existió un incumplimiento de la disposición sobre “plena protección y seguridad” del Artículo II(2)(a) del TBI. El Tribunal consignó con precisión sus motivos para concluir que Argentina violó el estándar de trato justo y equitativo, y luego consideró que los mismos motivos fundaban la conclusión de que Argentina violó la disposición sobre plena protección y seguridad.

(c) Omisión de la aplicación del derecho aplicable como causal de anulación en virtud del Artículo 52(1)(b) del Convenio CIADI: principios aplicables

136. Las escasas decisiones anteriores de comités *ad hoc* del CIADI confirman, y el Comité acepta, que un tribunal puede extralimitarse manifiestamente en sus facultades cuando desconoce el derecho aplicable o funda el laudo en normas que no constituyen derecho aplicable en virtud del Artículo 42 del Convenio CIADI¹¹⁶. Se verificará la causal de anulación del Artículo 52(1)(b) en caso de omisión absoluta de aplicar el derecho a la resolución la diferencia, por

¹¹⁶ Decisión sobre Anulación *Klöckner*, párr. 59; Decisión sobre Anulación *MINE*, párr. 5.03; Decisión sobre Anulación *CMS*, párr. 49; Decisión sobre Anulación *Lucchetti*, párr. 98; Decisión sobre Anulación *MTD*, párr. 44; Decisión sobre Anulación *Soufraki*, párr. 45.

ejemplo, en caso de que el tribunal decida la diferencia *ex aequo et bono* a pesar de que no se lo haya facultado a tal efecto en los términos del Artículo 42(3)¹¹⁷. Dicha causal de anulación existirá, de manera similar, en caso de que el tribunal pretenda aplicar una norma que no constituye derecho aplicable en virtud del Artículo 42, o en caso de que el tribunal manifiestamente aplique un sistema de normas diferente aunque pretenda aplicar el derecho aplicable en virtud del Artículo 42¹¹⁸.

137. Dichas decisiones anteriores de comités *ad hoc* del CIADI enfatizan que, mientras la *falta de aplicación* del derecho adecuado en virtud del Artículo 42 puede constituir una causal de anulación, no ocurre lo mismo con la *aplicación errónea* del derecho adecuado por parte del tribunal¹¹⁹. Al respecto, el Comité comparte las siguientes observaciones, formuladas por el comité *ad hoc* en la Decisión sobre Anulación *Amco I* (la primera decisión sobre anulación del CIADI) y citadas posteriormente de conformidad en la Decisión sobre Anulación *Soufraki*:

El Comité ad hoc no revisará el derecho aplicado por el Tribunal a los efectos de detectar errores de interpretación sobre requerimientos de derecho aplicable o sobre la comprensión o evaluación de los hechos relevantes a los cuales se ha aplicado ese derecho. Dicha revisión es precisamente la función de un tribunal de apelación, y el Comité ad hoc no reviste ese carácter. El Comité ad hoc se limitará a determinar si efectivamente el Tribunal aplicó el derecho que debía aplicar a la diferencia. La omisión de aplicar el derecho adecuado, a

¹¹⁷ Decisión sobre Anulación *Klöckner*, párr. 79; Decisión sobre Anulación *Amco II*, párr. 7.28; Decisión sobre Anulación *MTD*, párr. 44.

¹¹⁸ Decisión sobre Anulación *MTD*, párr. 47, citado de conformidad en la Decisión sobre Anulación *CMS*, párr. 51: "... la noción de esforzarse por aplicar el derecho no es una materia meramente subjetiva. Un laudo no escapará de la nulidad si el tribunal, mientras pretende aplicar el derecho relevante, realmente aplica otro derecho completamente diferente. Sin embargo, el error debe ser "manifiesto" e indiscutible; no es suficiente un malentendido (y menos aún un desacuerdo) respecto del contenido de una norma particular".

¹¹⁹ Decisión sobre Anulación *MINE*, párr. 5.04; Decisión sobre Anulación *CMS*, párrs. 50-51; Decisión sobre Anulación *Repsol*, párr. 38; Decisión sobre Anulación *Soufraki*, párr. 85; Decisión sobre Anulación *Lucchetti*, párr. 112; Decisión sobre Anulación *MTD*, párrs. 45-49.

diferencia del error en la interpretación del derecho aplicable constituiría una extralimitación manifiesta en las facultades del Tribunal y una causal de anulación en virtud del Artículo 51(1)(b) del Convenio. El Comité ad hoc emprendió esta tarea con cautela, distinguiendo la falta de aplicación del derecho aplicable, como causal de anulación, de la errónea interpretación del derecho aplicable, como causal de apelación¹²⁰.

(d) Omisión de la aplicación del derecho aplicable como causal de anulación en virtud del Artículo 52(1)(b) del Convenio CIADI: posición del Comité

138. Las reclamaciones formuladas por Azurix y cuestionadas por Argentina, las cuales fueron resueltas por el Tribunal en el presente caso, se describen en los párrafos 29 a 31 *ut supra*. Todas las reclamaciones se referían a supuestas violaciones del TBI. El Tribunal admitió tres de las cinco reclamaciones.
139. Las conclusiones del Tribunal sobre el derecho aplicable se consignaron en los párrafos 65 a 68 del Laudo, después del análisis de los argumentos de las partes sobre la cuestión, expuestos en los párrafos 58 a 64.
140. En el párrafo 65 del Laudo, el Tribunal partió de la mención de *“que las partes están de acuerdo con la afirmación de que el TBI es el punto de referencia para juzgar el fondo de las reclamaciones de Azurix”*. En el párrafo 66, el Tribunal señaló que el *“[e]l inciso 1) del Artículo 42 ha sido objeto de controversia en cuanto a la función que desempeñan, respectivamente, el derecho interno y el derecho internacional”*, y expresó que *“ambos órdenes jurídicos tienen una función que desempeñar, la que dependerá de la naturaleza de la controversia y puede variar según cuál de los elementos de ésta se examine”*.
141. En el párrafo 67 del Laudo, el Tribunal expresó entonces que:

¹²⁰ Decisión sobre Anulación *Amco I*, párr. 23, citada de conformidad en la Decisión sobre Anulación *Soufraki*, párr. 85.

La reclamación de Azurix ha sido presentada con arreglo al TBI, y como lo señaló el Comité de Anulación en el caso Vivendi II, la consulta al Tribunal se rige por el Convenio CIADI, por el BIT y por el derecho internacional aplicable. [Énfasis agregado por el Comité.]

142. El Comité considera que la referencia a *Vivendi II* en dicha oración se relaciona claramente con los párrafos de la Decisión sobre Anulación *Vivendi* mencionados en párrafos anteriores del Laudo al resumir los argumentos de las partes. En particular, en el párrafo 60 del Laudo, el Tribunal se refiere al párrafo 102 de la Decisión sobre Anulación *Vivendi*, en el cual se expresa:

En la opinión del Comité, no le está permitido a un tribunal del CIADI, con jurisdicción bajo un TBI respecto de una reclamación basada sobre las disposiciones sustantivas de dicho TBI, desestimar la reclamación a causa de que pudo o debió haber sido conocida por un tribunal nacional. En un tal caso, el examen que el tribunal del CIADI está obligado a efectuar es uno regido por el Convenio del CIADI, por el TBI y por el derecho internacional. Dicho examen no se determina en principio, ni se precluye, por una cuestión de derecho interno, incluyendo cualquier acuerdo de las partes bajo el derecho interno. [Énfasis agregado por el Comité.]

143. Esta aseveración de la Decisión sobre Anulación *Vivendi* se explica en párrafos anteriores de dicha decisión, en los cuales el comité *ad hoc* sostuvo:

En cuanto a la relación entre incumplimiento de contrato e incumplimiento del tratado en el presente caso, se debe hacer hincapié en que los Artículos 3 y 5 del TBI no se relacionan directamente al incumplimiento de un contrato de derecho interno. En su lugar establecen una norma independiente. Un estado puede violar un tratado sin violar un contrato y viceversa, y este por cierto es el caso de estas disposiciones del TBI. El punto se deja en claro en el Artículo 3 de los Artículos de la CDI, titulado “Caracterización de un acto de un Estado como internacionalmente ilícito”:

La calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional. Tal calificación no es afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno.

De conformidad con este principio general (que es sin duda declaratorio del derecho internacional general), son cuestiones distintas la de si ha habido incumplimiento del TBI y la de si ha habido incumplimiento de contrato. Cada una de estas reclamaciones será determinada en referencias a su propio derecho aplicable – en el caso del TBI, por el derecho internacional; en el caso del Contrato de Concesión, por el derecho propio del contrato, en otras palabras, el derecho de Tucumán. Por ejemplo, en el caso de una reclamación basada en un tratado, se aplican las reglas internacionales acerca de la atribución, con el resultado de que el Estado Argentino es internacionalmente responsable por los actos de sus autoridades provinciales. Por otra parte, el Estado Argentino no es responsable por el cumplimiento de los contratos concluidos por Tucumán, que posee personalidad jurídica separada bajo su propio derecho y es responsable por el cumplimiento de sus propios contratos¹²¹.

144. En la Decisión sobre Anulación Vivendi, el comité *ad hoc* procedió a citar la sentencia del caso *ELSI*, en la cual la CIJ sostuvo:

La conformidad con el derecho interno y la conformidad con las disposiciones de un tratado son cuestiones diferentes. Lo que constituye violación de un tratado puede ser lícito en derecho interno y lo que es ilícito en derecho interno puede no entrañar violación alguna de las disposiciones de un tratado.

... el que un hecho de una autoridad pública pueda haber sido ilícito en derecho interno no significa necesariamente que el hecho sea ilícito en derecho internacional, por violación de un tratado o de cualquier otra manera. La conclusión de los tribunales nacionales de que un hecho es ilícito

¹²¹ Decisión sobre Anulación *Vivendi*, párrs. 95-96.

*puede ser pertinente para argumentar que ha sido también arbitrario. Sin embargo, en sí misma y sin nada más que lo acompañe, la ilicitud no puede decirse que equivalga a arbitrariedad... Tampoco de la conclusión de un tribunal interno de que un hecho es injustificado, irrazonable o arbitrario cabe deducir que ese hecho deba considerarse necesariamente como arbitrario en derecho internacional, aunque la calificación dada al hecho impugnado por una autoridad interna pueda constituir una indicación valiosa*¹²².

145. El Comité comparte dichas conclusiones expresadas en la Decisión sobre Anulación *Vivendi* y en el caso *ELSI*.
146. En el presente caso, estos principios son categóricos. Todas las reclamaciones presentadas por Azurix en este caso se referían a una alegada violación del TBI. El TBI es un tratado internacional entre Argentina y los Estados Unidos de América. Por definición, un tratado se rige por el derecho internacional¹²³, y no por el derecho interno. Constituye un principio fundamental que “[u]na parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”¹²⁴. Por lo tanto, en un reclamo relativo al incumplimiento de un tratado de inversión, la determinación de la violación del tratado no debe definirse mediante la aplicación del derecho interno del Estado, sino mediante la aplicación de los términos del tratado a los hechos del caso, de acuerdo con principios generales de derecho internacional, inclusive los principios del derecho internacional de los tratados. Dado que un tratado de inversión, ya sea bilateral o multilateral, es en sí mismo una fuente de derecho internacional entre los Estados partes de dicho tratado¹²⁵, puede decirse que la ley aplicable a toda reclamación por

¹²² *Caso relativo Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (Estados Unidos de América c. Italia)*, Judgment, I.C.J. Reports 1989, pág. 15 (caso “ELSI”), párrs. 73 y 124, citado en los Artículos de la CDI sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos adjuntos a la Resolución 54/83 de la Asamblea General, 12 de diciembre, 2001, comentario al Artículo 3, citado en la Decisión sobre Anulación *Vivendi*, párr. 97.

¹²³ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Artículo 2(1)(a).

¹²⁴ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Artículo 27.

¹²⁵ Comparar con el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, Artículo 38(1)(a).

incumplimiento de dicho tratado es el mismo tratado, en particular, y el derecho internacional, en general.

147. Asimismo, en los procedimientos de arbitraje regidos por el Convenio CIADI, el tribunal también debe cumplir los términos del Convenio CIADI, el cual también es un tratado internacional que debe ser interpretado y aplicado de acuerdo con principios generales de derecho internacional, inclusive los principios del derecho internacional de los tratados. El Comité considera que, en una reclamación por incumplimiento de un tratado de inversión, la aplicación por el tribunal del tratado de inversión y del derecho internacional como derecho aplicable se prevé en los términos “y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables” del Artículo 42(1) del Convenio CIADI. El Comité considera que la segunda oración del Artículo 42(1) de ningún modo puede entenderse en el sentido de que, en caso de falta de acuerdo expreso sobre elección del derecho, resultará aplicable el derecho interno del Estado Contratante a los casos de reclamaciones por supuestas violaciones de un tratado de inversión.
148. El Comité concluye que el Tribunal identificó correctamente el derecho aplicable a las reclamaciones de Azurix por violaciones del TBI, en virtud Artículo 42 del Convenio CIADI, en tanto se refirió “[a]l Convenio CIADI, ... el BIT y ... del derecho internacional aplicable¹²⁶”.
149. En algunos casos, puede ser una condición expresa del tratado de inversión que el Estado receptor debe observar reglas específicas de su propio derecho interno. En estos casos, el incumplimiento del derecho interno por el Estado puede, por lo tanto, constituir un incumplimiento del tratado. Aunque el derecho interno no integra, como tal, el derecho aplicable a una reclamación basada en el incumplimiento de un tratado, en dichos casos puede resultar necesario determinar si ha existido un incumplimiento del derecho interno como medio para determinar si ha existido un incumplimiento

¹²⁶ Laudo, párr. 67.

del tratado. Tal como ha señalado la Comisión de Derecho Internacional:

La regla según la cual la calificación de un comportamiento como ilícito en derecho internacional no queda afectada por la calificación del mismo hecho como lícito en el derecho interno no admite excepción en los casos en que las reglas del derecho internacional exigen al Estado que aplique las disposiciones de su derecho interno, por ejemplo dando a los extranjeros el mismo trato jurídico que a los nacionales. Ciertamente es que en tal caso la aplicación del derecho interno es pertinente para la cuestión de la responsabilidad internacional, pero ello se debe a que la regla de derecho internacional la hace pertinente, por ejemplo incorporando la norma de conformidad con el derecho interno como norma internacional aplicable, o como un aspecto de ésta. Particularmente en materia de perjuicios causados a los extranjeros y a sus bienes y en materia de derechos humanos, el contenido y la aplicación del derecho interno serán a menudo pertinentes para la cuestión de la responsabilidad internacional. En cada caso se deberá analizar si las disposiciones del derecho interno son pertinentes, como hechos, para aplicar la norma internacional que proceda, o si están efectivamente incorporadas de alguna forma, condicional o incondicionalmente, en dicha norma¹²⁷.

150. Como posible ejemplo, el Comité recuerda los argumentos de las partes sobre los efectos del Artículo II(2)(c) del TBI, el cual establece que “[c]ada Parte cumplirá los compromisos que hubiera contraído con respecto a las inversiones”. En el presente caso, Azurix argumentó que la referencia del artículo a “compromisos” incluía tanto obligaciones de derecho interno como obligaciones de derecho internacional. Argentina, por su parte, sostuvo que las reclamaciones contractuales no se convierten automáticamente en reclamaciones basadas en el tratado en virtud de este artículo. El Tribunal, en última instancia, no decidió entre los dos argumentos en pugna. El Tribunal rechazó la reclamación de Azurix sobre violación del Artículo II.2(c)

¹²⁷ Caso *ELSI*, párr. 124, citado en Artículos de la CDI, comentario al Artículo 3, citado en la Decisión sobre Anulación *Vivendi*, párr. 97.

del TBI en base a que las partes del Contrato de Concesión no eran las partes del presente caso, Azurix y Argentina. Las partes del Contrato de Concesión eran ABA (subsidiaria de Azurix) y la Provincia (subdivisión política de Argentina) y, en opinión del Tribunal, no había “ningún compromiso con Azurix que Argentina deb[er]ja respetar, salvo las obligaciones contraídas en virtud del TBI¹²⁸”.

151. Si Azurix y Argentina hubieran sido las partes del Contrato de Concesión, y si el Tribunal hubiera determinado que el término “compromisos” del Artículo II.2(c) del TBI incluía obligaciones en virtud del derecho interno (asunto sobre el cual el Comité no ha sido llamado a pronunciarse), podría haber sido necesario que el Tribunal estableciera si Argentina incumplió sus obligaciones de derecho interno para determinar una reclamación basada en el Artículo II.2(c) del TBI. En ese caso, hubiera resultado necesario que el Tribunal aplicara el derecho interno argentino a los efectos de determinar si existió un incumplimiento de obligaciones de derecho interno. Sin embargo, aún en este caso, el derecho interno no pasaría a integrar el derecho aplicable, en los términos Artículo 42 del Convenio CIADI, a los efectos de determinar si existió una violación del Artículo II.2(c) del TBI. En realidad, cualquier incumplimiento del derecho interno que pudiera establecerse sería un hecho o elemento al cual se aplicarían las condiciones del TBI y el derecho internacional, a los efectos de determinar si existió una violación del Artículo II.2(c).
152. Después de determinar que su indagación en este caso estaba *regida “por el Convenio CIADI, por el BIT y por el derecho internacional aplicable”*, el Tribunal sostuvo que:

Si bien la indagación del Tribunal se guiará por esta afirmación, ello no implica que el derecho argentino deba desconocerse. Por el contrario, el derecho de Argentina debería ayudar al Tribunal a llevar adelante la indagación sobre las presuntas

¹²⁸ Laudo, párr. 384.

*violaciones del Contrato de Concesión al que tal derecho se aplica, aunque sólo se trate de un elemento de la indagación consulta, dado que los reclamos sometidos a consideración del Tribunal se fundan en un tratado*¹²⁹.

153. En opinión del Comité, esta afirmación es congruente con los principios expuestos *ut supra*. El Comité, por lo tanto, no encuentra errores en la identificación efectuada por Tribunal del derecho aplicable en los términos del Artículo 42.
154. El Comité procede entonces a considerar si el Tribunal, en efecto, aplicó el derecho que había identificado como derecho aplicable para resolver cada una de las tres reclamaciones de Azurix que resultaron admitidas. Estas tres reclamaciones de Azurix aludían, respectivamente, a la violación del estándar de “trato justo y equitativo” del Artículo II(2)(a) del TBI, de la disposición sobre “medidas arbitrarias o discriminatorias” del Artículo II(2)(b) del TBI, y de la disposición sobre “plena protección y seguridad” del Artículo II(2)(a) del TBI.
155. Respecto de la reclamación relativa al estándar de “trato justo y equitativo” del Artículo II(2)(a) del TBI, el Tribunal partió de la siguiente afirmación:

*... el TBI es un tratado internacional que debe interpretarse de acuerdo con las normas de interpretación establecidas por la Convención de Viena. Como ya se señaló, esta Convención es de cumplimiento obligatorio para las partes en el TBI. En el Artículo 31(1) de la Convención se dispone que un tratado “deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”*¹³⁰.

156. Entonces, aplicando estos principios, el Tribunal determinó que:
- ... Del significado corriente de los términos “justo” y “equitativo” y del propósito y objetivo del TBI se*

¹²⁹ Laudo, párr. 67.

¹³⁰ Laudo, párr. 359.

desprende que por trato “justo y equitativo” debería entenderse el tratamiento “parejo” y “arreglado a justicia y razón”, tendiente a favorecer la promoción de la inversión extranjera¹³¹.

157. El Tribunal procedió a considerar la expresión “trato justo y equitativo” en el contexto de la totalidad de los términos del Artículo II.2(a) del TBI¹³². Asimismo, consideró la interpretación de los estándares de “trato justo y equitativo” de diversos tratados de protección de inversiones de acuerdo con diferentes tribunales arbitrales¹³³. El tribunal siguiendo este análisis concluyó que *“hay un factor común en los laudos recientes... y es que no se incluye la mala fe o la intención dolosa del Estado receptor como elemento necesario de la falta de trato justo y equitativo de la inversión¹³⁴”*.
158. Resulta claro para el Comité que, a los efectos de la determinación del contenido del estándar de “trato justo y equitativo”, el Tribunal aplicó los términos del mismo TBI, así como principios de derecho internacional aplicables, inclusive el derecho internacional de los tratados. No se sugirió que el contenido del estándar estuviera definido por el derecho interno o que la determinación de la violación del estándar dependiera de la determinación del incumplimiento de obligaciones en virtud del derecho interno.
159. Luego, el Tribunal concluyó, en los párrafos 374 a 376 del Laudo, que tres circunstancias diferentes *“mostr[ba]n una arraigada conducta de incumplimiento generalizado del estándar de tratamiento justo y equitativo¹³⁵”*. El Tribunal no concluyó expresamente que alguna de estas circunstancias en forma aislada constituyera necesariamente un incumplimiento del estándar, pero señaló que se verificaba el incumplimiento del estándar cuando estas tres circunstancias eran *“[c]onsideradas en conjunto”*.

¹³¹ Laudo, párr. 360.

¹³² Laudo, párr. 361.

¹³³ Laudo, párrs. 365-372.

¹³⁴ Laudo, párr. 372.

¹³⁵ Laudo, párr. 377.

160. En relación con la primera de estas circunstancias, el Tribunal sostuvo, en el párrafo 374:

Al Tribunal le asombra la conducta demostrada por la Provincia después de que la Demandante le notificara la rescisión del Contrato de Concesión. ABA había solicitado la rescisión de común acuerdo con la Provincia. Ésta rechazó la que era una solicitud razonable a la luz de su propio comportamiento y del de sus dependencias. La negativa de la Provincia de aceptar la notificación de rescisión y su insistencia en rescindirla por sí misma por abandono de la Concesión es claramente un caso de incumplimiento del estándar de trato justo y equitativo. Es evidente, a juzgar por los hechos que el Tribunal tiene ante sí, que la Concesión no fue abandonada.

161. Contrariamente a los argumentos de Argentina, el Comité tampoco entiende que en este párrafo del Laudo el Tribunal consideró que Azurix tenía, de acuerdo con el derecho interno de Argentina, un derecho unilateral a rescindir el Contrato de Concesión, ya sea en virtud del principio de la *exceptio non adimpleti contractus* o en virtud de otras normas. En este párrafo, el Tribunal no se refiere en absoluto a la situación desde la perspectiva del derecho interno de Argentina. La mención de que la Provincia “rechazó” una “solicitud” de ABA para rescindir la Concesión parecería indicar que el Tribunal supone que ABA *no* tenía el derecho de rescindirlo unilateralmente.
162. La simple lectura de los términos de este párrafo del Laudo indica al Comité que el Tribunal consideró que una de las tres circunstancias que configuraban el incumplimiento del estándar de trato justo y equitativo estaba dada por (1) la *conducta* de la Provincia, la cual insistió en rescindir el Contrato de Concesión por abandono de la Concesión por parte de ABA, mientras surgía de los hechos en forma evidente que la Concesión *no* fue abandonada, y (2) la *conducta* de la Provincia, la cual no autorizó a ABA a rescindir la Concesión de común acuerdo con la Provincia. Independientemente de la cuestión de la justificación de dicha conducta conforme al derecho interno, el

Tribunal determinó que esta conducta de la Provincia era relevante a los efectos de la violación del estándar del tratado sobre trato justo y equitativo.

163. Argentina argumenta que esta lectura del párrafo 374 del Laudo se contradice con el párrafo 260 del Laudo, en el cual el Tribunal sostuvo que “*la aplicación del principio de exceptio non adimpleti contractus otorga equilibrio a la relación entre el Gobierno y el Concesionario*”. De acuerdo con Argentina, el Tribunal determinó erróneamente que el principio de *exceptio* era parte del derecho interno de Argentina, y la conclusión del Tribunal del párrafo 374 del Laudo se funda en dicha determinación errónea.
164. En este sentido, el Tribunal se refiere al principio de *exceptio*, en el párrafo 260 del Laudo, en el marco de su consideración del Artículo 14.1.4 del Contrato de Concesión, sobre “Rescisión por Culpa del Concedente”. En los párrafos 255 a 259, el Tribunal abordó las dificultades interpretativas de esta disposición. Así, el Tribunal sostuvo, en el cuestionado párrafo 260, que:

La dificultad de interpretar coherentemente las disposiciones del Artículo 14 se ve agravada por el Artículo 49-II de la Ley, en el cual, como ya se señaló, se dispone que la rescisión “deber[á] ser resuelt[a] por el Poder Ejecutivo Provincial, con intervención del ORAB”. En la Ley no se distingue entre la rescisión por parte del Concedente o del Concesionario. Parecería apropiado interpretar el Contrato de Concesión en consonancia con las disposiciones de la Ley. Por otra parte, el Tribunal no puede hacer caso omiso del resultado práctico de esa interpretación; si se la llevara al extremo, un concesionario se vería obligado a suministrar el servicio indefinidamente a arbitrio del gobierno y su derecho a rescindir el Contrato de Concesión quedaría privado de todo contenido. Por este motivo, la aplicación del principio de exceptio non adimpleti contractus otorga equilibrio a la relación entre el Gobierno y el Concesionario. El Tribunal entiende que carece de importancia si ABA invocó esta defensa al recurrir a los tribunales argentinos. El Tribunal está evaluando la conducta de la

Demandada y sus subdivisiones políticas en el ejercicio de su autoridad pública frente a los estándares de protección de inversores extranjeros acordados en el TBI, y la aplicación del principio de exceptio non adimpleti contractus ha sido planteada por la Demandante en el arbitraje de autos. Esta excepción no es desconocida en el derecho argentino o los sistemas jurídicos en general, dado que es reflejo del principio de buena fe. El Tribunal lo tendrá en cuenta al evaluar las medidas adoptadas por la Provincia en relación con los estándares de protección.

165. En base a este párrafo, el Comité no considera (1) que el Tribunal haya determinado que existe un principio de *exceptio*, conforme al derecho interno argentino, que Azurix podía a invocar en el contexto de las circunstancias de este caso, ni (2) que la determinación del Tribunal sobre el incumplimiento del estándar de trato justo y equitativo se funda en la conclusión del Tribunal de que la Provincia había negado a ABA su derecho de invocar el principio de *exceptio* conforme al derecho argentino.
166. En primer lugar, como se señaló *ut supra*, el Tribunal estableció expresamente en el párrafo 67 del Laudo que, a los efectos de la determinación de las reclamaciones de Azurix basadas en el TBI, la consulta al Tribunal se regía “*por el Convenio CIADI, por el BIT y por el derecho internacional aplicable*”. El Tribunal fundó esta aseveración en la Decisión sobre Anulación *Vivendi*, en la cual se establece claramente que los estándares de un tratado son independientes de los estándares del derecho interno, de modo que la verificación del incumplimiento de los primeros no depende de la determinación del incumplimiento de estos últimos. El Comité concluye que, por lo tanto, no se puede interpretar que existe una determinación implícita del Tribunal, en los párrafos 260 a 374 del Laudo, de que el incumplimiento del estándar de trato justo y equitativo se debió al desconocimiento de algún derecho específico que correspondía a ABA conforme al derecho interno argentino.

167. En segundo lugar, en el párrafo 260 no se concluye categóricamente que el principio de *exceptio* se reconoce efectivamente en el derecho interno argentino. De hecho, las primeras tres oraciones de este párrafo parecen partir de que no es así o, al menos que podría no serlo. La cuarta oración de este párrafo se refiere entonces a las consecuencias prácticas de dicha premisa. Así, en la quinta oración de este párrafo se sostiene que “[p]or este motivo, la aplicación del principio de *exceptio non adimpleti contractus otorga equilibrio a la relación entre el Gobierno y el Concesionario*”. No surge con claridad, de los términos de esta oración en particular, si el Tribunal se refiere a la situación conforme al derecho interno argentino o a la situación conforme al estándar del tratado. Sin embargo, las demás oraciones del párrafo parecen confirmar que se refiere a la situación conforme al *estándar del tratado*. En las demás oraciones, el Tribunal sostiene que carece de importancia si se invocó el principio de *exceptio* ante los tribunales nacionales porque “[e]l Tribunal está evaluando la conducta de la Demandada y sus subdivisiones políticas ... frente a los estándares de protección ... en el TBI, y [el principio de *exceptio*] ... ha sido planteado por la Demandante en el arbitraje de autos”. El Tribunal sostiene que el principio de *exceptio* no es desconocido “en el derecho argentino o los sistemas jurídicos en general, dado que es reflejo del principio de buena fe” y que el Tribunal, por lo tanto, “lo tendrá en cuenta al evaluar las medidas adoptadas por la Provincia en relación con los estándares de protección”.
168. Aunque el Tribunal también afirma en este párrafo que el principio de *exceptio* “no es desconocido en el derecho argentino”, el Comité no puede interpretar esta afirmación del Tribunal en el sentido de que ABA tenía derecho de invocar este principio como cuestión de derecho interno argentino. En su Memorial de Anulación, Argentina parece aceptar que, en virtud del derecho argentino, “[e]n algunos casos la *exceptio* es una defensa que puede presentar un concesionario, aunque no un concesionario de servicios públicos y

*esenciales*¹³⁶”. Por lo tanto, no es incorrecta la aseveración del Tribunal de que el principio “*no es desconocid[o] en el derecho argentino*”. Aún si efectúa la interpretación más adversa de esta aseveración del Tribunal, el Comité entiende que el Tribunal sólo se refirió a dicho principio como mera justificación *adicional* al aplicar el estándar del tratado. En todo caso, si fuera completamente errada la aseveración del Tribunal de que el principio de *exceptio* “*no es desconocido en el derecho argentino*”, de todos modos, no constituye un error anulable del Tribunal que lo haya tomado en cuenta al aplicar el estándar del tratado.

169. Además, aún en caso de que, contrariamente a las conclusiones expresadas por el Comité, el Tribunal hubiera determinado erróneamente que ABA tenía derecho, conforme al derecho argentino, de invocar el principio de *exceptio* en este caso, y hubiera concluido entonces que el desconocimiento de este derecho por parte de la Provincia constituyó un incumplimiento del estándar de trato justo y equitativo, en opinión del Comité, no se trataría de un error anulable. El Tribunal identificó correctamente al derecho aplicable en virtud del Artículo 42, al señalar, como derecho aplicable, al Convenio CIADI, al TBI y al derecho internacional aplicable. El Tribunal podría haber concluido que el estándar del tratado había sido violado por las circunstancias en que se había negado el derecho de ABA conforme al derecho interno argentino. Aún si hubiera sido completamente errada la aseveración del Tribunal de que ABA tenía ese derecho conforme al derecho interno argentino, el Comité considera que esta cuestión corresponde al fondo de las conclusiones del Tribunal. Y, como se ha señalado *ut supra*, no constituye una causal de anulación en virtud del Artículo 52(1)(b) del Convenio la verificación “*errores de interpretación sobre requerimientos de derecho aplicable o sobre la*

¹³⁶ Memorial de Anulación, nota al pie 116.

*comprensión o evaluación de los hechos relevantes a los cuales se ha aplicado ese derecho*¹³⁷”.

170. Argentina alega que, si se generaliza la posición del Tribunal, el resultado sería que la ausencia del principio de la *exceptio* en los regímenes aplicables a los contratos públicos de determinados sistemas de derecho interno constituiría, por sí misma, una violación del estándar de trato justo y equitativo, de modo que la compatibilidad entre los contratos públicos y el régimen de protección de las inversiones extranjeras se encuentra actualmente en duda dichos sistemas jurídicos. El Comité no acepta este argumento. La decisión del Tribunal se fundó en las circunstancias fácticas específicas de este caso en particular, y constituye meramente el ejemplo de un caso en que se determinó que, en virtud de todas las circunstancias dadas, se verificaba el incumplimiento del estándar del tratado, aún cuando pudiera no haberse verificado el incumplimiento de obligaciones conforme al derecho interno.
171. En los párrafos 375 y 376 del Laudo, el Tribunal se refiere a las otras dos circunstancias que, en opinión del Tribunal, consideradas en conjunto con la circunstancia referida en el párrafo 374, configuraban un incumplimiento del estándar de trato justo y equitativo. El Tribunal no sostuvo, en el párrafo 375 ni en el párrafo 376, que la determinación del incumplimiento de dicho estándar de trato conforme al tratado dependía de la verificación de un incumplimiento conforme al derecho argentino. Las citas incluidas del caso *ELSI* confirman que no se requiere un incumplimiento del derecho interno a los efectos de determinar el incumplimiento del estándar de un tratado, aunque el primero pueda constituir una indicación valiosa. De acuerdo con los términos de los párrafos 92, 102 y 375 del Laudo, el Comité entiende que, respecto de los coeficientes de homogenización y las variaciones constructivas, la conclusión del Tribunal no se fundó en la determinación de que la Provincia o sus autoridades habían

¹³⁷ Ver párrafo 137 *ut supra*.

incurrido en incumplimientos específicos del derecho argentino, sino en la determinación de que la conducta de las autoridades pertinentes se basaba en consideraciones políticas antes que en la aplicación de las condiciones del Contrato de Concesión; como lo demuestra, por ejemplo, el trato diferente acordado al nuevo proveedor del servicio después de la rescisión del Contrato de Concesión.

172. Respecto del incumplimiento del estándar sobre “medidas arbitrarias o discriminatorias” del Artículo II(2)(b) del TBI, el Tribunal determinó, en base a la redacción del texto de dicha disposición (que, señaló el Tribunal, no había sido refutada por Argentina), que basta que una medida sea arbitraria para que constituya una violación del TBI¹³⁸.
173. El Tribunal sostuvo entonces que:

*De conformidad con el Artículo 31 de la Convención de Viena, el Tribunal está obligado a considerar el significado corriente de los términos utilizados en el TBI. Las conclusiones de otros tribunales, en particular de la CIJ, deberían ayudar al Tribunal en su labor de interpretación*¹³⁹.

El Tribunal procedió a considerar la acepción corriente de la palabra “arbitrario”, así como las decisiones de otros tribunales arbitrales internacionales y el caso *ELSI*¹⁴⁰, y finalmente concluyó que ciertos actos de la Provincia constituían “*un proceder arbitrario, que no se funda en la Ley ni en el Contrato de Concesión*”, el cual “*menoscab[ó] la explotación de la inversión de Azurix*”¹⁴¹. El Comité considera que el derecho aplicado por el Tribunal era el derecho aplicable en virtud del Artículo 42 mencionado *ut supra*.

174. En relación con el incumplimiento del estándar de “plena protección y seguridad” del Artículo II(2)(a) del TBI, el Tribunal se refirió a otros

¹³⁸ Laudo, párr. 391.

¹³⁹ Laudo, párr. 391.

¹⁴⁰ Laudo, párr. 392.

¹⁴¹ Laudo, párr. 393.

casos relevantes de arbitraje internacional¹⁴², a las diferencias de redacción en disposiciones análogas de otros tratados bilaterales de inversión¹⁴³, y al significado ordinario de la expresión¹⁴⁴. El Tribunal sostuvo que otros casos demostraban, y el Tribunal parecía compartir, que:

*... [el concepto de] protección y seguridad plenas ... [iba] más allá de la protección y la seguridad garantizada por la policía. No se trata tan sólo de seguridad física; desde el punto de vista del inversor no es menor la importancia de la estabilidad que confiere un entorno de inversión seguro*¹⁴⁵.

175. El Tribunal concluyó entonces que:

*... el Tribunal, habiendo sostenido que la Demandada no brindó un trato justo y equitativo a la inversión, considera que la Demandada también incumplió el estándar de protección y seguridad plenas dispuesto en el TBI*¹⁴⁶.

El Comité está convencido, una vez más, que el derecho aplicado por el Tribunal era el derecho aplicable en virtud del Artículo 42 mencionado *ut supra*.

176. El Comité reitera que no es parte de su función, en el proceso de anulación, revisar los fundamentos de la decisión del Tribunal respecto a dar con lugar las reclamaciones de Azurix que resultaron admitidas o de rechazar las reclamaciones de Azurix que resultaron rechazadas. En particular, según se ha señalado anteriormente, en relación con la presente causal de anulación, la función del Comité se limita a determinar si el Tribunal aplicó el derecho aplicable correcto, y no si el Tribunal aplicó correctamente el derecho aplicable .

¹⁴² Laudo, párr. 406.

¹⁴³ Laudo, párrs. 407-408.

¹⁴⁴ Laudo, párr. 408.

¹⁴⁵ Laudo, párr. 408.

¹⁴⁶ Laudo, párr. 408.

177. Por estas razones, el Comité rechaza la causal de anulación postulada por Argentina en los términos del Artículo 52(1)(b), con fundamento en la invocada omisión del Tribunal de aplicar el derecho aplicable en virtud del Artículo 42 del Convenio CIADI.

(e) Omisión de la expresión de los motivos en que se fundó el laudo como causal de anulación en virtud del Artículo 52(1)(e) del Convenio CIADI: principios aplicables

178. El alcance de esta causal de anulación ha sido considerado en varias decisiones de comités *ad hoc*, en diferentes casos. Al respecto, se ha dicho que:

[S]e acepta tanto en los casos como en la literatura que el Artículo 52 (1) (e) se refiere a la omisión de expresar motivo alguno respecto de todo o parte de un laudo, no a la falta de expresión de razones correctas o convincentes... Siempre y cuando las razones que dé un tribunal puedan ser comprendidas y se relacionen con las cuestiones tratadas ante el tribunal, la exactitud de las mismas no es pertinente. Más aún, los motivos pueden manifestarse en forma sucinta o con todo detalle, y las diferentes tradiciones judiciales difieren en su manera de expresar las razones. Debe permitirse a los tribunales cierta discrecionalidad en cuanto al modo en que expresan sus razones. ... En la opinión del Comité, la anulación conforme al Artículo 52 (1) (e) sólo debe ocurrir en un caso muy manifiesto. En opinión del Comité, es necesario que se satisfagan dos requisitos: en primer término, que la omisión de expresar los motivos en que se fundó el Laudo debe suponer que la decisión sobre una cuestión en particular carece de cualquier justificación expresa y, en segundo término, que esa cuestión debe ser en sí misma necesaria para la decisión del tribunal. Suele decirse que las razones contradictorias se cancelan recíprocamente, y así debe suceder si son genuinamente contradictorias. Pero en ocasiones los tribunales deben compensar consideraciones conflictivas una con otras, y un comité ad hoc debe tener mucho cuidado en no discernir que hay una contradicción cuando lo que en efecto se expresa en los fundamentos de un tribunal, según podría

*decirse con mayor exactitud, no es sino el reflejo de tales consideraciones conflictivas*¹⁴⁷.

*En la opinión del Comité, el requisito de que se expresen los motivos se cumple toda vez que el laudo permita al lector seguir el camino mediante el cual el tribunal pasó del Punto A al Punto B, y finalmente a su conclusión, incluso en el caso de haber cometido un error de hecho o de derecho. Este requisito mínimo no se satisface, en particular, por motivos contradictorios o frívolos*¹⁴⁸.

*En definitiva, la pregunta es si un lector informado del Laudo comprendería las razones expuestas por el Tribunal e identificaría alguna contradicción fundamental en ellas*¹⁴⁹.

*... la anulación prevista en el Artículo 52(1)(e) sólo procede en casos claros, y que la omisión de expresar los motivos del laudo sólo puede conducir a la anulación cuando no sólo no se han expresado los motivos de la decisión, sino que la cuestión de que se trata es necesaria para que el tribunal se pronuncie*¹⁵⁰.

(f) Omisión de la expresión de los motivos en que se fundó el laudo como causal de anulación en virtud del Artículo 52(1)(e) del Convenio CIADI: la posición del Comité

179. En razón de la determinación del Comité de que el Tribunal aplicó el derecho aplicable adecuado, se rechaza el argumento de Argentina de que el Tribunal no aplicó el derecho aplicable.
180. Por las razones consignadas *ut supra*, el Comité también debe rechazar el argumento de Argentina de que el Laudo incluye dos declaraciones contradictorias, a saber (1) que no aplicaría el derecho argentino con excepción de los invocados incumplimientos del Contrato de Concesión, y (2) que no examinaría los alegados

¹⁴⁷ Decisión sobre Anulación *Vivendi*, párrs. 64-65; citada en la Decisión sobre Anulación *MTD*, párr. 50.

¹⁴⁸ Decisión sobre Anulación *MINE*, párr. 5.09.

¹⁴⁹ Decisión sobre Anulación *MTD*, párr. 92.

¹⁵⁰ Decisión sobre Anulación *Lucchetti*, párr. 128. Ver también, por ejemplo, Decisión sobre Anulación *Wena Hotels*, párrs. 81-83; Decisión sobre Anulación *Soufraki*, párrs. 121-128; Decisión sobre Anulación *CMS*, párrs. 53-57.

incumplimientos del Contrato de Concesión porque no habían sido “sometidos a consideración”. En el párrafo 67 del Laudo, el Tribunal determinó que, como las reclamaciones de Azurix estaban basadas en el TBI y no en el contrato, la consulta al Tribunal se regía por “*el Convenio CIADI, ... el BIT y ... el derecho internacional aplicable*”. Sin embargo, el Tribunal concluyó que los invocados incumplimientos del Contrato de Concesión podrían ser un elemento de dicha consulta. El Tribunal debió determinar, al abordar cada una de las reclamaciones individuales, la relevancia de los supuestos incumplimientos contractuales en relación con las reclamaciones por incumplimientos de un estándar del tratado. En este aspecto, el Comité no ha encontrado contradicciones en el Laudo.

181. Argentina argumenta, además, que el Tribunal no expresó los motivos de su conclusión sobre los coeficientes de homogenización¹⁵¹, dado que en su conclusión no se refirió a la posición de Argentina en el sentido de que la decisión del ORAB adoptó carácter firme desde el punto de vista administrativo. El Comité entiende que la conclusión del Tribunal fue que la conducta del ORAB, a la que se refiere el párrafo 83 del Laudo, “*denota[ba] [...] más preocupación por las consecuencias políticas de la eliminación de los coeficientes que por cumplir los términos del Contrato de Concesión*¹⁵²”, y que se verificó un incumplimiento del TBI debido al hecho de “*que el régimen tarifario estaba politizado por cuestiones vinculadas a las próximas elecciones o por el hecho de que la Concesión había sido adjudicada por el gobierno anterior*¹⁵³”. No se ha persuadido al Comité de que resultó relevante, para esta conclusión del Tribunal, la determinación del carácter firme (desde el punto de vista administrativo) de la decisión del ORAB, y el Comité, por lo tanto, considera que la omisión del Tribunal de tratar expresamente este argumento no configura falta de expresión de los motivos en los cuales se fundó su decisión.

¹⁵¹ Laudo, párrs. 78-92.

¹⁵² Laudo, párr. 92.

¹⁵³ Laudo, párr. 375.

182. Argentina alega, además, que el Tribunal no estableció el estándar necesario para violar el estándar de “plena protección y seguridad” del Artículo II(2)(a) del TBI, sino que se limitó a expresar que “*el Tribunal, habiendo sostenido que la demandada no brindó un trato justo y equitativo a la inversión, considera que la Demandada también incumplió el estándar de protección y seguridad plenas dispuesto en el TBI*¹⁵⁴”. Argentina alega que el Tribunal trata al estándar de plena protección y seguridad como si fuera idéntico al estándar de trato justo y equitativo, y que dicho enfoque veda el *effet utile* del estándar de plena protección y seguridad.
183. Las conclusiones del Tribunal con respecto al contenido del estándar de trato justo y equitativo se exponen en los párrafos 359 a 372 del Laudo, y sus conclusiones con respecto al contenido del estándar de plena protección y seguridad se consignan en los párrafos 406 a 408. El Comité considera que resulta evidente, en razón de estos párrafos, que el Tribunal no necesariamente consideró idénticos a ambos estándares, sino que, en efecto, consideró al último como una subcategoría del primero, en el sentido de que el incumplimiento del último estándar implicaría necesariamente el incumplimiento del primero. Esta consideración resulta evidente en razón de la oración del párrafo 408 del Laudo, invocada por Argentina y, además, surge de la afirmación del párrafo 407 del Laudo:

*El tribunal que entendió en el caso Occidental basó su decisión en una cláusula que tenía exactamente la misma redacción que la del TBI y, no obstante, consideró que, tras haber llegado a la conclusión de que se había infringido el estándar del trato justo y equitativo, “la cuestión de si, además, se había incumplido la obligación de otorgar protección y seguridad plenas en virtud de este Artículo es innecesaria, ya que un trato que no es justo ni equitativo entraña automáticamente falta de protección y seguridad plenas*¹⁵⁵.

¹⁵⁴ Laudo, párr. 408.

¹⁵⁵ Laudo, párr. 407, en referencia a *Occidental Exploration and Production Company c. Ecuador* (Caso No. UN 3467, administrado por la Corte de Arbitraje Internacional de Londres, LCIA) Laudo, 1 de julio, 2004, párr. 187.

184. El argumento de Argentina de que las conclusiones del Tribunal al respecto excluyen el *effet utile* del estándar de plena protección y seguridad podría, si se aceptara, justificar la conclusión de que el Tribunal incurrió en un error de derecho. Sin embargo, un mero error de derecho, si se pudiera establecer, no constituiría una causal de anulación. El Comité considera que el razonamiento del Tribunal, independientemente de que sea correcto o erróneo, es absolutamente claro. El Comité, por lo tanto, considera que no existe fundamento para anular esta conclusión en virtud del Artículo 52(1)(e) del Convenio CIADI.

F. Rechazo de prueba fundamental y omisión de considerar argumentos

(a) Introducción

185. Argentina alega que se rechazó prueba fundamental para su defensa, en virtud de las Resoluciones Procesales N° 2 a 6 del Tribunal, y que el Tribunal no consideró argumentos claves de Argentina respecto de ciertas cuestiones o que no expresó los motivos en que fundó sus decisiones sobre dichas cuestiones.

(b) Antecedentes

186. En su Memorial de Contestación en el procedimiento ante el Tribunal, Argentina solicitó al Tribunal, en los términos de las Reglas de Arbitraje del CIADI 33 y 34, que ordenara que Azurix que:

- a) *Produzca y comunique a la República Argentina todos los informes, análisis y toda otra documentación relativos a su participación en la privatización en la Provincia de Buenos Aires. Esta documentación debe incluir todos los documentos, registros, informes, actas de directorio, cartas y mails que obren en poder de*

AZURIX relativos a la Licitación. Especialmente se solicita a AZURIX que acompañe copia de la documentación presentada ante la Provincia para participar en la Licitación (Sobres N° 1 y 2).

- b) *Produzca y comunique a la República Argentina toda la documentación presentada ante la Security and Exchange Commission (SEC) y ante todo otro organismo oficial de los Estados Unidos (federal o estadual) relativa a la oferta pública de acciones (IPO) de AZURIX en la Bolsa de Nueva York (New York Stock Exchange, NYSE) de 1999, así como toda la documentación posterior presentada durante el período en que la acción de AZURIX cotizaban en mercados bursátiles (por ejemplo, balances).*

187. En el Memorial de Contestación se indicó que:

El fin de las pruebas mencionadas es demostrar la conducta oportunista de Azurix, la irrazonabilidad de su oferta, la conexión entre esa oferta y la oferta pública inicial inminente de Azurix, la relación entre Azurix y Enron y las circunstancias relativas a las Circulares N° 51(B) y 52(A) y el artículo 12.1.1 del Contrato.

188. Mediante carta de fecha 15 de marzo de 2004, Azurix se opuso a la solicitud de Argentina, alegando, entre otros argumentos, que la solicitud era incompatible con las Reglas del CIADI, con los acuerdos alcanzados por las partes en la Primera Sesión del Tribunal y con los principios generales sobre prueba de las Reglas de la IBA (*International Bar Association*) sobre la Práctica de Pruebas en el Arbitraje Comercial Internacional; que las solicitudes eran extremadamente excesivas; que Argentina no había explicado cómo o por qué estos documentos eran relevantes para las cuestiones controvertidas o cambiarían sustancialmente el resultado del caso; y que muchos de los documentos solicitados ya se encontraban en poder de Argentina. En la carta se manifestaba que la solicitud de Argentina parecía “*poco más que un inadmisibile intento de pescar*”

cualquier documento”, pensado para causar dilación en el procedimiento.

189. Por medio de una carta de fecha 26 de marzo de 2004, Argentina rechazó las objeciones de Azurix y declaró que estaría dispuesta a solicitar a la Provincia de Buenos Aires que produjera las pruebas que el Tribunal considerara pertinentes de conformidad con la Regla de Arbitraje del CIADI 34.

190. El 19 de abril de 2004 el Tribunal emitió la Resolución Procesal N° 2, en la cual se observó que la Réplica de Azurix podía presentarse hasta el 7 de mayo de 2004, y se resolvió:

1. *Invitar a la Demandada a que solicite de la Provincia “copia de la documentación presentada ante la Provincia para participar en la Licitación (Sobre No. 1 y Sobre No. 2)”...*
2. *Posponer consideración de la presentación de las demás pruebas solicitadas hasta que el Tribunal haya tenido la oportunidad de estudiar la Réplica de la Demandante.*

191. Mediante carta del 17 de mayo de 2004, Argentina informó al Tribunal que los documentos solicitados en la Orden Procesal N° 2 se presentarían a la brevedad, pero observó que:

Dadas las irregularidades que presenta esta documentación, especialmente en relación con las Circulares N° 51(B) y 52(A), y que no existe circular alguna que permitiese la incorporación del artículo 12.1.1. del Contrato de Concesión y otras modificaciones, la República Argentina solicita al Tribunal que, antes de enviar copia de ella a Azurix Corp., esta última acompañe una copia de los Sobres N° 1 y N° 2 por ella presentados en el marco de la licitación.

192. Mediante carta de fecha 20 de mayo de 2004, Argentina informó al Tribunal que le había remitido la documentación recibida de la Provincia, y reiteró la solicitud que había formulado en su carta del 17 de mayo de 2004.

193. El 24 de mayo de 2004, el Tribunal emitió la Resolución Procesal N° 3, en la cual observó que existía una controversia entre las partes en relación con la documentación presentada en la licitación, y resolvió:

1. *Solicitar a la Demandante que presente los dichos sobres No. 1 y No. 2 no más tarde que el 7 de junio de 2004*
2. *Informar a las partes que el Tribunal tendrá en cuenta la relevancia de la información aportada y los costos de este incidente procesal al fallar sobre los costos del procedimiento.*

194. Mediante carta dirigida al Tribunal de fecha 31 de mayo de 2004, Argentina alegó, entre otros argumentos, que

El objeto del pedido de reserva de documentación hasta tanto Azurix presentase los Sobres N° 1 y 2 era que la contraparte enviase copia de la documentación obrante en su poder para que el Tribunal pudiera confrontar ambas documentación y así conocer la verdad material de los hechos.

...

En día viernes 28 de mayo esta Procuración del Tesoro tomó conocimiento de que Azurix Corp. incumplió con la reserva dispuesta en la Orden Procesal N° 3.

Tal como surge del punto 1 de la Orden Procesal N° 3, Azurix sólo debía tomar conocimiento de los Sobres en poder de la Provincia después de que ella enviase los Sobres en su poder. Sin embargo, Azurix solicitó a la Provincia copia de los Sobres 1 y 2.

...

En el pedido de vista del expediente no se hace referencia alguna al presente arbitraje.

...

Conforme surge del fax que se acompaña a esta nota, el día 28 de mayo próximo pasado, representantes de Azurix tomaron vista del expediente solicitado, en particular, de los Sobres

Nº 1 y 2 de la Oferta de Azurix y requirieron la extracción de fotocopias.

...

Por medio de la presente y en virtud del comportamiento de Azurix, la República Argentina desiste de la reserva de confidencialidad que había solicitado al Tribunal por medio de las notas de fecha 17 y 20 de mayo porque la reserva ordenada por el Señor Presidente carece hoy de sentido alguno.

...

También por este medio y por las mismas razones, la República Argentina desiste del pedido formulado al Tribunal en el sentido de que solicite a Azurix Corp. que presente copia de los Sobres Nº 1 y 2 de la Oferta de Azurix en la Licitación.

...

Sin perjuicio del desistimiento y la renuncia formuladas, la República Argentina solicita al Señor Presidente tener presente que la conducta de Azurix (en tanto incumplió una orden procesal) vulneró el derecho de defensa de esta parte, al privarse de una prueba que consideró esencial para la defensa de sus derechos.

...

... en este escrito se informa al Tribunal (y a la contraparte) de las irregularidades que presenta la documentación enviada por la Provincia como Sobre Nº 2 de la Oferta de Azurix (y remitida al Tribunal).

En particular, se observa en las copias del Sobre Nº 2 presentado por Azurix a la Provincia que:

- (a) *El tomo 1 del Sobre Nº 2 incluye las circulares firmadas y aceptadas por Azurix al momento de presentar la oferta económica. Este tomo termina con la última página del listado de personal incluido en la Circular Nº 50(B); es decir que el tomo con las circulares aceptadas por Azurix termina con la Circular Nº 50(B).*

- (b) *Las Circulares N° 51(B) y 52(A) están intercaladas dentro del Listado de Personal a transferir en un lugar en el que faltan dos páginas del listado de personal.*
- (c) *No existiría circular alguna que permitiese la incorporación de los artículos 12.1.1 y 13.2.5.6 del Contrato de Concesión.*

195. Mediante carta de fecha 7 de junio de 2004, la Secretaría del Tribunal informó a las partes lo siguiente:

El Tribunal toma nota de la renuncia, por parte de la República Argentina, a la confidencialidad solicitada respecto de la documentación presentada a la Secretaría del Tribunal en la comunicación de fecha 20 de mayo de 2004, y del retiro, por la República Argentina, de su solicitud al Tribunal respecto de la documentación a la que se refiere la Orden Procesal N° 3. El Tribunal toma nota, además, de que, según la Demandante, en sus propios registros no tiene copias inmediatamente disponibles de los Sobres N° 1 y 2.

El Tribunal considerará la pertinencia de las cuestiones introducidas en dichas comunicaciones como parte de su análisis general de las presentaciones de las partes en el presente caso.

196. Mediante una carta dirigida al Tribunal, de fecha 22 de julio de 2004, Argentina manifestó:

En atención a lo dispuesto en el punto 2 de la Orden Procesal N° 2, a que Azurix ha presentado su Memorial de Réplica el 7 de mayo de 2004, y a que en esa presentación Azurix no ha adjuntado documentación ni prueba alguna vinculada con el pedido efectuado por la República Argentina en su Memorial de Contestación, se solicita al Tribunal, ordene la producción de la prueba requerida oportunamente por esta Representación y no contemplada en la Orden Procesal N° 3.

Cabe recordar que la restante prueba pedida es esencial para el ejercicio del derecho de defensa que asiste a la República Argentina en el presente arbitraje.

Mediante carta de fecha 28 de julio de 2004, Azurix objetó esta solicitud alegando que era tardía, demasiado general y que no demostraba la relevancia de los documentos solicitados.

197. El 29 de julio de 2004, el Tribunal emitió la Resolución Procesal N° 4, en la cual observó que había tenido entonces la oportunidad de examinar la réplica de Azurix y decidió rechazar la solicitud de producción de prueba de Argentina, de fecha 22 de julio de 2004, *“por su gran generalidad y por considerar que las razones adelantadas por la Demandada no fundamenta[ba]n suficientemente la solicitud”*.
198. Mediante una carta dirigida al Tribunal, de fecha 2 de agosto de 2004, cuyo fin explícito era *“determinar y fundar, con mayor detalle, la producción de la prueba solicitada oportunamente por esta Representación”*, Argentina solicitó al Tribunal que ordenara a Azurix la presentación de los siguientes documentos:

- a) *El informe que la consultora “HYTSA Estudios y Proyectos S.A.” realizó para Azurix Corp. en el marco de la licitación en la Provincia de Buenos Aires con el objeto de evaluar la Concesión;*
- b) *Los estudios técnicos, económicos o jurídicos de Azurix Corp., o realizados a pedido de Azurix Corp., llevados a cabo para presentar la oferta técnica (Sobre N° 1) y la oferta económica (Sobre N° 2) en la licitación de la Provincia de Buenos Aires;*
- c) *Las actas o minutas de reuniones de directorio de Azurix Corp., Enron Corp., Operadora de Buenos Aires SRL, y Azurix AGOSBA SRL, realizadas entre los meses de enero y agosto de 1999 y relacionadas con la licitación.*

En la carta se manifestó, además, que:

La prueba solicitada tiene por objeto corroborar que la oferta presentada por Azurix Corp. en la licitación fue agresiva y oportunista y que estuvo relacionada con la inminente oferta pública inicial (IPO) de Azurix Corp. en el mercado bursátil de Nueva York.

Este pedido de prueba se formula sin desconocer que es un principio general del derecho que la parte que está en mejores condiciones de probar un hecho, asume la carga de la prueba y de que la República Argentina ha probado sobradamente el carácter agresivo y oportunista de la oferta de Azurix Corp.

El pedido que aquí se formula no tiene por objeto dilatar la audiencia sobre el fondo en el presente arbitraje. La prueba solicitada debería estar en poder de la actora y poder ser producida en el plazo de una o dos semanas. En ese caso, las partes y sus expertos tendrían tiempo suficiente para examinarlos antes de la audiencia fijada.

Azurix objetó esta solicitud.

199. El 16 de agosto de 2004, el Tribunal emitió la Resolución Procesal N° 5, en la cual resolvió:

Rechazar la solicitud de documentación formulada por la Demandada en su comunicación de 2 de agosto de 2004 por considerar que, si bien dicha solicitud es más precisa en cuanto a la documentación solicitada que la solicitud objeto de la Resolución Procesal No. 4, las razones aducidas por la Demandada continúan sin fundamentar suficientemente la solicitud al basarse siempre en el monto pagado en su día por la concesión y al haber sido dicho monto aceptado por la Provincia de Buenos Aires.

200. Mediante una carta dirigida al Tribunal, de fecha 23 de agosto de 2004, Argentina solicitó al Tribunal “*en resguardo del derecho de defensa de la República Argentina, un nuevo examen del requerimiento de prueba realizado en el presente arbitraje*”. En esta carta expresó, entre otras declaraciones, que:

... en ejercicio de su derecho de defensa, [Argentina] demostró suficientemente que:

- a) La oferta de Azurix Corp. realizada en la Provincia de Buenos Aires fue agresiva (era entre seis y dieciocho veces mayor a la del segundo mejor oferente).*
- b) Existió una relación estrecha y directa entre la oferta en la Provincia de Buenos Aires y la*

inminente IPO en Nueva York, así como también entre aquella y el permanente propósito de renegociar el contrato.

- c) Azurix Corp. necesitaba ser adjudicataria de la licitación de la concesión del servicio de agua potable y desagües cloacales para ganar experiencia en el sector del agua.*
- d) El Concesionario, de conformidad con el régimen jurídico del contrato, no podía trasladar el canon pagado a las tarifas.*

2.- Además de las pruebas aportadas, la República Argentina solicitó al Tribunal que requiriese la documentación obrante en poder de Azurix Corp. para corroborar lo ya demostrado por la República Argentina. Azurix Corp. se opuso a esa solicitud mediante la nota del 15 de marzo de 2004.

3.- En tales condiciones, el Tribunal, mediante la Resolución Procesal N° 2, resolvió: “[p]osponer consideración de la presentación de las demás pruebas solicitadas hasta que el Tribunal haya tenido la oportunidad de estudiar la Réplica de la Demandante”.

4.- En el Memorial de Réplica, Azurix Corp. pretendió negar los puntos expuestos por la República Argentina. Sin embargo, no aportó la prueba requerida en el Memorial de Contestación ni rebatió adecuadamente lo allí sostenido.

5.- Dicha circunstancia fue puesta de manifiesto por la República Argentina en las notas de fecha 22 de julio y 2 de agosto de 2004 y en el Memorial de Dúplica.

6.- En el contexto descrito, y con base en lo dispuesto en el punto 2 de la Resolución Procesal N° 2, la República Argentina solicita a los miembros del Tribunal un nuevo examen de la solicitud de prueba por ella presentada.

Ello así toda vez que, si no se tomaran en cuenta los puntos destacados por la República Argentina, o ellos se tuviesen por no probados, se cercenará grave e inexplicablemente su derecho de defensa en juicio.

...

A la República Argentina le está produciendo una enorme desazón el ver cómo el Tribunal la va despojando paulatinamente de alguno de sus elementos defensivos más elementales...

No le resulta posible comprender el razonamiento que pueda llevar a compatibilizar el deseo natural de todo árbitro imparcial de conocer la verdad material con el hecho de que, a su vez, le niegue una prueba que puede conducirlo hacia ella con facilidad. [Se omitieron las notas al pie.]

Azurix reiteró sus objeciones a esta solicitud.

201. El 9 de septiembre de 2004 el Tribunal emitió la Resolución Procesal N° 6, en la que expresaba que había considerado nuevamente la solicitud de Argentina y había tenido entonces la oportunidad de examinar la Dúplica, y en la cual resolvió:

Solicitar a la Demandante que presente, a más tardar el 17 de septiembre de 2004, el informe preparado por HYTSA y al que se hace referencia en el párrafo 35 de la Dúplica, y

Solicitar a la Demandada que presente, a más tardar el 17 de septiembre de 2004 los informes de evaluación de ofertas referentes a cada fase de la licitación de la concesión preparados bajo la autoridad de la Provincia de Buenos Aires.

(c) Argumentos de las Partes

202. Argentina alega, entre otros argumentos, que:
- (a) Como parte de su caso, Argentina planteó que, dado que Azurix necesitaba ganar el proceso de licitación para que su inminente OPI en la Bolsa de Nueva York tuviera éxito, Azurix había hecho una oferta irrazonable en el proceso de licitación, con la expectativa de renegociar posteriormente las condiciones Contrato de Concesión. Con el objeto de probar dicha afirmación, Argentina solicitó al Tribunal que ordenara a Azurix la presentación de toda la documentación que utilizó

para efectuar su oferta en el proceso de licitación y toda la documentación relativa a la OPI.

Sin perjuicio de la importancia de esta prueba para la defensa de Argentina, el Tribunal inicialmente postergó la consideración de la solicitud de Argentina hasta la presentación de la Réplica y posteriormente rechazó dos veces la solicitud, para concederla luego sólo parcialmente.

La decisión del Tribunal de ordenar a Azurix que presentara el Informe HYTSA se emitió siete meses después de la solicitud inicial de Argentina y menos de un mes antes de la audiencia sobre el fondo de la diferencia, y Argentina recibió Informe HYTSA apenas una semana antes de la audiencia sobre el fondo de la diferencia, cuando era demasiado tarde para utilizarlo.

Al privar a Argentina de las pruebas que podrían haber demostrado sus dichos, el Tribunal afectó gravemente el derecho de defensa de Argentina, que constituye “*un componente esencial de la garantía del debido proceso*”, y la violación de éste constituye un “*quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento*” en los términos del Artículo 52(1)(d) del Convenio CIADI.

- (b) En el acta de la primera sesión del Tribunal se expresó que ésta se emitía “[s]in perjuicio de la facultad del Tribunal de solicitar a las partes la presentación de pruebas adicionales en cualquier etapa del procedimiento”. De conformidad con las Reglas de Arbitraje del CIADI, no se exige a las partes que soliciten pruebas en alguna etapa en particular, y tampoco se exige que adecuen sus solicitudes de prueba a los puntos controvertidos a los que se refiere la prueba, o bien que expliquen por qué los documentos son relevantes y esenciales para el resultado del caso. En otros casos del CIADI, la parte

demandada ha solicitado pruebas en su memorial de contestación o posteriormente.

- (c) Una de las consecuencias del principio de cooperación de las partes con el tribunal para establecer los hechos relevantes es que *“cada una de las partes debe proveer [al tribunal] los documentos relevantes exclusivamente en su posesión¹⁵⁶”*.
- (d) En vez de presentar sus propias copias de los Sobres N° 1 y 2 de acuerdo con la Orden Procesal N° 3, Azurix obtuvo copias de la Provincia de Buenos Aires y, de este modo, impidió al Tribunal que comparara los dos juegos de documentos. De conformidad con la Regla de Arbitraje del CIADI 34(3), en caso de incumplimiento por una parte de su obligación de cooperar con el Tribunal en la producción de la prueba, el Tribunal debe tomar nota formal del incumplimiento. Sin embargo, el Tribunal no estableció en el Laudo las consecuencias de la conducta de Azurix. Simplemente expresó que no se había aportado prueba suficiente para demostrar las irregularidades alegadas por Argentina en el proceso de licitación, sin considerar la omisión de Azurix de presentar pruebas que podrían haber confirmado la existencia de dichas irregularidades. Al ignorar el incumplimiento de la Orden Procesal N° 3 por parte de Azurix, el Tribunal afectó gravemente el derecho de defensa de Argentina, lo cual constituyó un quebrantamiento grave de normas fundamentales de procedimiento en los términos del Artículo 52(1)(d) del Convenio CIADI.
- (e) El Tribunal violó el principio de igualdad entre las partes en materia de prueba. Mediante la Orden Procesal N° 2, el Tribunal concedió inmediatamente la solicitud de prueba de Azurix del 15 de marzo de 2004 y, en el mismo acto, postergó

¹⁵⁶ Invocando a Robert Kolb, *General Principles of Procedural Law*, en THE STATUTE OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE: A COMMENTARY 793, 829 (Andreas Zimmermann, Christian Tomuschat & Karin Oellers-Frahm eds., 2006).

el análisis de la solicitud de prueba de Argentina del 9 de febrero de 2004. Asimismo, mientras Azurix sólo tuvo que presentar una vez su solicitud de prueba, Argentina debió presentar su solicitud cinco veces, y su solicitud fue concedida por el Tribunal sólo parcialmente siete meses después de la solicitud inicial. Además, el Tribunal no ordenó a Azurix la presentación de los estudios en los que había basado su oferta en el proceso de licitación, pero ordenó a Argentina la presentación de los informes de evaluación de ofertas en relación con cada etapa del proceso de licitación. El trato desigual acordado por el Tribunal a las partes constituye un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento en los términos del Artículo 52(1)(d) del Convenio CIADI.

- (f) La relación entre Azurix y Enron era fundamental para el caso de Argentina. Además del hecho de que la relación entre Azurix y Enron era de público conocimiento, Argentina produjo varias pruebas con el fin de probar la existencia de esa relación. El hecho de que el Informe HYTSA se dirigió a Enron y no a Azurix refuerza aun más la demostración de dicha relación. Sin embargo, el Tribunal dio lugar a la solicitud de Argentina de que ordenara a Azurix la producción de ciertas pruebas tendientes a confirmar la existencia de la relación entre Azurix y Enron, ni consideró la propuesta de Argentina de que solicitara al Congreso de los Estados Unidos que presentara sus informes sobre el escándalo de Enron y su relación con Azurix.

A pesar de las pruebas y solicitudes de Argentina, el Tribunal negó toda relevancia a la relación entre Azurix y Enron. El Tribunal no expresó ningún motivo para omitir la consideración de toda la prueba presentada por Argentina respecto de la relación entre Azurix y Enron. El Tribunal simplemente declaró que “[b]asándose en la documentación presentada por las

partes, el Tribunal considera que nada se ha demostrado que vincule el caso que tiene ante sí con el caso de ENRON ¹⁵⁷. Si el Tribunal no estaba satisfecho con las pruebas con las que contaba, debería haber concedido las pruebas solicitadas por Argentina. Fue contradictorio por parte del Tribunal no conceder dicha prueba y luego declarar que las pruebas presentadas no eran suficientes. Por lo tanto, el Tribunal omitió la expresión de motivos en los términos del Artículo 52(1)(e) del Convenio CIADI.

- (g) El Tribunal también omitió la expresión de motivos en los términos del Artículo 52(1)(e) del Convenio CIADI, al desconocer la existencia de irregularidades en el proceso licitatorio sin explicar por qué había llegado a esa conclusión y, en particular, al no explicar por qué no dio importancia al incumplimiento de la Resolución Procesal N° 3 por parte de Azurix.
- (h) Las Resoluciones Procesales N° 2 a 6, firmadas por el Presidente del Tribunal, adquirieron un nuevo significado en el contexto de la propuesta de recusar al Dr. Rigo Sureda.

203. Azurix alega, entre otros argumentos, que:

- (a) Argentina no ha podido precisar qué regla procesal del CIADI se incumplió. Ninguna parte tiene un derecho irrestricto de acceso a cualquier documento de la parte contraria.
- (b) Argentina realizó los pedidos de producción de documentos dos años y medio después del inicio del caso y un año y medio después de que Azurix presentara su Memorial; y Argentina no “redujo” sus solicitudes hasta que transcurrieron más de dos meses desde la presentación de la Réplica de Azurix, cuando no restaban más que unos días para la fecha de presentación

¹⁵⁷ En referencia al Laudo, párr. 55.

de la Dúplica y sólo dos meses para la fecha de la audiencia final.

- (c) Las solicitudes de Argentina eran demasiado generales, tardías e irrelevantes. Estos defectos motivaron el rechazo las solicitudes por el Tribunal, no la falta de imparcialidad en perjuicio de Argentina.
- (d) Aún en caso de que se determinara que el monto de la oferta de Azurix había sido demasiado elevado, dicha determinación de ninguna manera constituiría una defensa para Argentina por el trato injusto e inequitativo que confirió a la inversión de Azurix. La Provincia aceptó la oferta y recibió la totalidad de los US\$438,55 millones ofrecidos, sin insinuar en ningún momento en aquel entonces que se tratara de un monto irrazonable.
- (e) El razonamiento de Argentina negaría toda discrecionalidad al Tribunal respecto de solicitudes de prueba.
- (f) Argentina no ha demostrado de qué manera la prueba de la relación entre Azurix y Enron o de que la oferta de Azurix no era razonable podría acreditar las cuestiones controvertidas del caso o presentar algún tipo de importancia para su demostración.
- (g) Cada una de las partes tuvo las mismas oportunidades de solicitar pruebas. El Tribunal no excluyó la posibilidad de Argentina de efectuar solicitudes sino que simplemente declaró que Argentina estaba obligada a cumplir con las mismas reglas aplicables a Azurix. La circunstancia de que las solicitudes de Argentina no ajustaron a las reglas no significa que no se trató a las partes de igual forma.
- (h) La forma en que el Tribunal resolvió el caso torna irrelevante cualquier alegación referente a una “oferta irrazonable” por parte de Azurix, dado que el Tribunal no basó el monto de la

indemnización por daños y perjuicios en la oferta de Azurix, sino que en lugar de ello determinó que la Concesión valía solamente una fracción (US\$ 60 millones) del monto total que recibió Argentina. En efecto, Argentina prevaleció en este punto controvertido.

- (i) El hecho de que Argentina no esté de acuerdo con la conclusión a la que arribó el Tribunal no demuestra que se haya producido un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento¹⁵⁸.
- (j) El Tribunal evaluó el argumento de Argentina relativo a la relación entre Azurix y Enron y, en última instancia, lo rechazó¹⁵⁹. Los problemas de Enron no tenían ningún efecto en el caso planteado por Azurix contra Argentina por las violaciones del BIT cometidas por esta última. El Tribunal no declaró que no había pruebas suficientes para fundamentar la existencia de una conexión entre Azurix y Enron; más bien, manifestó que nada demostraba que los problemas de Enron guardaran algún tipo de relación con el caso planteado por Azurix contra Argentina.
- (k) El Tribunal se refirió expresamente a la cuestión de las “irregularidades” en el párrafo 56 del Laudo, y rechazó el argumento de Argentina por falta de pruebas. Argentina pretende reabrir el tema de la supuesta “corrupción” en esta etapa sin expresar ni un solo motivo por el cual podría llegar a considerarse que la conclusión del Tribunal no es precisa.
- (l) Azurix no incumplió la Resolución Procesal N° 3; por el contrario, pretendió acceder al expediente oficial precisamente

¹⁵⁸ Invocando la Decisión sobre Anulación *Wena Hotels*, párrs. 59-61.

¹⁵⁹ En referencia al Laudo, párr. 55, e invocando la Decisión sobre Anulación *Soufraki*, párr. 131: “*Naturalmente no es necesario que el tribunal exprese un motivo para una afirmación que es, en sí misma, una razón. Ello implicaría iniciar un ciclo interminable y regresivo de razonamiento. No es necesario explicar cada palabra*”.

con el fin de dar cumplimiento al pedido del Tribunal, dado que no ha conservado copias de toda la documentación presentada.

- (m) Aún en caso de que el Tribunal hubiera quebrantado una norma fundamental, Argentina no ha establecido que la violación fue “grave” mediante la demostración de que el cumplimiento de dicha norma hubiera determinado un resultado distinto del alcanzado.

(d) Quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento como causal de anulación en virtud del Artículo 52(1)(d) del Convenio CIADI: principios aplicables

- 204. El Comité ha considerado, en los párrafos 49 a 52 *ut supra*, los principios aplicables a la causal de anulación basada en el Artículo 52(1)(e) del Convenio CIADI.

(e) Omisión de la expresión de los motivos en que se fundó el laudo como causal de anulación en virtud del Artículo 52(1)(e) del Convenio CIADI: principios aplicables

- 205. El Comité ha considerado, en los párrafos 53 a 55 y 178 *ut supra*, los principios aplicables a la causal de anulación basada en el Artículo 52(1)(e) del Convenio CIADI.

(f) La Posición del Comité

(i) Introducción

- 206. Argentina alega que existen causas de anulación, en primer lugar, en virtud del “*rechazo de prueba fundamental*” por parte del Tribunal y, en segundo lugar, en virtud de la “*omisión de considerar argumentos*”

claves". El Comité examinará separadamente cada una de estas causas.

(ii) Argumento de Argentina sobre "rechazo de prueba fundamental"

207. El argumento de Argentina sobre el "rechazo de prueba fundamental" se refiere a la respuesta del Tribunal a una serie de solicitudes efectuadas por Argentina en el curso del procedimiento, a los efectos de que el Tribunal ejerza su facultad de requerirle a Azurix que presente ciertos documentos en virtud del Artículo 43(a) del Convenio CIADI y la Regla de Arbitraje del CIADI 34(2)(a).
208. Como surge con claridad de sus términos, cada una de estas disposiciones establece que el tribunal "*podrá*" ejercer su facultad, "*en cualquier momento del procedimiento*". Ninguna de las disposiciones condiciona el ejercicio de esta facultad a la solicitud efectuada al tribunal por alguna de las partes; por lo tanto, el tribunal puede ejercer de oficio dicha facultad. No es posible impedir que un tribunal ejerza esta facultad a pedido de parte pero tampoco es posible exigir a un tribunal que conceda dicho pedido. Además, ninguna de estas disposiciones establece los criterios que debe considerar el tribunal para resolver sobre el ejercicio de esta facultad. La discrecionalidad del Tribunal para ejercer dicha facultad es ilimitada.
209. En razón del carácter irrestricto de esta discrecionalidad, existe un rango potencialmente amplio de consideraciones que el tribunal podría tener en cuenta a los efectos de resolver sobre el ejercicio de esta facultad a pedido de parte, tales como la oportunidad de la solicitud, la importancia de los documentos respecto de una cuestión determinada, la relevancia del asunto identificado para la decisión de la diferencia, la razonabilidad del alcance de la solicitud y, en particular, si la otra parte objeta la solicitud, y si es así, la naturaleza y el fundamento de dichas objeciones.

210. En razón del carácter discrecional de esta facultad, la decisión de un tribunal de rechazar una solicitud de parte no puede, por sí misma, configurar el quebrantamiento de una norma fundamental de procedimiento. La decisión de un tribunal sobre el ejercicio o no de una facultad discrecional conferida por una norma de procedimiento supone la *aplicación* de dicha norma de procedimiento y no el *quebrantamiento* la norma en cuestión. Únicamente cuando el ejercicio de dicha discrecionalidad, considerando todas las circunstancias del caso, constituya un quebrantamiento grave de otra regla de procedimiento de carácter fundamental, se verificará la causal de anulación del Artículo 52(1)(e) del Convenio CIADI.
211. Argentina invoca dos normas fundamentales de procedimiento que, según alega, han sido incumplidas en razón de la respuesta del Tribunal a las solicitudes de producción de documentos formuladas por Argentina. Estas normas se refieren, en primer lugar, al “derecho de defensa” de Argentina y, en segundo lugar, al “principio de igualdad de las partes”.
212. En relación con el “*derecho de defensa*”, el Comité señala que en la Decisión sobre Anulación *Wena Hotels* se expresó que:

*[El Artículo 52(1)(d) del Convenio CIADI] remite a una serie de criterios mínimos de procedimiento que deben respetarse en el derecho internacional. Es esencial, como una materia de procedimiento, que a cada parte se otorgue el derecho a ser oída ante un tribunal independiente e imparcial. Esto incluye el derecho de exponer su demanda o su defensa y de producir todos los argumentos y la prueba en sustento de la misma. Este derecho fundamental debe ser garantizado en un nivel igualitario, de una manera que permita a cada parte responder adecuadamente a los argumentos y pruebas presentados por la otra*¹⁶⁰.

Posteriores casos del CIADI confirmaron estas consideraciones¹⁶¹.

¹⁶⁰ Decisión sobre Anulación *Wena Hotels*, párr. 57.

¹⁶¹ Decisión sobre Anulación *MTD*, párr. 49; Decisión sobre Anulación *CDC*, párr. 49.

213. Sobre “el principio de igualdad de las partes”, el Comité señala que en la Decisión sobre Anulación *MINE*, se expresó:

El Comité considera que el Artículo 18 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional constituye un claro ejemplo de dicha norma fundamental. El Artículo 18 establece:

Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos¹⁶².

214. El Comité señala, además, que en la Decisión sobre Anulación *Klöckner* se observó que:

La imparcialidad de un árbitro es un requisito fundamental y esencial. Cualquier falencia en este aspecto, que es un signo de parcialidad, debe considerarse, en los términos del Artículo 52(1)(d), un “quebrantamiento grave de una norma del procedimiento” en el sentido amplio del término “procedimiento”, es decir, un quebrantamiento grave de una norma fundamental de arbitraje en general, y de arbitraje del CIADI en particular¹⁶³.

215. Sin embargo, en opinión del Comité, en el sistema del CIADI ninguna de estas normas de procedimiento fundamentales otorgan a las partes un *derecho* de obtener pruebas que se encuentran en poder de la parte contraria. En su carta de fecha 2 de agosto de 2004, Argentina alega que constituye un “*principio general del derecho que la parte que está en mejores condiciones de probar un hecho, asume la carga de la prueba*” (ver el párrafo 198 *ut supra*). El Comité no admite que exista dicho principio general en los procedimientos del CIADI: por el contrario, el Comité considera que el principio general que rige en los procedimientos del CIADI y en los procedimientos internacionales en general es aquél según el cual “quien alega debe probar” y que, a estos efectos, la parte que alega un hecho debe

¹⁶² Decisión sobre Anulación *MINE*, párr. 5.06. Ver también, por ejemplo, *Metalpar S.A. and Buen Aire S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/5, Laudo, 6 de junio, 2008, párrs. 153-155.

¹⁶³ Decisión sobre Anulación *Klöckner*, párr. 95.

obtener y presentar por sí misma las pruebas necesarias para probar lo que alega.

216. No existen disposiciones en el Convenio CIADI o las Reglas de Arbitraje del CIADI que establezcan un régimen específico de producción de pruebas o revelación de documentos de una parte a la otra. Es ampliamente conocido que distintos sistemas jurídicos nacionales abordan de manera diferente la cuestión de la solicitud de pruebas y revelación de documentos en poder de la parte contraria, y que estas diferencias también se han reflejado en actitudes divergentes en los procedimientos de arbitraje internacional. Como se expresó en el Laudo del caso *Noble Ventures*:

El Artículo 43(a) del Convenio CIADI y la Regla de Arbitraje del CIADI 34(2)(a) ... no contemplan o justifican la aplicación de las normas nacionales sobre solicitudes de prueba, tales como las Reglas Federales sobre Proceso Civil de los Estados Unidos de América o las Reglas sobre Proceso Civil del Distrito de Columbia ...

El Tribunal reconoce que, por una parte, las solicitudes y órdenes relativas a la presentación de documentos constituyen en la actualidad un característica generalizada en el arbitraje internacional ... pero, por otra parte, el presente arbitraje plantea un caso entre el Gobierno de un país de tradición jurídica Continental, en el cual las órdenes de exhibición de documentos se emplean mucho menos que en países de tradición jurídica del Common Law, de donde proviene el inversor. ...

El Tribunal reconoce además que, por una parte, ordenar presentación de documentos puede ser útil para su tarea de determinar los hechos del caso que son relevantes para la resolución de las cuestiones planteadas pero, por otra parte, (1) el procedimiento vinculado con las órdenes sobre prueba y exhibición de documentos en poder de las partes puede resultar costoso en términos de tiempo, excesivamente gravoso y aún opresivo y que, a menos que se delimite con cautela, el costo puede ser desproporcionado en relación con el valor del resultado, y (2) las Partes pueden tener un interés legítimo de confidencialidad.

... Finalmente, el Tribunal observa que, en la medida en que una Parte tiene la carga de la prueba, es suficiente que la otra Parte niegue los hechos alegados por la Parte correspondiente y entonces, en un momento ulterior del procedimiento, cuestione y refute la prueba que presente la Parte correspondiente para satisfacer la carga de probar los hechos que ha invocado¹⁶⁴.

217. El Comité considera que las normas fundamentales de procedimiento a las que se ha hecho referencia no imponen a los tribunales un régimen determinado relativo a la producción y revelación de documentos, y tampoco otorgan un derecho particular a las partes de obligar a la parte contraria a producir pruebas. La procedencia de una orden que obligue a una parte a presentar documentos solicitados por la parte contraria siempre será una cuestión reservada a la discrecionalidad del tribunal.
218. Argentina acierta cuando alega que, de acuerdo con las Reglas de Arbitraje del CIADI, no se exige que las partes efectúen sus solicitudes de prueba en algún momento determinado y tampoco se exige que las partes adecuen sus solicitudes de prueba a los puntos controvertidos a los que se dirige la prueba, así como las partes no tienen la obligación de explicar por qué los documentos son relevantes y esenciales para el resultado del caso. Sin embargo, la oportunidad de la solicitud de prueba, y la determinación sobre la precisión de la identificación de la prueba solicitada y de las razones por las que resulta necesaria, se encuentran entre las cuestiones que el tribunal puede tomar en cuenta, y sin dudas normalmente lo hará en la práctica, a los efectos de decidir la forma en que ejercerá su discrecionalidad. No se puede afirmar que las partes tienen derecho a exigir cualquier prueba en cualquier momento y sin justificación. Aún cuando una solicitud resulte oportuna, precisa y justificada, el tribunal puede rechazar discrecionalmente la solicitud. Cuando la solicitud no

¹⁶⁴ *Noble Ventures, Inc. c. Rumania* (Caso CIADI No. ARB/01/11, Laudo, 12 de octubre, 2005, párr. 20).

es oportuna, precisa y justificada, es más probable que el tribunal la rechace.

219. El Comité considera que una parte no puede, simplemente mediante la solicitud de que un tribunal ordene la presentación de documentos de la contraria, los cuales se presentan como relevantes para una alegación específica, obligar al tribunal a que emita dicha orden o que acepte la veracidad de la alegación en caso de que no se produzca la prueba. Un tribunal puede, en forma discrecional, rechazar la solicitud de que se ordene la presentación de documentos, y, en última instancia, determinar que no se ha probado el hecho alegado. Independientemente de la decisión del tribunal de ordenar la presentación de documentos de una parte o de rechazar una solicitud en este sentido, el tribunal resolverá todas las cuestiones en base a la prueba producida. Esta conclusión no implica desconocer que, en ciertas circunstancias, podría constituir la violación del derecho de la parte solicitante a ser oída el rechazo de la solicitud que ha efectuado a un tribunal para que ejerza la facultad que le confieren el Artículo 43(a) del Convenio CIADI y la Regla de Arbitraje del CIADI 34(2)(a). Sin embargo, el hecho de que el tribunal ejerza su discrecionalidad de una manera u otra no puede, en sí mismo, constituir un error anulable. Para determinar un error anulable, no es suficiente la demostración de que el tribunal rechazó reiteradas solicitudes de producción de prueba que la parte solicitante consideraba claves para su caso. En cambio, es necesario establecer que, en el contexto de todas las circunstancias dadas, se ha verificado el quebrantamiento grave de una norma fundamental del procedimiento.
220. En el presente caso, en su Memorial de Contestación, Argentina solicitó al Tribunal que ordene a Azurix la producción de ciertos documentos, inclusive una copia de la documentación presentada a la Provincia para participar en el Proceso de Licitación (“Sobres N° 1 y 2”). Azurix objetó la solicitud con los fundamentos expuestos en el párrafo 202 *ut supra*. Posteriormente, Argentina declaró que estaba

dispuesta a solicitar a la Provincia de Buenos Aires que produjera las pruebas que el Tribunal considerara pertinentes (ver párrafo 189 *ut supra*). El Tribunal emitió entonces la Orden Procesal N° 2, en la cual exhortó a Argentina solicitar a la Provincia que presentara los Sobres N° 1 y 2, y resolvió postergar el análisis del resto de las pruebas solicitadas hasta la presentación de Réplica de Azurix, cuyo plazo de presentación vencería en poco más de 2 semanas.

221. En circunstancias en las que Argentina había declarado que estaba dispuesta a solicitar a la Provincia las pruebas que Argentina pretendía obtener, y dada la objeción de Azurix a la solicitud de Argentina, el Comité no comprende de qué manera la conducta del Tribunal podría entenderse como el quebrantamiento de una norma fundamental de procedimiento.
222. Mediante las cartas de fecha 17 y 20 de mayo de 2004, Argentina informó al Tribunal que había remitido copias de los Sobres N° 1 y 2 obtenidos de la Provincia, pero solicitó al Tribunal que no enviara copias de dichos documentos a Azurix hasta que esta última remitiera sus propias copias de los Sobres N° 1 y 2 (ver párrafo 202 *ut supra*). Mediante la Orden Procesal N° 3, el Tribunal concedió esta solicitud de Argentina, y Argentina no puede cuestionar dicha decisión del Tribunal.
223. Por medio de la carta del 31 de mayo de 2004, Argentina declaró que retiraba su solicitud de que Azurix remitiera sus propias copias de los Sobres N° 1 y 2. Argentina manifestó que esta declaración obedecía al hecho de que la conducta de Azurix había tornado inútil la solicitud de Argentina, y Argentina solicitó al Tribunal que tomara en cuenta dicha circunstancia. Mediante una carta de la Secretaría del Tribunal de fecha 7 de junio de 2004 (párrafo 202 *ut supra*), se informó a las partes que el Tribunal tomaba nota del hecho de que Argentina había retirado su solicitud de que Azurix remitiera los Sobres N° 1 y 2, y que el Tribunal “*considerar[ía] la pertinencia de las cuestiones introducidas en dichas comunicaciones como parte de su análisis*”

general de las presentaciones de las partes en este caso". Por lo tanto, el Tribunal concedió la solicitud de Argentina, y Argentina no puede cuestionar dicha decisión del Tribunal.

224. Mediante carta de fecha 22 de julio de 2004, dirigida al Tribunal, Argentina petitionó que se ordenara la presentación de la prueba que había solicitado en su Memorial de Contestación y no había sido incluida en la Resolución Procesal N° 3. Azurix objetó esta solicitud. En su Orden Procesal N° 4, el Tribunal señaló que había tenido entonces la oportunidad de examinar la réplica de Azurix y rechazó la solicitud de Argentina *"por su gran generalidad y por considerar que las razones adelantadas por la Demandada no fundamentan suficientemente la solicitud"*.
225. La solicitud original de producción de prueba efectuada en el Memorial de Contestación de Argentina y las partes pertinentes de la carta de Argentina de fecha 22 de julio de 2004 se han expuesto en los párrafos 186 a 187 y 196 *ut supra*. El Comité considera que el Tribunal actuaba en el marco de su discrecionalidad cuando rechazó la solicitud de Argentina por los motivos en que fundó el rechazo y, por lo tanto, no se ha persuadido al Comité de que se demostró, en las circunstancias dadas, el quebrantamiento de una norma fundamental de procedimiento.
226. Mediante una carta de fecha 2 de agosto de 2004, cuya finalidad expresa era *"determinar y fundar, con mayor detalle, la producción de la prueba solicitada oportunamente por esta Representación"*, Argentina solicitó que se ordenara a Azurix la presentación de un documento específico, el Informe HYTSA, y dos categorías generales de documentos (ver párrafo 198 *ut supra*). Esta justificación aludía al hecho de que se solicitaban ciertos documentos para corroborar que la oferta de Azurix había sido *"agresiva y oportunista"* y había estado relacionada con la inminente OPI de Azurix (ver párrafo 198 *ut supra*). En su Resolución Procesal N° 5, el Tribunal rechazó la solicitud, expresando que *"las razones aducidas por la Demandada continúan"*

sin fundamentar suficientemente la solicitud al basarse siempre en el monto pagado en su día por la concesión y al haber sido dicho monto aceptado por la Provincia". Si bien los motivos expresados en la Resolución Procesal no son muy detalladas, el Comité los considera suficientemente claros porque, dado que la Provincia había aceptado el monto ofrecido por Azurix en relación con la Concesión, el Tribunal no encontraba relevancia en las razones que podría haber tenido Azurix para ofrecer dicho monto como precio. Después de considerar las justificaciones postuladas por Argentina en todas sus solicitudes de producción de documentos, el Comité considera que se encontraba dentro del marco de discrecionalidad del Tribunal el rechazo de la solicitud de Argentina por los motivos en que se fundó.

227. Mediante una carta dirigida al Tribunal, de fecha 23 de agosto de 2004, Argentina solicitó *"en ejercicio de su derecho de defensa..., a los miembros del Tribunal un nuevo examen de la solicitud de prueba por ella presentada"* (ver párrafo 200 *ut supra*). La carta expresaba, entre otras manifestaciones, que Argentina *"demostró suficientemente"* ciertos hechos, y que *"[a]demás de las pruebas aportadas, la República Argentina solicitó al Tribunal que requiriese la documentación obrante en poder de Azurix Corp. para corroborar lo que ya demostrado por la República Argentina"*.
228. El 9 de septiembre de 2004 el Tribunal emitió la Resolución Procesal N° 6, en la que expresaba que había considerado nuevamente la solicitud de Argentina y había tenido entonces la oportunidad de examinar la Dúplica, y en la cual se resolvió ordenar a Azurix la presentación del Informe HYTSA y a Argentina, la presentación de los informes de evaluación de ofertas en relación con cada etapa del proceso de licitación.
229. El Comité no encuentra contradicciones en la decisión del Tribunal (en la Resolución Procesal N° 6) de ordenar a Azurix la presentación del Informe HYTSA, después de haber rechazado dicha prueba en la Resolución Procesal N° 5. El texto de la Resolución Procesal N° 6

indica que, a partir de la resolución anterior, el Tribunal había tenido la oportunidad de examinar la Dúplica de Argentina, y se encuentra necesariamente implícito en esta orden que dicha circunstancia influenció el cambio de posición del Tribunal. En todo caso, el Tribunal, al ordenar a Azurix la presentación del Informe HYTSA, concedió una solicitud de Argentina y, en opinión del Comité, Argentina no puede cuestionar dicha decisión del Tribunal.

230. Argentina alega que recibió el Informe HYTSA demasiado tarde para utilizarlo en sus argumentos orales en el caso. El Comité señala, sin embargo, que la Orden Procesal N° 6 del Tribunal resultó de la solicitud de Argentina de fecha 23 de agosto de 2006. La Orden Procesal N° 6 se emitió poco más de 2 semanas después de la solicitud de Argentina, y dicha resolución ordenaba la presentación del Informe HYTSA en un plazo de aproximadamente 8 días a partir de la fecha de la resolución. Por lo tanto, el Comité considera que el Tribunal respondió oportunamente a la solicitud de Argentina, y que la fecha en que Argentina recibió el Informe guardó relación con la fecha de la solicitud de Argentina. En todo caso, si Argentina hubiera considerado que se la había perjudicado de manera sustancial en razón de la fecha en que recibió el Informe, podría haber solicitado al Tribunal una medida adecuada, inclusive (por ejemplo) solicitar que se posterguen los argumentos orales, si lo estimaba necesario. No existen indicios, entre los elementos con los que cuenta el Comité, de que Argentina solicitara al Tribunal, en algún momento, una reparación al respecto. El Comité considera que Argentina, al haber omitido dicho recurso, no puede ahora plantear que se ha quebrantado una norma fundamental de procedimiento y que esta circunstancia justifica la anulación.

231. En la Resolución Procesal N° 6 también se ordenó a Argentina presentar los informes de evaluación de ofertas en relación con cada etapa del proceso de licitación. No surge con claridad de los elementos que ha examinado el Comité si alguna de las partes había

solicitado al Tribunal que ordenara la presentación de esta prueba. Sin embargo, el Comité considera que este dato es irrelevante, dado que puede ejercerse de oficio la facultad conferida al Tribunal en virtud del Artículo 43(a) del Convenio CIADI y la Regla de Arbitraje del CIADI 34(2)(a). La decisión del Tribunal de ordenar la producción de determinadas pruebas que considera necesarias claramente no puede constituir “rechazo de prueba fundamental”.

232. La Resolución Procesal N° 6 rechazó la solicitud de Argentina sobre la presentación de los documentos consignados en los párrafos 198 (b) y (c) *ut supra*. El Comité concluye que esta decisión era congruente con la Resolución Procesal N° 5 y, por los mismos motivos expresados *ut supra* respecto de la Resolución Procesal N° 5, concluye que dicha decisión no quebrantó ninguna norma fundamental de procedimiento.
233. Respecto del argumento de Argentina de que en las Resoluciones Procesales N° 2 a 6 del Tribunal no se trató a las partes con igualdad, el Comité observa que el hecho de que se admita la solicitud de una parte y se rechace la solicitud de otra parte no significa que haya mediado desigualdad en el trato acordado a las partes. El Tribunal debe considerar y resolver la solicitud de cada una de las partes en base a sus propios fundamentos, en forma separada. Se puede concluir que no ha existido igualdad de trato únicamente cuando es posible demostrar que un tribunal ha aplicado estándares inconsistentes respecto de la forma en que ha tratado las solicitudes de distintas partes. En base a los elementos examinados, el Comité considera que no existen motivos para afirmar que el Tribunal, en la consideración de las solicitudes de cada una de las partes, tomó en cuenta algo más que sus respectivos fundamentos. Así, no existen motivos para sostener que se acordó a las partes un trato desigual.
234. El Comité también observa que, para que resulte “grave” el quebrantamiento de una norma fundamental de procedimiento, dicho incumplimiento debe haber tenido por consecuencia que el Tribunal

alcance un resultado sustancialmente diferente del que se hubiera alcanzado en caso de cumplimiento de la norma en cuestión¹⁶⁵. La única prueba cuya producción solicitó Argentina en última instancia, que el Tribunal omitió ordenar a Azurix, fueron los documentos a los que se hizo referencia en los párrafos 198(b) y (c) *ut supra*. Respecto de la relevancia de dichos documentos para el caso, Argentina manifestó en su Memorial de Anulación que:

... uno de los argumentos clave de Argentina fue que habían existido irregularidades en el proceso de licitación. La importancia de esta afirmación yacía en evitar que Azurix invocara expectativas ilegítimas.

y que:

La posibilidad de demostrar la existencia de esas irregularidades era importante para evitar que Azurix invocara expectativas sobre la base de las circulares mencionados anteriormente, especialmente la Circular N° 52(A) y el Artículo 12.1.1 del Contrato de Concesión.

235. No resulta evidente, a partir de los elementos presentados ante el Comité, que Argentina hubiera invocado en su defensa a las reclamaciones, el principio de que un tribunal arbitral no puede conceder reclamaciones basadas en contratos celebrados mediante corrupción. Tampoco resulta evidente, en opinión del Comité, que Argentina hubiera alegado que los documentos que solicitó, “específicamente” o “en sus términos”, podían demostrar que el contrato se había celebrado mediante corrupción. En cambio, la posición de Argentina parece haber sido que las “irregularidades” del proceso de licitación evitarían que Azurix invocara “expectativas” basadas en disposiciones específicas del Contrato de Concesión, en particular la Circular N° 52(A) y el Artículo 12.1.1 del Contrato de Concesión.

236. Sin embargo, en todo caso, el Tribunal señaló que:

¹⁶⁵ Ver párrafos 49-52 *ut supra*.

... el Procurador General, presente en la audiencia, confirmó que la investigación seguía su curso, pero que, hasta ese momento, no habían surgido pruebas de conducta indebida. El Tribunal no ha recibido ninguna otra información al respecto¹⁶⁶.

En base a los elementos que ha examinado el Comité, no se logra convicción sobre la conclusión de que era razonablemente probable que, si se hubieran aportado al procedimiento los documentos solicitados por Argentina, se hubiera podido establecer que el Contrato de Concesión se celebró mediante corrupción.

237. Respecto de las irregularidades que no constituyen actos de corrupción, el Comité concluye que el Tribunal consideró expresamente los argumentos de Argentina¹⁶⁷. Es cierto que el Tribunal parece haber omitido conclusiones expresas sobre la cuestión de la determinación de dichas irregularidades. Sin embargo, el Comité considera que se encuentra implícito en el Laudo que el Tribunal consideró que dicha determinación (de las irregularidades alegadas) no hubiera afectado la validez del Contrato de Concesión ni hubiera modificado el derecho de Azurix de invocar la protección del TBI respecto de su inversión¹⁶⁸. La controversia sobre la Circular N° 52(A) y el Artículo 12.1.1 del Contrato de Concesión se vinculaba con la cuestión de la recuperación del Canon¹⁶⁹. El Tribunal, en última instancia, resolvió la cuestión en favor de Argentina¹⁷⁰, y también determinó que el valor de la Concesión era solamente una fracción del monto que Azurix había pagado por ella. Así, el Comité concluye que se encuentra implícito en el Laudo que, en opinión del Tribunal, ninguna de esas irregularidades, aún si se hubieran demostrado, hubiera modificado la decisión del Tribunal.

238. Por lo tanto, con base en los elementos presentados ante el Comité, éste no considera que existe algún fundamento para concluir que era

¹⁶⁶ Laudo, párr. 56.

¹⁶⁷ Laudo, especialmente, párrs. 23, 25, 201, 203, 209, 242.

¹⁶⁸ Ver especialmente Laudo, párr. 242.

¹⁶⁹ Laudo, párrs. 195-243.

¹⁷⁰ Ver especialmente Laudo, párrs. 219-243.

razonablemente probable que, en caso de que se hubiesen aportado al procedimiento los documentos solicitados por Argentina, éstos hubieran justificado que el Tribunal alcanzara un resultado sustancialmente diferente.

239. Por lo tanto, el Comité rechaza el argumento de Argentina sobre “rechazo de prueba fundamental”.

(iii) Argumento de Argentina sobre “omisión de considerar argumentos claves”

240. Para referirse a la alegación de Argentina de que el Tribunal omitió considerar ciertos argumentos claves, el Comité recuerda la Decisión sobre Anulación *Vivendi*, en la cual se expresó que:

Sin duda, un tribunal del CIADI no tiene el deber de considerar en su Laudo todo argumento presentado por las partes, a condición, por supuesto, de que los argumentos que efectivamente considere sean por sí mismos capaces de guiarlo hacia la conclusión a la que arribe y de que todas las cuestiones sometidas a un tribunal se decidan expresa o implícitamente¹⁷¹.

241. Argentina argumenta que el Tribunal omitió expresar sus motivos, en los términos del Artículo 52(1)(e) del Convenio CIADI, al desconocer, sin expresar razones, la existencia de irregularidades en el proceso de licitación y, en particular, al omitir los motivos por los que no dio importancia al incumplimiento de la Resolución Procesal N° 3 por parte de Azurix.
242. Por los motivos expuestos en el párrafo 237 *ut supra*, el Comité considera que es evidente que el Tribunal consideró los argumentos de Argentina sobre las alegadas irregularidades en el proceso de licitación.

¹⁷¹ Decisión sobre Anulación *Vivendi*, párr. 87; Decisión sobre Anulación *MTD*, párr. 50; Decisión sobre Anulación *Lucchetti*, párr. 128; Decisión sobre Anulación *Wena Hotels*, párrs. 81-83; Decisión sobre Anulación *Soufraki*, párrs. 121-128; Decisión sobre Anulación *CMS*, párrs. 53-57; Decisión sobre Anulación *MINE*, párr. 5.09.

243. Argentina argumenta que el Tribunal omitió considerar en forma adecuada el alegado incumplimiento de la Resolución Procesal N° 3 por parte de Azurix. El Comité observa que se informó a las partes, mediante carta de fecha 7 de junio de 2004, que el Tribunal consideraría la pertinencia de las cuestiones introducidas por Argentina en su carta de fecha 20 de mayo de 2004, como parte de su análisis general de las presentaciones de las partes en el caso. El Comité estima que el Tribunal las consideró, a pesar de que no se incluyen conclusiones expresas o detalladas sobre dichas cuestiones en el Laudo. El hecho de que el Tribunal, en última instancia, ordenó a Azurix pagar los costos de Argentina derivados del “incidente procesal” sobre la omisión de Azurix de presentar sus copias de los Sobres N° 1 y 2 según requería la Resolución Procesal N° 3¹⁷², es un elemento adicional que confirma que el Tribunal efectivamente consideró las presentaciones de Argentina vinculadas con dicho incidente. El argumento de Argentina era esencialmente que el supuesto incumplimiento por Azurix de la Resolución Procesal N° 3 excluyó la oportunidad de Argentina de obtener más pruebas sobre las irregularidades en el proceso de licitación. Por los motivos expuestos en el párrafo 237 *ut supra*, se ha persuadido al Comité considera que el Tribunal no estimó relevante la determinación sobre la existencia de irregularidades en el proceso de licitación. En consecuencia, tampoco hubiera resultado relevante la determinación del incumplimiento por Azurix de la Resolución Procesal N° 3.

244. Argentina argumenta que era parte de su caso que, dado que Azurix necesitaba ganar el proceso de licitación para que su inminente OPI tuviera éxito, Azurix había hecho una oferta irrazonable en el proceso de licitación, con la expectativa de renegociar posteriormente las condiciones Contrato de Concesión. El Comité señala que el Tribunal, en última instancia, determinó que “*en marzo de 2002, ningún inversor bien informado*” hubiera pagado el precio que Azurix había pagado por la Concesión y que, por lo tanto, a los efectos de

¹⁷² Laudo, párrs. 441, 442.7.

determinar la indemnización de daños y perjuicios, el Tribunal consideró menos de un sexto del monto que Azurix había pagado efectivamente. El Comité considera que el Tribunal estuvo entonces de acuerdo con el argumento de Argentina de que Azurix había pagado un monto irrazonablemente elevado por la Concesión. Además, el Comité considera que del laudo como un todo, se encuentra implícito que el Tribunal no consideró relevantes para su decisión los *motivos precisos de Azurix* para pagar dicho monto. El Comité concluye que el hecho de que un tribunal no tome en cuenta una cuestión que considera irrelevante no puede configurar un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento simplemente porque una de las partes considera que la cuestión omitida es relevante. Por los motivos expuestos en el párrafo 237 *ut supra*, el Comité no está convencido que el Tribunal no haya considerado el argumento de Argentina de que, en razón de las alegadas irregularidades del proceso de licitación, Azurix no tenía derecho a ninguna indemnización.

245. Argentina también argumenta que el Tribunal omitió referirse a las pruebas presentadas por Argentina para demostrar la existencia de la relación entre Azurix y Enron. El Comité considera que se encuentra implícito en el Laudo, incluyendo por los motivos expresados en el párrafo anterior, que el Tribunal consideró que la relación entre Azurix y Enron era irrelevante para su decisión del caso. En el párrafo 55 del Laudo, el Tribunal se refiere expresamente a los argumentos de Argentina relativos a la relación entre Azurix y Enron. No se ha persuadido al Comité de que el Tribunal omitió considerar estos argumentos. En cambio, se logra la convicción del Comité de que el Tribunal consideró dichos argumentos y los rechazó.
246. Por lo tanto, el Comité rechaza el argumento de Argentina sobre la “omisión de considerar argumentos claves”.

(g) Otras causas de anulación planteadas por Argentina

247. Argentina también ha argumentado que “*las Resoluciones Procesales N° 2 a 6, firmadas por el Presidente del Tribunal, adquirieron un nuevo significado en el contexto de la propuesta de recusar al Sr. Rigo Sureda*”. El Comité considera este argumento en relación con la consideración de la próxima causal de anulación invocada por Argentina.

(h) Conclusión

248. Por los motivos expuestos *ut supra*, el Comité rechaza la causal de anulación alegada por Argentina, vinculada con el supuesto rechazo de prueba fundamental por parte del Tribunal y con su supuesta omisión de considerar argumentos claves.

G. Supuesto conflicto de intereses y falta de juicio independiente

(a) Introducción

249. Argentina argumenta que el Tribunal se constituyó incorrectamente, en los términos del Artículo 52(1)(a) del Convenio CIADI, en razón de que el Presidente del Tribunal, Dr. Andrés Rigo Sureda, estaba “*inmerso en diferentes conflictos de intereses*”, los cuales “*da[ba]n lugar a dudas razonables sobre su imparcialidad*”, de modo que “*no era posible que un observador objetivo confiara en que podría emitir un juicio independiente*”.

250. Argentina alega que dichas dudas se vieron reforzadas por ciertas Resoluciones Procesales adoptadas por el Presidente del Tribunal, las cuales, de acuerdo con Argentina, rechazaron prueba fundamental para su defensa.

251. Argentina señala que los conflictos de intereses en los que, según ha alegado, estaba inmerso el Dr. Rigo Sureda, surgen en razón de tres circunstancias, a saber:
- (a) el hecho de que el Dr. Rigo Sureda fue contratado como consultor del estudio jurídico de los Estados Unidos Fulbright & Jaworski LLP (“Fulbright”), el cual representaba a la demandante en el caso *Duke Energy International Peru Investments No. 1 Ltd. c. República de Perú* (Caso CIADI No. ARB/03/28) (“el caso *Duke*”), en el cual Fulbright designó como árbitro al Dr. Guido Santiago Tawil, uno de los abogados de Azurix en el presente caso;
 - (b) el hecho de que Fulbright brindó asesoramiento legal a Azurix en otras cuestiones, inclusive durante el procedimiento de arbitraje en el presente caso; y
 - (c) el hecho de que Fulbright participó en cuestiones vinculadas con Enron, sociedad controlante de Azurix.
252. En su Réplica sobre Anulación, Argentina alegó que existían siete razones principales por las cuales no era posible confiar en que el Dr. Rigo Sureda ejercería un juicio independiente y no inspiraba plena confianza en su imparcialidad de juicio, a saber:
- (a) los roles cruzados desempeñados por el Dr. Rigo Sureda y el Dr. Santiago Tawil;
 - (b) el ocultamiento, por parte del Dr. Rigo Sureda, del hecho de que había participado en el caso *Duke* hasta un momento ulterior a la propuesta de su recusación por parte de Argentina;
 - (c) el hecho de que el Dr. Rigo Sureda aportó información engañosa sobre el conocimiento que tenía de la designación del Dr. Santiago Tawil en el caso *Duke*;

- (d) las relaciones abogado-cliente entre Fulbright y Azurix y Fulbright y Enron;
- (e) la omisión de investigar del Dr. Rigo Sureda, a pesar del hecho de que Argentina introdujo la cuestión de la posible relación abogado-cliente entre Fulbright y Enron, a partir de la propuesta de Argentina de recusar al Dr. Rigo Sureda;
- (f) la renuncia del Dr. Rigo Sureda a Fulbright; y
- (g) el rechazo de prueba solicitada por la República Argentina en las Resoluciones Procesales N° 2 a 6 del Tribunal.

253. Argentina también alega que, en virtud de estos conflictos de intereses, se ha quebrantado de una norma fundamental de procedimiento en los términos del Artículo 52(1)(d) del Convenio CIADI.

(b) Antecedentes

254. Mediante una carta del 27 de marzo de 2002, el Secretariado del CIADI informó a Argentina y Azurix que se estaba considerando la designación del Dr. Andrés Rigo Sureda como presidente del tribunal de este caso. En la carta se indicaba que el Dr. Rigo Sureda había informado al Secretariado del CIADI que el estudio jurídico del que era asesor, Fulbright, representaba en ese momento a varias partes en procedimientos iniciados contra Enron Corp., pero que él no había participado de ellos y no lo haría, y que además tomaría las medidas necesarias para garantizar que se lo mantuviera ajeno a ellos. Mediante la carta se solicitaba a las partes que informaran si tenían alguna objeción respecto de esta designación.
255. En su carta del 8 de abril de 2002, el Secretariado del CIADI informó a Argentina y Azurix que el Dr. Rigo Sureda había aceptado su designación como Presidente del Tribunal del presente caso y que,

de conformidad con la Regla de Arbitraje 6(1) del CIADI, el Tribunal se daba por constituido y el procedimiento por iniciado a partir de esa fecha.

256. Mediante una carta del 30 de marzo de 2004, el Dr. Guido Santiago Tawil de M & M Bomchil Abogados, uno de los abogados de Azurix, informó a Argentina que había sido designado árbitro en el caso *Duke*¹⁷³. En la carta, Tawil expresó que, antes de aceptar la nominación, consideró importante informar a Argentina que anteriormente el Dr. Rigo Sureda había sido parte del equipo legal que trabajaba para la demandante en el caso *Duke*, pero que no había participado en el proceso de selección que condujo a la designación del Dr. Santiago Tawil como árbitro en ese caso y que ya no participaba en de ese caso. En la carta se solicitaba que Argentina prestara su consentimiento para que se designara al Dr. Santiago Tawil como árbitro en el caso *Duke*.
257. En una carta dirigida al Dr. Santiago Tawil el 13 de abril de 2004, la Procuración del Tesoro de la Nación expresó:

Puesto que la República Argentina no está relacionada en modo alguno con este caso y teniendo en cuenta, además, que se ha solicitado la intervención del Procurador General por razones de ética profesional y cortesía, en razón de ser usted miembro de M&M BOMCHIL abogados –el estudio jurídico adversario de la República Argentina en los casos SIEMENS A.G. y AZURIX Corp. en los cuales el respectivo Tribunal está presidido por un miembro del estudio jurídico que lo ha nominado árbitro en [el caso Duke] ... no es necesario que la Procuración General emita una decisión formal respecto de su presentación.

258. En su carta del 13 de abril de 2004, el Dr. Santiago Tawil informó al Secretariado del CIADI que aceptaba su nominación como árbitro en el caso *Duke*, advirtió al Secretariado del CIADI sobre las cuestiones

¹⁷³ Ver párrafo 251.

precedentes e indicó: “[a]ntes de esta carta, informé estos hechos a la República Argentina, quien no planteó objeción alguna al respecto”.

259. El Dr. Rigo Sureda, mediante una carta dirigida al Secretariado del CIADI el 17 de mayo de 2004, informó que había tomado conocimiento de la designación del Dr. Santiago Tawil como árbitro en el caso *Duke* y expresó:

Dado que el Sr. Tawil representa a las demandantes en los casos Siemens c. Argentina y Azurix c. Argentina, cuyos tribunales presido, es mi deseo confirmarle que no tuve ninguna participación en la designación del Sr. Tawil en carácter de árbitro [en el caso Duke] y que no tendré ningún tipo de participación en la representación de Duke Energy International por parte de Fulbright and Jaworski.

260. El 29 de noviembre de 2004, Argentina presentó una propuesta para recusar al Dr. Rigo Sureda en virtud de los Artículos 57 y 14(1) del Convenio CIADI (la “Propuesta de Recusación”). La propuesta en cuestión establecía, *inter alia*, lo siguiente:

El Dr. Rigo Sureda es Presidente de dos paneles arbitrales CIADI contra la República Argentina y en ellos el abogado de los actores es el Dr. Tawil. A su vez, el Dr. Tawil fue elegido como árbitro por la firma a la que pertenece el Dr. Rigo Sureda, en un caso en el que dicha firma patrocina a los actores. El Dr. Rigo Sureda y el Dr. Tawil son árbitros y partes recíprocamente.

Además, el Dr. Rigo Sureda no cumplió con el deber de informar al Tribunal y a las partes sobre la evidente situación sobreviviente que podía dar lugar a una incompatibilidad patente. Por lo demás, de la nota enviada por el Dr. Tawil a la República Argentina surgiría que el Dr. Rigo Sureda habría trabajado en el pasado en el caso en el que se designó como árbitro al Dr. Tawil.

...

Los intereses profesionales y financieros del Dr. Rigo Sureda en Fulbright & Jaworski han quedado

sometidos bajo la autoridad del Dr. Tawil en el arbitraje en el que éste actúa como árbitro. A su vez, el Dr. Guido Tawil es consejero legal de la demandante en el presente arbitraje. El Dr. Rigo Sureda preside un Tribunal que analiza el caso que trae la demandante asesorada por el Dr. Tawil.

El particular posicionamiento en el que el Dr. Rigo Sureda ha quedado respecto a este arbitraje, su estudio jurídico y el Dr. Tawil –no sólo objetivamente sino también considerando la apariencia que manifiestan estas relaciones– generan convicción suficiente para que la República Argentina –y cualquier persona razonable– entienda que su imparcialidad de juicio e independencia han sido afectadas.

...

El Dr. Rigo Sureda no ha informado hasta el día de hoy cuáles son los intereses y tipo de relaciones – profesionales y de negocio– que mantiene y mantuvo con Duke.

El Dr. Rigo Sureda no informó a las partes sobre de la situación sobreviniente y se limitó a dirigir una nota al Secretario General Adjunto del CIADI, Antonio Parra, informando sobre la situación de que el Dr. Tawil es árbitro en un caso en el que su estudio jurídico participa activamente. Esta nota fue reenviada por la Secretaría del Tribunal a la República Argentina.

Esta información no cumple siquiera mínimamente con el deber de transparencia e información que se le debe exigir al Presidente de un panel arbitral. Por lo demás, de la nota del Dr. Tawil surgiría que el Dr. Rigo Sureda habría participado en el caso [Duke] con anterioridad.

...

El Dr. Rigo Sureda tenía un deber de información (disclosure) completo, exhaustivo y detallado, y ha violado tal deber. No es la República Argentina quien debe solicitar la información sino que es el propio árbitro el que debió hacerlo oportunamente.

...

El ocultamiento persistente con que ha venido manejándose el Dr. Rigo Sureda potencia y multiplica la apariencia y/u objetividad de parcialidad o sesgo. Este último constituye per se un motivo válido de recusación, más aún bajo el estándar del Convenio CIADI. Se llega a la misma conclusión aún bajo otros estatutos de ética arbitral significativos.

261. En una carta del 10 de diciembre de 2004 dirigida a los otros dos miembros del Tribunal, el Dr. Rigo Sureda ofreció sus explicaciones de conformidad con la Regla de Arbitraje 9 del CIADI.
262. En una comunicación del 17 de diciembre del 2004, Azurix respondió a la Propuesta de Recusación.
263. En una comunicación del 30 de diciembre de 2004, Argentina respondió la carta del Dr. Rigo Sureda.
264. Mediante una carta del 28 de enero de 2005, Azurix informó al Secretariado del CIADI lo siguiente:

Luego de la designación del Dr. Rigo como Presidente del Tribunal en este procedimiento, los funcionarios y el asesor jurídico interno de Azurix cambiaron. En noviembre de 2002, los nuevos funcionarios y el asesor jurídico interno de Azurix Corp. (que desconocían la relación del Sr. Rigo con Fulbright) concertaron un contrato para un fin determinado con un socio de Fulbright situado en Houston con el objeto de que éste proporcionara servicios de asesoría durante algunos meses sobre una cuestión que no tenía ninguna relación con este arbitraje. Ese contrato no involucraba a la República Argentina o a ningún proyecto en Argentina y, puntualmente, no guardaba relación con las concesiones o los sistemas de agua de la Provincia de Mendoza o Buenos Aires o las subsidiarias de Azurix en Argentina...

Ese contrato concluyó en abril de 2003. El Sr. Rigo no intervino en ese contrato, que sólo incluía a abogados de la oficina de Houston de Fulbright...

La información declarada surge de la observación realizada muy recientemente por un funcionario de Azurix...

Además, aunque en abril de 2002 Fulbright representaba a la parte contraria a Enron en varios asuntos, también representaba, a través de uno de sus socios en Houston, a 16 compañías de oleoductos en litigio con el Arma de Ingenieros del Ejército de Estados Unidos... incluida la Florida Gas Transmission Company, que fue una filial de Enron hasta fines de 2004. No existía ninguna relación con Argentina y el Sr. Rigo no tuvo ninguna intervención.

265. En su comunicación del 1º de febrero de 2005, Argentina respondió la misiva de Azurix del 28 de enero de 2005 y ratificó y presentó nuevos elementos con respecto a la recusación del Dr. Rigo Sureda. Dicha comunicación establecía, *inter alia*, que las declaraciones realizadas en la misiva de Azurix del 28 de enero de 2005 constituían nuevos hechos para recusar al Dr. Rigo Sureda y confirmaban la validez de los méritos.
266. Mediante una carta del 1º de febrero de 2005, el Dr. Rigo Sureda expresó, *inter alia*, que no estaba involucrado en los asuntos informados en la comunicación de Azurix del 28 de enero de 2005, que no tenía conocimiento de ellos y que, al recibir la carta, había decidido renunciar a Fulbright de forma inmediata para poder desempeñarse como Presidente del Tribunal "*con independencia indiscutible y sin que [ésta] se vea afectada por circunstancias de las que no tengo información, conocimiento o control.*"
267. Mediante una comunicación del 10 de febrero de 2005, Argentina expresó que ratificaba su propuesta de recusación y que presentaría nuevas pruebas para respaldar la admisibilidad de su pedido. En esa comunicación se indicaba, *inter alia*, que la renuncia del Dr. Rigo Sureda a Fulbright implicaba su reconocimiento de que no se encontraba en condiciones de actuar con imparcialidad o independencia indiscutible; que la información proporcionada el 27 de

marzo de 2002 era irrelevante; que las declaraciones del Dr. Rigo Sureda eran imprecisas, inoportunas y confusas; que el Dr. Rigo Sureda había admitido que Fulbright estaba actualmente vinculada con Enron, y que la renuncia del Dr. Rigo Sureda al estudio Fulbright no podría restablecer la plena confianza en su independencia e imparcialidad ni purgar la violación de su deber de información y transparencia. En esa comunicación también se expresaba que en las Resoluciones Procesales del Tribunal (ver párrafo 254), el Dr. Rigo Sureda procedió a un *“injustificado retaceo de la prueba solicitada”* por la República Argentina en este procedimiento, y que las expresiones del Dr. Rigo Sureda en las Resoluciones Procesales *“adquieren hoy un nuevo significado a la luz de los hechos y las circunstancias que relacionan al estudio jurídico Fulbright & Jaworski con el Dr. Rigo Sureda y Azurix Corp”*.

268. El 25 de febrero de 2005, los otros dos miembros del Tribunal, los señores Lalonde y Martins, emitieron su “Decisión sobre la Propuesta de Recusación del Presidente del Tribunal” (la “Decisión sobre Recusación”), en la que rechazaron la propuesta de recusación del Dr. Rigo Sureda planteada por Argentina.
269. En la Decisión sobre Recusación se determinó que la Propuesta de Recusación no podía prosperar por razones procesales debido a que Argentina no había *“objeta[do] con prontitud”* como lo exige la Regla de Arbitraje 27 del CIADI. El Tribunal determinó que Argentina se puso al corriente de los hechos en los que se basaba la Propuesta de Recusación el día 30 de marzo de 2004, pero que recién propuso la recusación del Dr. Rigo Sureda el 29 de noviembre de 2004, es decir, ocho meses más tarde. La Decisión sobre Recusación rechazó el argumento de que el nuevo Procurador del Tesoro de la Nación había tomado conocimiento de la situación apenas recientemente sobre la base de que el derecho de objeción no era una prerrogativa del Procurador del Tesoro *in persona* sino de la República Argentina. La

Decisión sobre Recusación, por tanto, concluyó que Argentina había renunciado al derecho a solicitar la recusación del Dr. Rigo Sureda.

270. La Decisión sobre Recusación también determinó que la Propuesta de recusación no podía prosperar por razones sustantivas. Se consideró que las Resoluciones Procesales habían sido emitidas en ese momento por los tres miembros del Tribunal y no sólo por el Presidente, y que esas Resoluciones Procesales no incidían en la cuestión de recusación planteada por Argentina. La Decisión sobre Recusación sostuvo que, en base a los hechos que esgrimió Argentina con relación al caso Duke, no había “*riesgo verdadero de carencia de imparcialidad*” que pudiera “*negar o poner claramente en duda la apariencia de imparcialidad*”. En la Decisión sobre Recusación, los otros dos miembros del Tribunal también sostuvieron que no podían concluir que el Dr. Rigo Sureda había violado de alguna forma su deber de información y transparencia. Además, en la Decisión sobre Recusación se consideró que los nuevos hechos que Argentina argumentó en su carta del 1º de febrero de 2005 no bastaban para determinar la admisibilidad de la recusación contra el Dr. Rigo Sureda como Presidente del Tribunal.

271. En su carta del 4 de abril de 2005, dirigida al Secretariado del CIADI, la República Argentina se dirigió al Secretariado del CIADI “*con el objeto de manifestar expresa oposición [...] al rechazo del pedido de recusación del Dr. Rigo Sureda*” puesto que dicha decisión “*viola derechos y garantías esenciales de la República Argentina reconocidos en el Convenio CIADI*”.

(c) Argumentos de las Partes

272. Argentina argumenta, *inter alia*, lo siguiente:

(a) La Decisión sobre Recusación contiene errores y defectos significativos que llevan a concluir que la recusación del Presidente fue rechazada en forma incorrecta.

- (i) La Decisión sobre Recusación concluyó que la carta enviada por el Secretariado del CIADI el 27 de marzo de 2002 había proporcionado a Argentina suficiente información para que ésta planteara objeciones respecto de la designación del Dr. Rigo Sureda. Sin embargo, esa carta sólo indicaba que el Dr. Rigo Sureda había informado que Fulbright representaba por ese entonces a varias partes en procedimientos iniciados *contra* Enron, mientras que la Propuesta de Recusación y los comentarios del 30 de diciembre de 2004 habían solicitado información con respecto a una posible relación cliente-abogado entre Enron y Fulbright. No fue sino hasta el 28 de enero de 2005, el Sr. Bishop reveló que Florida Gas Transmission Company, una afiliada de Enron hasta fines del 2004, había sido cliente de Fulbright.
- (ii) La Decisión sobre Recusación estableció que no existía afirmación o prueba alguna de que el Dr. Rigo Sureda había ocultado información o actuado con negligencia al no informarse, cuando de hecho éste parece haber sido negligente en su proceder y debería haber investigado la posible relación cliente-abogado entre Enron y Fulbright, al menos a partir del momento en que Argentina planteó esta cuestión en la Propuesta de Recusación.
- (iii) Si bien la Decisión sobre Recusación pareció adoptar el criterio de “parcialidad aparente” para determinar si se justificaba o no la recusación del Dr. Rigo Sureda, la decisión de no recusarlo resultó inconsistente con la aplicación ostensible de ese criterio.

- (iv) La Decisión sobre Recusación desconoció el caso *Pinochet*¹⁷⁴ y el caso *Commonwealth Coatings*¹⁷⁵ que Argentina había citado para fundamentar su reclamo.
- (b) Aunque los procedimientos de anulación no constituyen apelaciones, el Comité tiene las atribuciones para decidir por sí mismo si el Tribunal ha sido correctamente constituido, independientemente de lo que se decida al respecto en la Decisión sobre Recusación.
- (c) La causal de anulación del Artículo 52(1)(a) del Convenio CIADI, “*que el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente*”, remite al Artículo 57 del Convenio CIADI, el cual establece que “[c]ualquiera de las partes podrá proponer a la Comisión o Tribunal correspondiente la recusación de cualquiera de sus miembros por la carencia manifiesta de las cualidades exigidas por el apartado (1) del Artículo 14”. El Artículo 14(1) exige que los árbitros del CIADI sean personas que, entre otras cosas, “*inspir[en] plena confianza en su imparcialidad de juicio*”.
- (d) Existe una diferencia de significado entre los textos en inglés, francés y español del Artículo 14 del Convenio CIADI. El significado que concilia mejor los textos, a los efectos del Artículo 33(4) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que refleja el derecho internacional consuetudinario, es que aquéllos designados para desempeñarse como árbitros deben ser personas que se pueda confiar que ejercerán un juicio independiente (o que ofrezcan todas las garantías de independencia en el ejercicio de sus funciones) e inspiren plena confianza en su imparcialidad de juicio.

¹⁷⁴ Memorial de Anulación de Argentina, párr. 167, en referencia a la Decisión sobre Recusación en la pág. 15 (Anexo AR 35).

¹⁷⁵ Memorial de Anulación de Argentina, párr. 167, en referencia a la Decisión sobre Recusación en la pág. 18.

- (e) La violación del derecho a una audiencia justa ante un tribunal independiente, imparcial y objetivo constituye un “*quebrantamiento grave de una norma de procedimiento*”, de modo que si no se puede confiar que el miembro del tribunal ejerza un juicio independiente y/o inspire confianza plena en su imparcialidad de juicio, la validez del laudo puede resultar cuestionada en virtud del Artículo 52(1)(a) y el Artículo 52(1)(d) del Convenio CIADI. Si bien estas son causales de anulación diferentes, la primera debe considerarse un caso específico de la segunda.
- (f) Con relación a los roles cruzados que desempeñaban el Dr. Rigo Sureda y el Dr. Santiago Tawil:
 - (i) cada uno estaba en una situación en la que ejercía autoridad sobre el otro, lo que se prestaba a un *quid pro quo*;
 - (ii) no fue sino hasta que Argentina presentó su propuesta de recusación, que el Dr. Rigo Sureda reveló que había ayudado a dos socios de Fulbright en la preparación de la solicitud de arbitraje del caso *Duke*;
 - (iii) resulta por lo menos dudoso que el Dr. Rigo Sureda, como él mismo manifiesta, sólo haya tenido conocimiento de la designación del Dr. Santiago Tawil como árbitro en el caso *Duke* por medio del Secretariado del CIADI.
- (g) Argentina no prestó su consentimiento para que el Dr. Santiago Tawil aceptara su nombramiento como árbitro en el caso *Duke*. En su carta del 13 de abril de 2004, Argentina manifestó que no le correspondía dar ese permiso.
- (h) Argentina no ha renunciado a su derecho a reclamo respecto del rol de árbitro del Dr. Santiago Tawil en el caso *Duke* por no

haber presentado su objeción con prontitud, debido a que la Regla de Arbitraje 27 del CIADI no resulta aplicable a propuestas de recusación y a que se produjeron nuevos hechos entre la carta del Dr. Rigo Sureda del 17 de mayo de 2004 y la Propuesta de Recusación.

- (i) Cuando se designa a un árbitro de un gran estudio jurídico que también asesora al cliente, aunque el árbitro no haya estado directamente involucrado con el cliente, otros colegas del estudio jurídico pueden estarlo, y esta situación puede generar temores sobre conflictos de intereses.
- (j) La imparcialidad puede ser tanto real como aparente. La imparcialidad aparente recae sobre el principio de que no sólo se debe hacer justicia sino también procurar que se haga justicia, y sobre el concepto de dudas justificables. La existencia de dudas justificables se determina mediante la aplicación de un criterio objetivo en el que es necesario preguntar si una persona razonablemente bien informada podría creer que se justifica el temor de imparcialidad percibido.
- (k) La palabra “manifiesta” del Artículo 57 del Convenio CIADI significa “obvio” o “evidente” o “fácilmente comprensible o reconocible por la mente”. El criterio de la imparcialidad aparente y la condición de “manifiesta” del Artículo 14 del Convenio CIADI no se contradicen mutuamente. Lo que debe ser manifiesto es que no es posible confiar en que un árbitro ejercerá un juicio independiente o que no inspira plena confianza en su imparcialidad de juicio, no que un árbitro es efectivamente parcial o dependiente.
- (l) El criterio de imparcialidad aparente fue adoptado en casos presentados ante el CIADI¹⁷⁶. El Artículo 14(1) del Convenio del

¹⁷⁶ Invocando a *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3, Decisión acerca de la Recusación del Presidente del Comité, 3 de octubre de 2001, párr. 25; *SGS Société Générale de Surveillance c.*

CIADI incorpora el criterio de si existen dudas razonables respecto de la imparcialidad de un árbitro¹⁷⁷.

- (m) Las relaciones entre Fulbright y Azurix, y entre Fulbright y Enron, quedan comprendidas perfectamente dentro de esta categoría de casos en los que el temor a la imparcialidad deriva de alguna relación, experiencia o contacto directo o indirecto con una persona interesada o relacionada de alguna manera con los procedimientos. El Dr. Rigo Sureda desempeñaba dos roles incompatibles, a saber, el rol de Presidente del Tribunal en este caso, y el rol de asesor *senior* en Fulbright, estudio jurídico que designó al Dr. Santiago Tawil como árbitro en el caso *Duke* y asesoró a Azurix y a una afiliada de Enron, sociedad controlante de Azurix.
- (n) No puede argumentarse que, debido a que el Dr. Rigo Sureda era sólo uno de los tres miembros del Tribunal, el resultado final del Laudo habría sido el mismo si él no hubiera participado puesto que la constitución incorrecta del tribunal compromete la integridad de todo el proceso arbitral y es causal de anulación. Además, la posición privilegiada del Dr. Rigo Sureda por ser Presidente podría haberle permitido influenciar a los demás árbitros y su facultad para emitir Resoluciones Procesales le permitían estructurar la totalidad del proceso arbitral.
- (o) El Laudo fue a favor de Azurix. El hecho de que el Laudo haya rechazado algunos de los reclamos de Azurix y no haya otorgado indemnización por el monto total que ésta pretendía no prueba que se confiaba en que el Dr. Rigo Sureda ejercería

República Islámica de Pakistán, Caso CIADI No. ARB/01/13, Decisión sobre la Propuesta de Recusación de un Árbitro presentada por la Demandante del 19 de diciembre de 2002; *Siemens A.G. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/8, Decisión del Profesor Domingo Bello Janeiro sobre la Propuesta de la República Argentina de Recusación del Dr. Andrés Rigo Sureda de acuerdo a los Artículos 14 y 57 del Convenio CIADI y a la Regla de Arbitraje 9 del 11 de febrero de 2005, pág. 26.

¹⁷⁷ Memorial de Anulación de Argentina, párr. 193.

un juicio independiente o que inspiraba plena confianza en su imparcialidad de juicio.

- (p) Todas las recusaciones de árbitros planteadas por Argentina en otros casos se han basado en razones justificadas y no han constituido tácticas dilatorias.

273. Azurix argumenta, *inter alia*, lo siguiente:

- (a) La solicitud de anulación presentada por Argentina expone un mero desacuerdo con la Decisión sobre Recusación, lo cual no constituye una causal de anulación.
- (b) Las numerosas recusaciones propuestas por Argentina contra árbitros en otros arbitrajes ante el CIADI y la CNUDMI de forma infructuosa reflejan su estrategia general de recusar a aquéllos cuyas decisiones no comparte y de retrasar el proceso arbitral.
- (c) Argentina no tiene derecho a recibir una revisión *de novo* de sus recusaciones al Dr. Rigo Sureda dado que esto equivaldría a concederle una apelación *de facto* respecto de esta cuestión. Para ser coherente con el criterio de anulación que adopta el Convenio CIADI para todas las demás causales, la revisión del Comité debería restringirse a la revisión de la Decisión sobre Recusación por error manifiesto.
- (d) Para que se anule un laudo en virtud del Artículo 52(1), Argentina debe proporcionar pruebas objetivas de que el Dr. Rigo Sureda carecía de forma “manifiesta” de las cualidades que exige el Artículo 14(1). La falta de independencia debe ser “manifiesta” o “altamente probable” y no sólo “posible”.
- (e) Argentina no analiza los hechos según el criterio de un observador independiente; simplemente realiza las mismas afirmaciones que ya se desestimaron en la Decisión sobre

Recusación sin presentar nuevos argumentos o nuevos hechos que puedan cambiar dicha decisión.

- (f) Antes de aceptar su nombramiento como árbitro en el caso *Duke*, el Dr. Santiago Tawil informó a Argentina que estaba considerando aceptar la nominación, y Argentina no opuso objeciones.
- (g) Si bien la Propuesta de Recusación se encontraba pendiente, Azurix informó sobre los casos de representación parcial que Fulbright había asumido con respecto a Azurix y a otra subsidiaria de Enron por asuntos no relacionados tan pronto como la actual dirección y los abogados supieron acerca de ellos. Fulbright no tenía una relación en curso con ninguna de las dos compañías. El Dr. Rigo Sureda no estaba involucrado con ninguna de esas representaciones ni tenía conocimiento de ellas, y renunció a Fulbright para evitar siquiera la apariencia de una impropiedad, lo que no estaba obligado a hacer.
- (h) La Propuesta de Recusación concluyó correctamente que Argentina había renunciado a su argumento en base a la supuesta relación entre el Dr. Rigo Sureda y el Dr. Santiago Tawil.
- (i) Es incorrecto el reclamo de Argentina de que el Dr. Rigo Sureda no informó de su participación en el caso *Duke* hasta después de presentada la propuesta de recusación.
- (j) Argentina incluso accedió a que el Dr. Rigo Sureda se desempeñara como Presidente de otro tribunal luego de que recibió su carta de información.
- (k) La Decisión sobre Recusación no desconoció los casos *Pinochet* y *Commonwealth Coating*, sino que consideró que ambos casos resultaban inaplicables debido a las diferencias

entre los hechos en cuestión y a que no se resolvieron en virtud del criterio establecido en el Convenio CIADI.

- (l) Argentina alega *“en forma disimulada y completamente insustanciada”* que el Dr. Rigo Sureda efectivamente sabía acerca de la limitada vinculación de Fulbright con Azurix y una subsidiaria de Enron y que omitió revelarla, lo cual no es cierto.
- (m) Contrariamente a lo que Argentina reclama, el criterio de *“imparcialidad aparente”* no es el principio correcto que el Convenio CIADI exige, sino más bien, si el Dr. Rigo Sureda podría *“inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio”* y si los hechos demostraban una *“carencia manifiesta de las cualidades exigidas por el apartado (1) del Artículo 14”*. Este es el criterio que adoptó la Decisión sobre Recusación.
- (n) Aunque no resulta legalmente vinculante para Argentina y Azurix, y si bien aún no se habían adoptado en el momento en que se designó al Dr. Rigo Sureda como Presidente del Tribunal en este caso, las Directrices de la IBA sobre Conflictos de Intereses constituyen un respaldo adicional para la Decisión sobre Recusación.
- (o) Apenas una revisión somera del Laudo unánime y de su rechazo de muchos de los reclamos y daños y perjuicios planteados por Azurix demuestra la independencia e imparcialidad del Tribunal.
- (p) Dado que no había causal para recusar al Dr. Rigo Sureda, no hubo *“quebrantamiento grave de una norma de procedimiento”* en este sentido. De cualquier forma, Argentina renunció a este reclamo puesto que omitió incluirlo en su solicitud de anulación.

(d) Constitución incorrecta del tribunal como causal de anulación en virtud del Artículo 52(1)(a) del Convenio CIADI: principios aplicables

274. El Convenio CIADI no contiene disposiciones que especifiquen cuándo un tribunal está “*constituido correctamente*” o no a los efectos del Artículo 52(1)(a).
275. Como principio, en su interpretación del Artículo 52(1)(a) del Convenio CIADI, el Comité se guía por los Artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (la “Convención de Viena”)¹⁷⁸.
276. El Comité, entonces, interpreta la expresión “*constituido correctamente*” con su sentido ordinario en el contexto del Convenio CIADI y a la luz de su objeto y efectos, como referencia al cumplimiento adecuado de las disposiciones del Convenio CIADI y las Reglas de Arbitraje del CIADI que versan sobre la constitución del tribunal. Estas disposiciones parecen incluir la Sección 2 del Capítulo IV (Artículos 37 a 40) del Convenio CIADI (titulado “Constitución del Tribunal”), así como el Capítulo V (Artículos 56 a 58) del Convenio CIADI (titulado “Sustitución y Recusación de Conciliadores y Árbitros).
277. Argentina sostiene que sólo se ha violado una de las disposiciones relativas a la constitución del Tribunal, es decir, la primera oración del Artículo 57.
278. La primera oración del Artículo 57 establece que “[c]ualquiera de las partes podrá proponer a[!] ... Tribunal correspondiente la recusación de cualquiera de sus miembros por la carencia manifiesta de las cualidades exigidas por el apartado (1) del Artículo 14”. El Artículo 58 luego establece el procedimiento para efectuar la decisión sobre dicha propuesta de recusación.

¹⁷⁸ Ver párrafos 83-130 *ut supra*.

279. El Artículo 52 no establece que “*la carencia manifiesta de las cualidades exigidas por el apartado (1) del Artículo 14*” constituirá una causal de anulación. Para ser más precisos, la causal de anulación del Artículo 52(1)(a) es que el tribunal se haya “constituido incorrectamente”. El procedimiento para constituir el tribunal, incluido el procedimiento para recusar árbitros debido a la carencia manifiesta de la cualidades que exige el Artículo 14(1), está establecido por otras disposiciones del Convenio CIADI. Si los procedimientos establecidos por esas otras disposiciones del Convenio CIADI se han cumplido adecuadamente, el Comité considera que el tribunal ha sido correctamente constituido a los efectos del Artículo 52(1)(a).
280. Así, se desprende que si una parte propone la recusación de un árbitro en virtud de la primera oración del Artículo 57 del Convenio CIADI, y si esta propuesta es rechazada de conformidad con el procedimiento establecido en el Artículo 58 del Convenio CIADI y la Regla de Arbitraje 9 del CIADI para la decisión de dichas propuestas, entonces no puede sostenerse que el tribunal ha sido “constituido incorrectamente” en razón del incumplimiento de la primera oración del Artículo 57. El Comité considera que no se puede interpretar que el Artículo 52(1)(a) le otorga a las partes una oportunidad *de novo* para recusar a los miembros del tribunal luego de que éste ya ha emitido su laudo. Un Comité sólo podría anular un laudo en virtud del Artículo 52(1)(a) si no se cumpliera adecuadamente con el procedimiento para recusar a miembros del tribunal establecido en otras disposiciones del Convenio CIADI.
281. Esto significa que si una parte nunca propuso la recusación de un miembro del tribunal en virtud del Artículo 57 del Convenio CIADI (lo que implicaría que nunca se tomó la decisión establecida en el Artículo 58), no se podría solicitar la anulación sobre la base de que no se cumplió adecuadamente con el Artículo 57 y 58. En el caso de que la parte se enterara de las causales de recusación del árbitro después de la emisión del laudo, el descubrimiento del nuevo hecho

podría proporcionar un fundamento para la revisión del laudo con arreglo al Artículo 51 del Convenio CIADI aunque, en opinión del Comité, el descubrimiento de un nuevo hecho no daría lugar a una causal de anulación conforme al Artículo 52(1)(a). Si ninguna parte presenta una propuesta de recusación en virtud del Artículo 57, no habrá decisión en virtud del Artículo 58, y por ese motivo no puede haber (según el Comité) fundamento para sostener que el tribunal no fue correctamente constituido por existir algún incumplimiento del Artículo 57 o el Artículo 58.

282. El Comité, además, considera que un comité *ad hoc* no puede decidir por sí mismo si una decisión en virtud del Artículo 58 fue correcta, dado que esto sería equivalente a apelar dicha decisión. Lo único que un comité *ad hoc* puede determinar es si se ha cumplido con las disposiciones y los procedimientos establecidos por los Artículos 57 y 58 del Convenio CIADI y la Regla de Arbitraje 9 del CIADI. Así, por ejemplo, la causal de anulación puede producirse conforme al Artículo 52(1)(a) si se efectuó una propuesta de recusación en virtud del Artículo 57 pero nunca se emitió una decisión de conformidad con el Artículo 58 antes de que se pronunciara el laudo, o si quien tomó la decisión sobre la propuesta de recusación fue una persona u órgano distinto a los enumerados en el Artículo 58. En cualquiera de estos casos, dado que estas disposiciones del Convenio CIADI relacionadas con la constitución del Tribunal no se habrían cumplido adecuadamente, el Tribunal no se habría “constituido correctamente” dentro del significado del Artículo 52(1)(a).

283. Azurix argumentó en su Memorial de Contestación sobre anulación que:

... coherente con el criterio de anulación que adopta el Convenio CIADI para todas las demás causales, la revisión del Comité debería quedar restringida al examen por error manifiesto de la decisión unánime ya tomada por los árbitros no recusados. Argentina no aportó ningún motivo por el cual la tarea que debe encarar el Comité a los efectos de decidir sobre esta cuestión debería

diferir del tipo de análisis utilizado respecto de las demás causales de anulación. La revisión restringida de la decisión de los árbitros resulta coherente con la forma en que el Convenio CIADI exige que se encaren todos los pedidos de anulación, que no autoriza la revisión de novo de la decisión de los árbitros.

284. El Comité entiende que este argumento da lugar a la posibilidad de que una decisión sobre una propuesta de recusación en virtud del Artículo 58 pueda ser anulada por cualquiera de las causales de anulación del Artículo 52(1). El Comité observa que esta posibilidad parece contradecir la redacción literal del Artículo 52, el cual sólo contempla la anulación del *laudo*. Sin embargo, el Comité sí considera evidente que una decisión con arreglo al Artículo 58 debe, por ejemplo, ser tomada por un órgano correctamente constituido, y que dicha decisión no debe exceder manifiestamente las atribuciones del órgano que la efectúa. Si estos requisitos no se cumplen, la decisión de la propuesta de recusación no se habrá tomado adecuadamente en virtud del Artículo 58. De esta forma, se habrá producido el incumplimiento sustancial de una disposición fundamental relacionada con la constitución del tribunal, lo que implicaría que el tribunal no fue “constituido correctamente” dentro del significado del Artículo 52(1)(a).

(e) Quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento como causal de anulación en virtud del Artículo 52(1)(d) del Convenio CIADI: principios aplicables

285. Los principios aplicables a las causales de anulación establecidas en el Artículo 52(1)(d) del Convenio CIADI fueron analizados por el Comité en los párrafos 49 a 52 *ut supra*.

(f) Constitución incorrecta del tribunal como causal de anulación en virtud del Artículo 52(1)(a) del Convenio CIADI: la posición del Comité

286. El 29 de noviembre de 2004, Argentina presentó una propuesta conforme al Artículo 57 del Convenio CIADI para la recusación del Dr. Rigo Sureda. De conformidad con la Regla de Arbitraje 9(2) del CIADI, la propuesta fue transmitida a los miembros del Tribunal, y se notificó a Azurix acerca de ella. Como se establece en la Regla de Arbitraje 9(3) del CIADI, el Dr. Rigo Sureda expuso sus explicaciones al Tribunal. Con arreglo al Artículo 58 del Convenio CIADI y a la Regla de Arbitraje 9(4) del CIADI, la propuesta fue puesta a consideración y los otros dos miembros del Tribunal emitieron sus votos sin la presencia del Dr. Rigo Sureda. El Comité determina que se cumplió el procedimiento establecido por el Artículo 58 del Convenio CIADI y la Regla de Arbitraje 9 del CIADI con relación a la propuesta de recusación del Dr. Rigo Sureda planteada por Argentina.
287. No existe indicio alguno de que el órgano que tomó la Decisión sobre Recusación, es decir, los otros dos miembros del Tribunal, los señores Lalonde y Martins, no era el órgano correcto que establece el Artículo 58.
288. El Comité sostiene que no existe fundamento para concluir que Lalonde y Martins, al emitir la Decisión sobre Recusación, excedieron manifiestamente sus atribuciones. En particular, el Comité considera que no se puede concluir que no aplicaron la ley correcta cuando analizaron y emitieron su decisión sobre la Propuesta de Recusación. Lalonde y Martins expresamente aplicaron los Artículos 14, 57 y 58 del Convenio CIADI, así como la Regla de Arbitraje 9 del CIADI. Argentina alega que Lalonde y Martins omitieron aplicar el criterio legal correcto y que no tuvieron en cuenta ciertas autoridades. Sin embargo, según el Comité, Argentina sostiene que Lalonde y Martins no aplicaron correctamente la ley, y no que omitieron aplicar la ley

correcta. El Comité considera que no puede anular un laudo en virtud del Artículo 52 sobre la base de que el órgano que tomó la decisión del Artículo 58 del Convenio CIADI no aplicó correctamente la ley (ver, por analogía, los párrafos 46 a 48 y 136 a 137 *ut supra*).

289. El Comité además sostiene que no hay pruebas para concluir que Lalonde y Martins incurrieron en el quebrantamiento grave de alguna norma fundamental de procedimiento al ocuparse de la Propuesta de Recusación. En particular, el Comité considera que se dio a Argentina una oportunidad plena de plantear el caso respecto de la Propuesta de Recusación.
290. El Comité subraya que, a diferencia del Artículo 48(3) del Convenio CIADI (que dispone que un laudo debe indicar las razones en las que se basa), el Artículo 58 no establece que se deban explicar los fundamentos de la decisión sobre recusación de un miembro del Tribunal. No obstante, el deber de proporcionar las razones de una decisión en virtud del Artículo 58 podría considerarse implícito. El Comité considera que no precisa determinar en este procedimiento la medida en que deben razonarse las decisiones dispuestas por la Regla 58. Esto es así porque la Decisión sobre Recusación del caso que nos ocupa, compuesta por unas 18 páginas de texto espaciado simple, analizó completamente los argumentos, documentos y autoridades de ambas partes y fue debidamente razonada.
291. Asimismo, el Comité concuerda que la carta del Dr. Santiago Tawil del 30 de marzo de 2004 advirtió a Argentina acerca de la situación, y que lo propio volvió a ocurrir mediante la carta del Dr. Rigo Sureda de mayo de 2004, cuando Argentina tuvo la oportunidad de realizar consultas adicionales si así lo hubiera deseado. A pesar de esto, Argentina no recusó al Dr. Rigo Sureda hasta el 29 de noviembre de 2004. Transcurrió, por tanto, un período de ocho meses entre la carta del Dr. Santiago Tawil y la Propuesta de Recusación de Argentina. Durante ese lapso, tuvo lugar la audiencia sobre el fondo de la diferencia y las partes presentaron los memoriales posteriores a la

audiencia. Concordantemente, el Comité coincide con la Decisión sobre Recusación en que Argentina había renunciado a su derecho y/o quedó impedida de plantar objeciones respecto del Presidente del Tribunal.

292. Por estas razones, el Comité concluye que la decisión sobre la Propuesta de Recusación se emitió en cumplimiento de los requisitos de los Artículos 57 y 58 del Convenio CIADI y la Regla de Arbitraje 9 del CIADI, y que debido al resultado de la Decisión sobre Recusación, el Dr. Rigo Sureda continuó desempeñándose como miembro del Tribunal. El Comité rechaza el reclamo de Argentina de que el Tribunal no fue constituido correctamente.

(g) Quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento como causal de anulación en virtud del Artículo 52(1)(d) del Convenio CIADI: la posición del Comité

293. Argentina ha argumentado que, debido a estos conflictos de intereses, también ha habido un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento. Además, Argentina sostiene que, si bien la constitución incorrecta del tribunal y el quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento figuran como causales de anulación separadas en el Artículo 52 del Convenio CIADI, debe considerarse que la primera es un caso específico de la segunda. El Comité considera que Argentina no ha planteado argumentos sobre esta causal de anulación del Artículo 52(1)(d) que no hayan sido ya considerados por el Comité *ut supra* con relación a la causal de anulación dispuesta por el Artículo 52(1)(a).

(h) Conclusión

294. Por las razones que se analizan en esta Sección G, el Comité rechaza las causales de anulación esgrimidas por Argentina en base a la supuesta constitución incorrecta del Tribunal.

H. Daños y perjuicios

(a) Introducción

295. Argentina plantea la anulación en virtud del Artículo 52(1)(b) del Convenio CIADI sobre la base de que el Tribunal excedió manifiestamente sus atribuciones al determinar el estándar de indemnización aplicable. Según Argentina, el Tribunal, una vez que hubo descubierto que no había habido expropiación sino incumplimientos de otras obligaciones del TBI, consideró que dadas las circunstancias, tenía plena discreción para determinar el estándar de indemnización apropiado. Argentina sostiene que el Tribunal carecía de tal discreción, que el estándar de indemnización aplicable constituía una cuestión de derecho, y que al ejercer una discrecionalidad que no le correspondía y no determinar el estándar de indemnización conforme a la ley aplicable, el Tribunal excedió manifiestamente sus atribuciones¹⁷⁹.

296. Argentina también plantea la anulación en virtud del Artículo 52(1)(e) del Convenio CIADI sobre la base de que el Tribunal no explicó sus razones y/o proporcionó razones contradictorias, a saber:

(a) por un lado, el Tribunal determinó que no había habido expropiación porque las medidas atribuibles a Argentina no habían destruido completamente el valor de la inversión de Azurix; por otro lado, al disponer el pago de daños y perjuicios por la totalidad del valor de mercado de la inversión debido a los incumplimientos de otras disposiciones del TBI, el Tribunal

¹⁷⁹ Solicitud de Anulación, párrs. 23-25, en referencia al Laudo, párrs. 419-424.

contradijo su pronunciamiento anterior de que Argentina no resultaba responsable de la destrucción completa de la inversión de Azurix¹⁸⁰;

(b) el Tribunal no ofreció análisis alguno respecto del nexo causal entre las observaciones sobre responsabilidad de la Parte VII del Laudo y la determinación de los daños y perjuicios de la Parte VIII del Laudo; y al determinar el monto de la indemnización, el Tribunal simplemente asumió, sin explicar sus razones, que los incumplimientos del TBI descritos en la Parte VII del Laudo habían causado la destrucción total de la inversión de Azurix¹⁸¹;

(c) el Tribunal no dio sus fundamentos:

(i) con relación al primer rubro indemnizatorio, sobre cómo calculó u obtuvo la cifra de US\$ 60 millones en concepto de *“lo que un tercero independiente y bien informado habría estado dispuesto a pagar por la Concesión en marzo de 2002, en un contexto en que la Provincia habría cumplido sus obligaciones”*¹⁸²;

(ii) con relación al segundo rubro indemnizatorio, sobre por qué tomó la cifra de US\$ 105.240.753 en concepto de las *“inversiones adicionales que [Azurix] realizó para financiar a ABA”*¹⁸³;

(iii) sobre por qué decidió disponer el pago *tanto de* US\$ 60 millones por el *“valor del Canon”* y US\$ 105.240.753 por las *“inversiones adicionales que [Azurix] realizó para financiar a ABA”*¹⁸⁴;

¹⁸⁰ Solicitud de Anulación, párr. 36.

¹⁸¹ Solicitud de Anulación, párrs. 37-39.

¹⁸² Solicitud de Anulación, párr. 41, en referencia al Laudo, párrs. 427, 429.

¹⁸³ Solicitud de Anulación, párr. 42, en referencia al Laudo, párr. 430.

¹⁸⁴ Solicitud de Anulación, párr. 43, en referencia al Laudo, párrs. 427-429.

- (iv) sobre por qué Azurix tenía derecho al 100% de lo que un tercero habría pagado por la Concesión en circunstancias en las que Azurix era propietaria indirecta del 90% de las acciones de ABA¹⁸⁵.

(b) Argumentos de las Partes

297. Argentina argumenta, *inter alia*, lo siguiente:

- (a) El TBI no establece expresamente el estándar de indemnización por incumplimiento de disposiciones del TBI de carácter no expropiatorio. El Tribunal estaba obligado a remitirse al derecho internacional consuetudinario para llenar esa laguna, y no le correspondía determinar el estándar de indemnización de forma discrecional¹⁸⁶.
- (b) La decisión del Tribunal sobre el estándar de indemnización apropiado se explica en cinco párrafos del Laudo¹⁸⁷. En esa sección del Laudo, no se intentó siquiera hacer referencia a principios del derecho y al estándar de indemnización por incumplimiento del estándar de trato justo y equitativo o a cualquier otra obligación en virtud del TBI. La decisión final del Tribunal sobre el estándar de indemnización apropiado se encuentra en el párrafo 424 del Laudo en una sola oración, lo cual implica un criterio determinado de forma absolutamente discrecional y no la afirmación adecuada de las razones legales con las que un Tribunal fundamenta su decisión.
- (c) La necesidad de explicar las razones resulta particularmente crítica dado que aplicar el mismo estándar de indemnización al

¹⁸⁵ Solicitud de Anulación, párr. 44, en referencia al Laudo, párr. 322.

¹⁸⁶ Invocando la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Artículo 31(3)(c); el Convenio CIADI, Artículo 42(1); *Saluka Investments BV c. República Checa*, arbitraje ante la CNUDMI, Laudo Parcial del 17 de marzo de 2006, párr. 254, en referencia al caso de *Oil Platforms (República Islámica de Irán c. Estados Unidos de América)*, Sentencia, Informes de la C.I.J de 2003, pág. 161, párrs. 23, 41 y *Asian Agricultural Products Ltd c. República de Sri Lanka*, Caso CIADI No. ARB/87/3, Laudo del 27 de junio de 1990, párr. 41.

¹⁸⁷ En referencia al Laudo, párrs. 419-424.

incumplimiento de todas y cada una de las obligaciones de protección de inversiones del TBI hace que la expropiación como derecho de acción se vuelva redundante.

- (d) El estándar de indemnización en base al “valor justo de mercado” sólo resulta aplicable a situaciones de expropiación, y en los casos de incumplimiento de otras disposiciones del Tratado, el estándar de indemnización es “*el monto de la pérdida o daño adecuadamente conectado con el incumplimiento*” o el “*monto de los daños o las pérdidas efectivamente sufridas*”¹⁸⁸.
- (e) El Tribunal no tenía la discreción de aplicar el estándar de indemnización para una expropiación (el valor justo de mercado de la inversión) a los incumplimientos de otras obligaciones del TBI. Al ejercer una discrecionalidad que no tenía y no determinar el estándar de indemnización en base al derecho aplicable, el Tribunal excedió manifiestamente sus atribuciones.
- (f) Si el enfoque adoptado por el Tribunal se generalizara, no habría motivo para que una demandante buscara establecer el límite superior de responsabilidad por expropiación ya que obtendría el mismo monto de indemnización por el incumplimiento de cualquier otra obligación del TBI.
- (g) Por otra parte, el Tribunal sostuvo que no se había producido una expropiación dado que la medida atribuible a Argentina no había destruido completamente el valor de la inversión de Azurix. Al determinar la responsabilidad de Argentina respecto de las otras obligaciones y disponer el pago de daños y perjuicios por el valor de mercado total de la inversión, el Tribunal contradijo su conclusión anterior de que Argentina no

¹⁸⁸ Invocando los Artículos de la CDI, Artículos 31, 36 y 39; *Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB(AF)/99/1), Laudo del 16 de diciembre de 2002 (“Laudo *Feldman*”), párr. 194.

resultaba responsable de la destrucción completa de la inversión de Azurix¹⁸⁹.

- (h) El Tribunal no explicó las razones sobre la cuestión de causalidad. Luego de determinar que Argentina había violado ciertas obligaciones del TBI, el Tribunal procedió a determinar los daños y perjuicios en la Parte VIII del Laudo en base al valor de mercado total del Contrato de Concesión sin analizar el nexo causal entre las observaciones de la Parte VII del Laudo y la determinación de daños y perjuicios de la Parte VIII del Laudo o los estándares de indemnización relacionados con los incumplimientos¹⁹⁰. La causalidad debe ser efectivamente establecida por Azurix, dado que es una cuestión fundamental para la determinación de los daños y perjuicios tanto en el derecho internacional como en el derecho local¹⁹¹. Si bien el Tribunal estaba convencido de que Argentina causó *algún* daño a la inversión de Azurix, nunca se explicó en el Laudo la conexión existente entre los actos específicos de Argentina y el daño a la inversión.
- (i) En su análisis del cálculo de los daños y perjuicios del Laudo, el razonamiento del Tribunal es contradictorio. Luego de definir el estándar del “valor justo de mercado”¹⁹², el Tribunal dispuso el pago de una indemnización a favor de Azurix en dos rubros indemnizatorios diferentes: US\$ 60 millones por el “*valor del Canon*” y US\$ 105.240.753 por las “*inversiones adicionales que realizó para financiar a ABA*”.
- (j) Con respecto al primer rubro indemnizatorio, el Tribunal sostuvo que la cifra de US\$ 60 millones era “*lo que un tercero*

¹⁸⁹ En referencia al Laudo, párrs. 322, 424 y Decisión sobre Anulación *MINE*, párrs. 6.105 a 6.107.

¹⁹⁰ En referencia al Laudo, párrs. 424, 428.

¹⁹¹ En referencia al Laudo, párr. 322; Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado de la CDI, Artículo 31(2); John Y. Gotanda, *Recovering Lost Profits in International Disputes*, 36 GEORGETOWN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 61, 66 (2004).

¹⁹² En referencia al Laudo, párr. 424.

independiente y bien informado habría estado dispuesto a pagar por la Concesión en marzo de 2002, en un contexto en que la Provincia habría cumplido sus obligaciones"¹⁹³, aunque no proporcionó fórmula o principio alguno en el Laudo que indicara cómo se había calculado u obtenido esa cifra¹⁹⁴.

- (k) Con respecto al segundo rubro indemnizatorio, el Tribunal no especificó las razones por las que tomó la cifra de US\$ 105.240.753. El enfoque y la decisión del Tribunal contradicen sus observaciones con respecto al primer rubro indemnizatorio y resultan inconsistentes puesto que el monto real invertido por Azurix para financiar a ABA no se correspondería con el monto recuperable mediante la venta a un tercero hipotético (es decir, el valor justo de mercado).
- (l) Resulta completamente contradictorio que el Tribunal haya dispuesto el pago de la indemnización en base *tanto* al valor justo de mercado de la concesión al 12 de marzo de 2002 *como* a las inversiones adicionales para financiar a ABA.
- (m) El Tribunal además omitió explicar las razones por las que decidió otorgar ambos rubros indemnizatorios. Si el primer rubro indemnizatorio representa el monto que un tercero podría pagar por la Concesión en marzo de 2002 en base a las utilidades que el Contrato de Concesión generaría en el tiempo, entonces lógicamente ese monto debe incluir el segundo rubro indemnizatorio.

298. Azurix argumenta, *inter alia*, lo siguiente:

- (a) Si bien el TBI es *lex specialis*, no contiene ningún estándar de indemnización *lex specialis* por violaciones de los estándares de trato justo y equitativo, plena protección y seguridad y

¹⁹³ En referencia al Laudo, párrs. 418, 424-430.

¹⁹⁴ En comparación con la Decisión sobre Anulación *MTD*, párr. 103; y trazando una analogía con Decisión sobre Anulación *Klöckner*, párr. 176.

medidas arbitrarias del TBI. En consecuencia, el derecho internacional consuetudinario puede llenar el vacío y aportar las normas aplicables en material de indemnización¹⁹⁵.

- (b) El estándar de indemnización aceptado por el derecho internacional consuetudinario es el establecido en los Artículos de la CDI sobre Responsabilidad del Estado¹⁹⁶ y en el caso *Chorzów Factory*¹⁹⁷. Este estándar ha sido aplicado por numerosos tribunales en arbitrajes relativos a inversiones¹⁹⁸.
- (c) El Tribunal aplicó este estándar pero luego ajustó el monto de la indemnización con el fin de tomar en consideración determinadas responsabilidades que entendió que Azurix debía soportar¹⁹⁹.
- (d) El estándar de indemnización del derecho internacional no se expresa en fórmulas, y los tribunales ejercen amplia discrecionalidad al determinar la mejor forma de otorgar una indemnización plena en un caso específico. En el pasado, los tribunales arbitrales adoptaban diversos criterios para determinar una indemnización apropiada según las circunstancias particulares de cada caso²⁰⁰.
- (e) Al igual que este Tribunal, varios otros tribunales arbitrales han utilizado el estándar del valor justo de mercado para calcular los daños y perjuicios pagaderos por violaciones al estándar de trato justo y equitativo a pesar de no haber mediado

¹⁹⁵ En referencia a *ADC Affiliate Limited y ADC y ADMC Management Limited c. República de Hungría*, Caso CIADI No. ARB/03/16, Laudo, 2 de octubre de 2006 ("Laudo ADC"), párr. 483.

¹⁹⁶ En referencia a los Artículos de la CDI sobre Responsabilidad del Estado, Artículo 36.

¹⁹⁷ En referencia a Corte Permanente de Justicia Internacional, caso *Chorzów Factory*, Méritos, 1928, Ser. A No. 17, pág. 47 ("caso *Chorzów Factory*").

¹⁹⁸ En referencia al Laudo *CMS*, párr. 400; Laudo *Siemens*, párrs. 352-353; Laudo *ADC*, párr. 497; Laudo *MTD*, párr. 238; Laudo *Amoco*, párrs. 191-193; Laudo *SD Meyers*, Capítulo XI; Laudo *Metalclad*, párr. 122.

¹⁹⁹ En referencia al Laudo, párr. 432.

²⁰⁰ En referencia al Laudo *CMS*, párr. 409; Laudo *SD Meyers*, párr. 309.

expropiaciones en esos casos²⁰¹. Esta es la práctica, por parte del Tribunal, de determinar la forma más adecuada de reparar dada la totalidad de las circunstancias de hecho específicas del caso. La expropiación requiere diferentes elementos de otros estándares del TBI, pero no se trata de un criterio más estricto sino simplemente de uno diferente. No existe ley o norma o disposición del TBI que establezca que solamente los actos expropiatorios son susceptibles de generar una reparación integral o de valor real de mercado.

- (f) Otros tribunales ejercieron su discrecionalidad para determinar distintas metodologías de indemnización por violaciones no expropiatorias respecto de las cuales el TBI no aportaba un criterio explícito²⁰². Estos distintos criterios demuestran que los tribunales arbitrales cuentan con discreción a los efectos de determinar la mejor forma de calcular los daños y perjuicios en vistas de la totalidad de las circunstancias del caso ante la falta de una *lex specialis* en el TBI.
- (g) Es fundamental que a los tribunales se les reconozca discrecionalidad necesaria para ejercer su propio juicio y determinar la mejor forma de reparar el perjuicio. Tanto en los países regidos por el sistema del *common law* como en aquéllos bajo el sistema del derecho continental existe una amplia discreción en cuanto a la determinación de los daños y perjuicios. Los tratados internacionales también les confieren discreción a los tribunales a los efectos del cálculo indemnizatorio²⁰³.

²⁰¹ En referencia al Laudo *CMS*, párr. 410; Laudo *Enron*, párrs. 360-363; Laudo *Sempra*, párrs. 403-404; *SD Laudo Meyers*, párrs. 311-315; Laudo *Metalclad*, párr. 122; *BG Group Plc c. República Argentina*, Reglamento de la CNUDMI, Laudo, 24 de diciembre de 2007, párr. 422.

²⁰² En referencia al Laudo *PSEG*, párr. 304; Laudo *LG&E*, párr. 36; Laudo *ADC*, párrs. 496, 521.

²⁰³ En referencia a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Comentario de la Secretaría, párr. 4, en

- (h) No es necesario demostrar el daño preciso sufrido para que se ordene una indemnización; la fijación de la indemnización no es una ciencia exacta, y exige el ejercicio de cierto grado de juicio independiente²⁰⁴.
- (i) No hay nada contradictorio entre el pronunciamiento del Tribunal sobre la inexistencia de una expropiación y la decisión del Tribunal de otorgar el valor justo de mercado de la Concesión en concepto de daños y perjuicios. El Tribunal no utilizó el valor justo de mercado de la Concesión simplemente “porque” determinó que la Provincia la tomó a su cargo; el Tribunal sostuvo que el valor justo de mercado resultaba un criterio “apropiado” porque otros tribunales habían empleado ese método en casos en los que no se produjeron expropiaciones, y “particularmente porque” la Provincia había tomado la Concesión a su cargo.
- (j) No todo motivo requiere ser expresado, e incluso un razonamiento implícito o inferido puede representar un laudo adecuadamente razonado. El Tribunal explicó suficientemente el nexo causal existente entre sus conclusiones en materia de responsabilidad y la determinación del monto indemnizatorio.
- (k) De hecho, el Laudo del Tribunal presenta en forma expresa las conclusiones en materia de causalidad. El Tribunal arribó a varias conclusiones que, en conjunto, importaron incumplimientos del TBI, específicamente dado que *"consideradas en conjunto, ... muestran una arraigada conducta [de parte de la Provincia] de cumplimiento generalizado del estándar de tratamiento justo y equitativo"*²⁰⁵, en particular, la

Guide to GISG, artículo 74; Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales, Artículo 7.4.3(3) (2004).

²⁰⁴ En referencia a *Sapphire International Petroleum Ltd c. National Iranian Oil Co*, Laudo Arbitral, 15 de marzo de 1963, párrs. 187-188; *Delagoa Bay y East African Railway Co* (Estados Unidos de América y Gran Bretaña c. Portugal) (1900), citado en Marjorie M. Whiteman, 3 *Damages in International Law* 1694, 1699 (1943).

²⁰⁵ En referencia al Laudo, párr. 377.

politización del régimen tarifario²⁰⁶, el daño causado a las relaciones de Azurix con sus clientes²⁰⁷, y la respuesta de la Provincia a la notificación de rescisión de Azurix²⁰⁸. El Tribunal concluyó que estos actos acumulativos respecto de la Concesión redujeron el valor de la inversión de Azurix²⁰⁹. En este caso, el "nexo causal" que halló el Tribunal no era algo complicado, que necesitara explicaciones elaboradas²¹⁰.

- (l) El Tribunal puso especial atención en determinar la indemnización correspondiente únicamente por las violaciones de Argentina que perjudicaron a Azurix. El Tribunal rechazó dos de los cuatro rubros indemnizatorios reclamados por Azurix. En cuanto a los dos rubros indemnizatorios aceptados, el Tribunal consideró expresamente que la Provincia causó las pérdidas²¹¹.
- (m) Con respecto al valor del Canon, el Tribunal fundó su Laudo en lo que consideró que un tercero independiente e informado habría estado dispuesto a abonar en marzo de 2002 y detalló las razones específicas por las cuales tomó esa decisión²¹². El Tribunal aceptó el argumento de Argentina de que el valor justo de mercado no resultaba equivalente al precio que Azurix había pagado por la Concesión²¹³. El Tribunal dio explicaciones suficientes de su razonamiento²¹⁴. El Tribunal no tenía la obligación de proporcionar una fórmula exacta para el cálculo del monto de US\$ 60 millones porque contaba con un grado considerable de discrecionalidad y su explicación había sido más que adecuada²¹⁵. El Laudo claramente indica que el monto de US\$ 60 millones constituye la estimación del Tribunal del

²⁰⁶ En referencia al Laudo, párrs. 92, 102, 167, 375.

²⁰⁷ En referencia al Laudo, párrs. 320, 375-376.

²⁰⁸ En referencia al Laudo, párr. 374.

²⁰⁹ En referencia al Laudo, párr. 393.

²¹⁰ En referencia a la Decisión sobre Anulación *MTD*, párr. 97.

²¹¹ En referencia al Laudo, párr. 428.

²¹² En referencia al Laudo, párrs. 427-429.

²¹³ En referencia al Laudo, párr. 413.

²¹⁴ En referencia al Laudo, párrs. 426, 429.

²¹⁵ En referencia a la Decisión sobre Anulación *Wena Hotels*, párr. 91; Segundo Laudo Parcial *SD Meyers*, párr. 175.

valor justo de mercado del pago del Canon en marzo de 2002 en base a todas las pruebas del caso²¹⁶.

- (n) Con respecto a los daños y perjuicios por las inversiones adicionales de Azurix, el Tribunal efectuó su propio cálculo del monto de las inversiones adicionales y luego lo redujo a fin de reflejar la porción que consideraba que le correspondía soportar a Azurix como parte de su riesgo empresario. Argentina jamás cuestionó el hecho de que Azurix invirtiera US\$ 102,4 millones en contribuciones adicionales de capital a ABA. El Tribunal explicó con precisión cómo llegó al monto de las inversiones adicionales efectuadas por Azurix²¹⁷.
- (o) El Tribunal no se contradijo ni omitió explicar las razones por las que dispuso el pago *tanto* del “valor del Canon” como de las “inversiones adicionales”. El Tribunal sostuvo que, además del pago del Canon, “Azurix debe ser indemnizada, como parte del justo valor de mercado de la Concesión, por las inversiones adicionales que realizó para financiar a ABA”²¹⁸. Para determinar el valor justo de mercado, resulta perfectamente apropiado incluir las inversiones efectivamente realizadas además del costo inicial de adquisición del inversor²¹⁹. Si se toma en conjunto el valor justo de mercado de la Concesión y las inversiones adicionales, éstos representan con precisión el valor pleno de lo que Azurix invirtió en Argentina, y también integran la opinión del Tribunal respecto del valor justo de mercado de la Concesión a la fecha de la toma de posesión por parte de la Provincia en marzo de 2002.

²¹⁶ En referencia al Laudo, párr. 430.

²¹⁷ En referencia al Laudo, párr. 430.

²¹⁸ En referencia al Laudo, párr. 430.

²¹⁹ En referencia al Laudo *Siemens*.

(c) Conclusiones del Tribunal respecto de los daños y perjuicios

299. En la Parte VI del Laudo, titulada “Los Hechos”, el Tribunal expuso conclusiones de hecho relevantes.
300. En la Parte VII del Laudo, titulada “Incumplimiento del TBI”, el Tribunal procedió a considerar y determinar si los hechos que se habían descrito en la Parte VI importaban violaciones del TBI como alegaba Azurix. El Tribunal entendió que no había habido incumplimiento de la cláusula sobre expropiación del Artículo IV del TBI ni de la obligación del Artículo II(2)(c) del TBI, el cual establece que “[c]ada parte cumplirá los compromisos que hubiera contraído con respecto a las inversiones”²²⁰.
301. Sin embargo, el Tribunal concluyó que Argentina era responsable del incumplimiento del Artículo II(2)(a) del TBI que establece que “se otorgará siempre un trato justo y equitativo” a las inversiones; del Artículo II(2)(b) del TBI que dispone que no se menoscabe la dirección, la explotación, el mantenimiento, el uso, el usufructo, la adquisición, la expansión o la liquidación de las inversiones mediante la adopción de “medidas arbitrarias o discriminatorias”, y del Artículo II(2)(a) del TBI que establece que las inversiones “gozarán de entera protección y seguridad”²²¹. El Comité ya ha concluido en los párrafos 45 a 48, 138 a 177, y 179 a 184 *ut supra* que, al arribar a estas conclusiones, el Tribunal no excedió manifiestamente sus atribuciones en virtud del significado del Artículo 52(1)(b) del Convenio CIADI y no omitió expresar los motivos sobre la decisión que tomó, de conformidad con el Artículo 52(1)(e) del Convenio CIADI.
302. El Tribunal se ocupó de la cuestión de los daños y perjuicios en la Parte VIII del Laudo, titulada “Indemnización”. El Tribunal consideró

²²⁰ Ver párrafos 150-151 *ut supra*.

²²¹ Ver párrafos 174-177 *ut supra*.

que había tres temas a analizar con relación a la cuestión de la indemnización²²².

303. El primer tema era la cuestión de cuál era la indemnización que Azurix había reclamado. El Tribunal decidió que no consideraría un rubro indemnizatorio adicional que sólo había sido incluido en el Memorial Posterior a la Audiencia, a saber, un monto de daños y perjuicios detallados en el informe de NERA²²³. La decisión del Tribunal de excluir este rubro indemnizatorio adicional fue a favor de Argentina y no ha sido impugnada por Azurix.
304. El segundo tema, descrito por el Tribunal como “*el punto de partida para el cálculo de los daños y perjuicios*”²²⁴, era la fecha en la que se había producido el incumplimiento del TBI. El Tribunal hizo referencia a las dificultades para establecer la fecha específica en la que se produce algún incumplimiento del TBI, como en este caso, no por un acto único que tiene lugar un día en particular, sino por una serie de actos a lo largo del tiempo²²⁵. El Tribunal hizo referencia a un laudo del Tribunal de Reclamaciones Irán-EE.UU. que sostuvo que “*cuando la supuesta expropiación se realiza a través de una serie de interferencias en el goce de la propiedad*”, la fecha de la expropiación es “*el día en que la interferencia se convirtió en una privación más o menos irreversible de la propiedad, y no la fecha de iniciación de la secuencia de hechos*”²²⁶. El Tribunal además entendió que en este caso podía haber una “*legítima discrepancia*” sobre qué fecha era, pero consideró que no había duda de que para el 12 de marzo de 2002 (la fecha en la que la Provincia dio por finalizada la Concesión

²²² Laudo, párr. 415.

²²³ Laudo, párr. 416.

²²⁴ Laudo, párr. 415.

²²⁵ Laudo, párr. 417.

²²⁶ Laudo, párr. 417, cita a *Malek c. Irán*, Laudo 534-193-3, párr. 114 (1992) (cita a *Int'l Technical Prods. Corp. c. Irán*, Laudo No. 190-302-3, pág. 49, 9 Tribunal de Reclamaciones Irán-EE.UU., Rep. 206, 240-241 (1985)).

alegando el abandono por parte de ABA), los incumplimientos del TBI habían “*llegado a un punto decisivo*”²²⁷.

305. El tercer tema era la cuestión de la base de cálculo de los daños y perjuicios. Con relación a este tema, el Tribunal determinó lo siguiente:

- (a) el Artículo IV(1) es la única disposición del TBI que indica la medida de indemnización, al establecer que la “[c]ompensación ... *equivaldrá al valor real en el mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de que se tome la acción expropiatoria o de que ésta se llegue a conocer*”, en casos de expropiaciones que cumplan con los requisitos del TBI que se efectúen por razones de utilidad pública y de manera no discriminatoria²²⁸;
- (b) que en el Laudo *CMS*, el tribunal, al enfrentarse con una situación similar, aplicó “el estándar del valor justo de mercado” para calcular los daños y perjuicios en un caso en el que se habían violado disposiciones que no guardaban relación con el artículo sobre expropiación del mismo TBI²²⁹;
- (c) que la jurisprudencia indica que, en virtud del TLCAN, que también dispone una medida de indemnización sólo en casos de expropiación, en casos de incumplimientos de naturaleza no expropiatoria los tribunales “*ejercieron considerable discreción para articular lo que, en su opinión, eran enfoques razonables sobre la cuestión de los daños, consistentes con los requisitos del TLCAN*”²³⁰;
- (d) que la jurisprudencia indica que de conformidad con el TLCAN se debe “*dejar en manos de los tribunales la determinación de [la compensación] según las circunstancias del caso, teniendo*

²²⁷ Laudo, párr. 418.

²²⁸ Laudo, párr. 419.

²²⁹ Laudo, párr. 420, en referencia al Laudo *CMS*, párr. 410.

²³⁰ Laudo, párr. 421, en referencia al Laudo *Feldman*, párr. 197.

*en cuenta tanto los principios del derecho internacional como las disposiciones del TLCAN*²³¹;

- (e) que en el caso *MTD*, donde se determinó que se había violado la obligación de trato justo y equitativo del TBI en cuestión, el tribunal aceptó la propuesta de la demandante de adoptar el estándar de indemnización formulado en el caso *Chorzów Factory*²³²;
- (f) que en el caso que nos ocupa, el Tribunal “*considera apropiada una indemnización basada en el valor real de la Concesión, particularmente porque la Provincia la tomó a su cargo*”²³³.

306. Así, habiendo decidido que el estándar de indemnización era el “valor justo de mercado”, el Tribunal procedió a definir ese concepto como:

*... el precio, expresado en efectivo, al que una propiedad cambiaría de manos entre un comprador hipotético dispuesto a comprar y con capacidad de hacerlo y un vendedor hipotético con capacidad de vender, actuando como partes independientes en un mercado abierto y sin restricciones, cuando ninguno tiene la obligación de comprar o vender y cuando ambos tiene un conocimiento razonable de los hechos pertinentes*²³⁴.

307. El Tribunal luego se refirió a los métodos que había propuesto Azurix para determinar el valor justo de mercado en el presente caso: el método de las “inversiones efectivamente realizadas” y el método del “valor libro”²³⁵. Respecto del primero, el Tribunal afirmó:

De acuerdo con el método de las inversiones efectivamente realizadas, Azurix alega haber invertido US\$449 millones cuando adquirió la Concesión, US\$102,4 millones en concepto de aportes adicionales de capital a favor de ABA y US\$15 millones en costos consecuentes, entre

²³¹ Laudo, párr. 422, en referencia al *S.D. Myers, Inc. c. Canadá*, TLCAN, Laudo Parcial, 13 de noviembre de 2000 (“Laudo Myers”), párrs. 303-319.

²³² Laudo, párr. 423, en referencia al Laudo *MTD*, párr. 238; caso *Chorzów Factory*.

²³³ Laudo, párr. 424.

²³⁴ Laudo, párr. 424, cita al *International Glossary of Business Valuation Terms*, American Society of Appraisers, sitio web de ASA, 6 de junio de 2001, pág. 4.

²³⁵ Laudo, párr. 425.

*ellos, gastos societarios y legales vinculados a las negociaciones con la Provincia*²³⁶.

El Tribunal efectuó sus observaciones respecto del argumento esgrimido por Azurix de que *“la utilización de las inversiones efectivamente realizadas es convincente, ya que la inversión es reciente y es muy fácil determinar su valor”*, y admitió *“la validez, en el presente caso”* de este método²³⁷.

308. No obstante, el Tribunal manifestó que *“considera necesario introducir un ajuste significativo para llegar al valor real del Canon pagado por la Demandante”*²³⁸, puesto que *“en marzo de 2002 ningún inversor bien informado habría pagado por la Concesión el precio (más especialmente el Canon) pagado por Azurix a mediados de 1999”*²³⁹.
309. El Tribunal fundamentó su conclusión en los párrafos 426 a 428 del Laudo²⁴⁰. Tomando en consideración varios factores, el Tribunal concluyó que el valor del Canon del 12 de marzo de 2002 era de US\$ 60 millones.
310. Con relación al reclamo de Azurix por sus otras inversiones, el Tribunal consideró que había inversiones adicionales al Canon que ascendían a la suma de US\$ 112.844.446. Sin embargo, el Tribunal estimó que este monto debía reducirse en US\$ 7.603.693, que representaba aquellos daños y perjuicios que se entendían

²³⁶ Laudo, párr. 411.

²³⁷ Laudo, párr. 425.

²³⁸ Laudo, párr. 425.

²³⁹ Laudo, párr. 426. El párr. 430 indica que Azurix afirmaba que la suma que había invertido inicialmente era de US\$ 449 millones, de los cuales US\$ 438.555.551 representaban el pago del Canon. En el párr. 41 se establece que el “pago del canon” fue de 438.555.554 pesos argentinos (en ese momento había paridad entre el peso argentino y el dólar estadounidense): Decisión sobre Jurisdicción, nota al pie 1.

²⁴⁰ Laudo, párr. 429.

relacionados con reclamos de carácter contractual²⁴¹ y que Azurix debía soportar como parte de su riesgo empresario²⁴².

311. Respecto del reclamo de Azurix por recibos sin pagar a ABA en concepto de los servicios prestados antes de la toma de posesión de la Concesión por parte de la Provincia, y que la Provincia había ordenado a los usuarios no pagar a ABA, el Tribunal entendió que era la Provincia quien debía este monto a ABA y, por lo tanto, no debía ser parte de la indemnización otorgada a Azurix²⁴³.
312. Sobre el reclamo de Azurix por gastos en que incurrió la sociedad para efectuar negociaciones con la Provincia, la rescisión de la Concesión y el traspaso del servicio, el Tribunal sostuvo que no había recibido pruebas suficientes que respaldaran dichos costos y que, de cualquier forma, esos costos se relacionaban con el riesgo empresario que Azurix asumió cuando decidió realizar la inversión²⁴⁴. En cuanto al reclamo de Azurix por las costas del arbitraje ante el CIADI, el Tribunal decidió considerarlos como parte del laudo de costas en el procedimiento²⁴⁵.
313. Finalmente, el Tribunal rechazó una propuesta de Azurix que sugería que la determinación de los daños y perjuicios se basara, como alternativa al valor justo de mercado de la inversión, en la teoría de enriquecimiento sin causa²⁴⁶.

²⁴¹ Es decir, las pérdidas emergentes de asuntos en los que el Tribunal determinó que la Provincia no había ejercido su autoridad pública sino que había actuado como cualquier otra parte del contrato: ver Laudo, párrs. 150, 155, 160.

²⁴² Laudo, párr. 430.

²⁴³ Laudo, párr. 431.

²⁴⁴ Laudo, párr. 432.

²⁴⁵ Laudo, párr. 432.

²⁴⁶ Laudo, párrs. 434-438.

(d) Omisión de la aplicación del derecho aplicable como causal de anulación en virtud del Artículo 52(1)(b) del Convenio CIADI: principios aplicables

314. Los principios aplicables a una causal de anulación en base al Artículo 52(1)(b) del Convenio CIADI fueron analizados por el Comité en los párrafos 136 a 137 *ut supra*.

(e) Omisión de la aplicación del derecho aplicable como causal de anulación en virtud del Artículo 52(1)(b) del Convenio CIADI: la posición del Comité

315. Las partes no cuestionaban, y en opinión del Comité no podían hacerlo realmente, el hecho de que el Tribunal contara con las atribuciones en este caso para disponer el pago de daños y perjuicios por cualquier pérdida que según éste Azurix pudiera haber sufrido como resultado de los incumplimientos del TBI por los que Argentina era responsable.

316. Al considerar cómo determinar los daños y perjuicios, el Tribunal empezó por observar que la única disposición del TBI que establecía la medida de indemnización era la cláusula de expropiación del Artículo IV(1)²⁴⁷. El Tribunal luego procedió a analizar cómo se determinaban los daños y perjuicios para incumplimientos del tratado de naturaleza no expropiatoria en el Laudo *CMS* (que involucraba el mismo TBI que en el caso que nos ocupa), y en ciertos arbitrajes con arreglo al TLCAN y el TBI entre Malasia y Chile (los cuales, de forma análoga con el TBI en el presente caso, proporcionan un estándar expreso de indemnización sólo para casos de expropiación)²⁴⁸. El Tribunal remarcó que en los casos de incumplimientos del TLCAN de carácter no expropiatorio “*los Tribunales ejercieron considerable discreción para articular lo que, en su opinión, eran enfoques*

²⁴⁷ Laudo, párr. 419.

²⁴⁸ Laudo, párrs. 420-423, en referencia al Laudo *Myers*, párr. 197; Laudo *Feldman*, párrs. 303-319; Laudo *MTD*, párr. 238.

razonables sobre la cuestión de los daños, consistentes con los requisitos del TLCAN²⁴⁹, y que

... la ausencia, en el TLCAN, de una medida compensatoria por incumplimientos que no constituyeran expropiación reflejaba la intención de las partes de dejar en manos de los tribunales la determinación de tal medida según las circunstancias del caso, teniendo en cuenta tanto los principios del derecho internacional como las disposiciones del TLCAN²⁵⁰.

317. Según el Comité, se desprende de este análisis que el Tribunal entendió que la ley que debía aplicar para determinar el monto de los daños y perjuicios era el mismo TBI, y que de no mediar una disposición expresa en el TBI, el asunto debía regirse por los principios generales del derecho internacional. El Comité no discrepa con la identificación del Tribunal del derecho aplicable a los efectos de determinar el monto de los daños y perjuicios, lo que de hecho coincide con la posición de Argentina.
318. En opinión del Comité, también se desprende del análisis que el Tribunal efectuó de estos casos, el hecho de que éste considerara que bajo principios tan generales del derecho internacional, en ausencia de cualquier disposición expresa en el TBI sobre la determinación de daños por incumplimiento de una de sus disposiciones específicas, el tribunal tenía la discreción de determinar cuál era un criterio razonable sobre daños y perjuicios.
319. Incluso si el Tribunal se equivocara en su conclusión de que cuenta con dicha discreción bajo los principios generales del derecho internacional, el Comité considera que este sería un caso de *aplicación incorrecta* del derecho aplicable (que no constituye una causal de anulación), en lugar de un caso de *no aplicación* del derecho aplicable²⁵¹. Sea la aplicación del derecho aplicable correcta o incorrecta, según el Comité el Tribunal aplicó el derecho aplicable

²⁴⁹ Laudo, párr. 421, cita el Laudo *Feldman*, párr. 127.

²⁵⁰ Laudo, párr. 422, cita el Laudo *Myers*, párrs. 303-319.

²⁵¹ Ver párrafos 47-48 *ut supra*.

correcto, es decir, el TBI mismo y los principios generales del derecho internacional.

320. Por este motivo, el Comité no puede aceptar el argumento de Argentina de que el Tribunal determinó el estándar de forma discrecional en lugar de aplicar los principios del derecho internacional consuetudinario. El Tribunal decidió ejercer su discrecionalidad *en virtud del* derecho internacional consuetudinario, y no ejercerla *en reemplazo* de éste.
321. El Tribunal procedió a determinar cómo ejercería su discrecionalidad en este caso en particular y concluyó que “[e]n el presente caso ... [se] considera apropiada una indemnización basada en el valor real de la Concesión”, especialmente debido a que la Provincia ya había tomado la inversión a su cargo²⁵².
322. Argentina sostiene que el Tribunal no tenía la discreción para aplicar el estándar de indemnización en base al “valor justo de mercado” ya que de conformidad con el TBI, este es el estándar de indemnización para expropiaciones, cuando el Tribunal decidió expresamente en este caso que no había habido expropiación. Sin embargo, el Comité no encuentra en el TBI algo que reserve este estándar de indemnización exclusivamente para casos de expropiación. Si el Tribunal contaba, como se entendió, con discreción en el criterio que adoptó para la determinación de los daños y perjuicios, no existe razón lógica para que no aplicara también, en el ejercicio de esa discrecionalidad y en cualquier caso en que lo considerara apropiado, el estándar del “valor justo de mercado” para los casos de incumplimientos del tratado de naturaleza no expropiatoria.
323. Argentina sugiere que esta conclusión haría que la “*expropiación como derecho de acción fuera redundante*” dado que no habría razón para que una demandante intentara establecer un criterio “más estricto” para la responsabilidad por expropiación. Este argumento no

²⁵² Laudo, párr. 424.

convence al Comité. Efectivamente, el Comité no acepta la afirmación de Argentina de que el TBI establece el estándar del “valor justo de mercado” sólo para casos de incumplimientos del TBI de carácter expropiatorio.

324. El Artículo IV(1) del TBI establece que las inversiones no se expropiarán o nacionalizarán a menos que se cumplan ciertas condiciones, una de las cuales es el pago de una compensación que “*equivaldrá al valor real en el mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de que se tome la acción expropiatoria*”²⁵³. De esta forma, cuando se cumplen todos los requisitos del Artículo IV(1), incluido el pago del valor justo de mercado, *no* se produce un *incumplimiento* del TBI. Por otra parte, en casos en los que una expropiación *sí* constituye un incumplimiento del TBI, ya sea porque no se ha pagado la compensación requerida o porque alguno de los otros requisitos no se ha cumplido, el TBI no establece cuál es el estándar aplicable para la determinación de los daños y perjuicios²⁵⁴. Así, pareciera que el TBI no proporciona el estándar de indemnización para cualquier tipo de incumplimiento del TBI, en cuyo caso, el Tribunal considera que la determinación de ese estándar siempre recae sobre su discrecionalidad.
325. De cualquier forma, incluso en el caso de que el estándar del “valor justo de mercado” resultara aplicable a todos los incumplimientos del TBI de carácter expropiatorio, el hecho de que ese estándar de indemnización también se aplique cuando el Tribunal lo considera

²⁵³ El Artículo IV(1) del TBI precisamente establece: “*Las inversiones no se expropiarán o nacionalizarán directamente, ni indirectamente mediante la aplicación de medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización (“expropiación”), salvo por razones de utilidad pública, de manera no discriminatoria y mediante pago de una compensación pronta, adecuada y efectiva, y de conformidad con el debido procedimiento legal y los principios generales de trato dispuestos en el párrafo 2 del Artículo II. La compensación equivaldrá al valor real en el mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de que se tome la acción expropiatoria o de que ésta se llegue a conocer, si ello ocurriera con anterioridad...*”

²⁵⁴ De esta forma, en el caso *ADC*, el tribunal determinó que en un caso de expropiación *ilícita* en violación al TBI, el nivel de compensación no es el establecido en la cláusula de expropiación del TBI (que resulta aplicable a expropiaciones *lícitas*), sino el criterio en virtud del derecho internacional consuetudinario: *Laudo ADC*, párrs. 479-500, especialmente los párrs. 485 y 495.

apropiado para casos de incumplimientos de otras disposiciones del TBI no haría que la disposición sobre expropiación del TBI sea redundante. Contrariamente a lo que Argentina parece sugerir, el Tribunal no considera que el estándar del “valor justo de mercado” sea el estándar aplicable para los incumplimientos de todas las disposiciones del TBI.

326. Argentina esgrime que, en los casos de incumplimientos del TBI de carácter no expropiatorio, el estándar de indemnización es “*el monto de la pérdida o daño adecuadamente conectado con el incumplimiento*” o el “*monto de la pérdida o el daño incurridos en realidad*”, y no el estándar del “valor justo de mercado”. El Comité considera que, con su argumento, Argentina le pide que determine que el Tribunal aplicó incorrectamente el derecho aplicable (mediante la aplicación de un estándar incorrecto) en lugar de determinar que el Tribunal no aplicó el derecho aplicable (el TBI y los principios generales de derecho internacional). El Comité reitera que la aplicación incorrecta del derecho aplicable no constituye una causal de anulación.
327. De cualquier manera, el Comité no está convencido de que el Tribunal no haya adoptado un criterio para determinar el “*monto de los daños o las pérdidas efectivamente sufridas*”. El Tribunal hizo referencia al estándar de indemnización identificado en el caso *Chorzów Factory*, es decir, el que “*elimine las consecuencias del acto ilícito y restablezca la situación que, más probablemente, habría existido de no haberse realizado el acto*”²⁵⁵. Asimismo, el Tribunal, al rechazar la propuesta de Azurix de determinar los daños y perjuicios en base a la teoría de enriquecimiento sin causa, manifestó:

... los daños y perjuicios y el enriquecimiento sin causa presentan diferencias conceptuales marcadas en cuanto a los principios de la responsabilidad y la medida de la restitución. La indemnización por un acto ilícito se funda en el daño

²⁵⁵ Laudo, párr. 409 y 423 (en referencia a los escritos de Azurix y el Laudo MTD, respectivamente).

*sufrido, mientras que en el enriquecimiento sin causa se basa en la restitución...*²⁵⁶

328. Según el Comité, es evidente que el Tribunal consideró en el caso que nos ocupa que el “valor justo de mercado de la inversión” sería apropiado dadas las circunstancias particulares del caso para indemnizar a Azurix por el daño real que sufrió.

329. Por estos motivos, haya estado el Tribunal equivocado o no en la aplicación del estándar de indemnización, el Comité entiende que el Tribunal no omitió aplicar el derecho aplicable. Para el Comité, por tanto, no existe error anulable en virtud del Artículo 52(1)(b).

(f) Omisión de la expresión de los motivos como causal de anulación en virtud del Artículo 52(1)(e) del Convenio CIADI: principios aplicables

330. El Comité analizó los principios aplicables a la causal de anulación basada en el Artículo 52(1)(e) del Convenio CIADI en el párrafo 178 *ut supra*.

(g) Omisión de la expresión de los motivos en que se fundó el laudo como causal de anulación en virtud del Artículo 52(1)(e) del Convenio CIADI: opinión del Comité

331. Argentina sostiene que la decisión del Tribunal sobre el estándar apropiado de indemnización figura en cinco párrafos de texto²⁵⁷ que no intentaron siquiera hacer referencia a los principios de derecho y al estándar de indemnización por incumplimiento del estándar de trato justo y equitativo o a cualquier otra obligación en virtud del TBI. Por los motivos que se explicaron *ut supra*, el Comité no acepta este argumento. Los cinco párrafos de texto que Argentina menciona contienen un análisis de otros casos que tratan sobre el mismo tema,

²⁵⁶ Laudo, párr. 436 (énfasis agregado).

²⁵⁷ Laudo, párrs. 419-424.

y es evidente que el Tribunal concluyó que tenía la discreción en virtud del derecho aplicable para determinar el criterio de daños y perjuicios.

332. Según el Comité, el Tribunal no estableció que el estándar del “valor justo de mercado” es el estándar de indemnización por todos los incumplimientos del TBI. El Tribunal entendió que por los incumplimientos de obligaciones del TBI de carácter no expropiatorio, el Tribunal podía actuar con discrecionalidad para determinar el criterio de los daños y perjuicios, y que puede, a su discreción, y si lo considera apropiado, aplicar el estándar del “valor justo de mercado”.
333. Sobre las razones por las cuales el Tribunal, en el ejercicio de la discreción que determinó que tenía, decidió adoptar el estándar del “valor justo de mercado”, el Comité observa lo siguiente.
334. El Tribunal relató la siguiente cronología con respecto a la rescisión del Contrato de Concesión. El 18 de julio de 2001, ABA solicitó a la Provincia que subsanara sus incumplimientos del Contrato de Concesión. El 29 de agosto de 2001, la Provincia respondió este pedido negando la existencia de cualquier tipo de incumplimiento. El 5 de octubre de 2001, ABA rescindió el Contrato de Concesión. El 1º de noviembre de 2001, la Provincia emitió un Decreto en el que rechazaba la rescisión del Contrato de Concesión y ordenaba a ABA que cesara y se abstuviera de sostener que había rescindido el Contrato de Concesión. El 26 de febrero de 2002, ABA se presentó en concurso preventivo. El 7 de de marzo de 2002, la Provincia consideró que ABA había abandonado el servicio. El 12 de marzo de 2002, la Provincia rescindió el Contrato de Concesión invocando la culpa de ABA. El 15 de marzo de 2002, ABA entregó el servicio a la Provincia²⁵⁸.
335. El Tribunal entendió que el pedido de ABA de rescindir la Concesión de mutuo acuerdo con la Provincia “*era una solicitud razonable a la*

²⁵⁸ Laudo, párrs. 244-245.

luz de su propio comportamiento y del de sus dependencias”, y que la negativa de la Provincia de aceptar la notificación de rescisión de parte de ABA y la insistencia de rescindirlo por su cuenta con el pretexto del abandono de la Concesión constituía un ejemplo claro del incumplimiento del estándar de trato justo y equitativo²⁵⁹.

336. El Tribunal determinó que ciertos comportamientos de la Provincia antes de la solicitud de ABA de rescindir la Concesión también importaron incumplimientos del TBI por los que Argentina era responsable²⁶⁰. Para el Comité se desprende que por este motivo el Tribunal entendió que la solicitud de ABA de rescindir la concesión era *“una solicitud razonable a la luz de su propio comportamiento y del de sus dependencias”*.
337. Para el Comité también se desprende por lo antedicho que el Tribunal consideró que los incumplimientos del TBI por los que Argentina era responsable habían causado la rescisión del Contrato de Concesión, y que la pérdida causada a Azurix por estos incumplimientos consistía, entonces, en el valor de la Concesión a la fecha en la que la Provincia rescindió el Contrato de Concesión. En particular, esto surge implícitamente del comentario del Tribunal de que *“considera apropiada una indemnización basada en el valor real de la Concesión, particularmente porque la Provincia la tomó a su cargo”*²⁶¹.
338. Así, contrariamente a lo que Argentina reclama, el Comité sostiene que el Tribunal sí proporcionó explicaciones adecuadas con respecto al nexo causal entre las conclusiones sobre responsabilidad del Tribunal en la Parte VII del Laudo y la determinación de que el monto de los daños y perjuicios era el valor justo de mercado de la Concesión al 12 de marzo de 2002.

²⁵⁹ Laudo, párr. 374.

²⁶⁰ Laudo, párrs. 375-377, 393, 408.

²⁶¹ Laudo, párr. 424.

339. Argentina esgrime que existen discrepancias, por un lado, entre la conclusión del Tribunal de que no se había producido una expropiación y, por el otro, la conclusión de que Azurix tenía derecho al valor justo de mercado de la Concesión, que es el estándar de indemnización establecido en el Artículo IV(1) del TBI para casos de expropiación.
340. El Comité entiende que estas dos conclusiones no pueden considerarse contradictorias por las razones expuestas en los párrafos 322 a 323 *ut supra*. Las explicaciones del Tribunal claramente indican que éste opinaba que el estándar de indemnización en base al “valor justo de mercado” no se restringía a casos de expropiación, sino que podía aplicarse también a casos de incumplimientos de otras disposiciones del TBI. La decisión del Tribunal de aplicar el estándar del “valor justo de mercado”, de este modo, no contradice la conclusión de que no se produjo expropiación alguna.
341. Sobre las razones por las que el Tribunal determinó que el “valor justo de mercado” de la Concesión al 12 de marzo de 2002 ascendía a US\$ 60 millones, el Comité observa lo siguiente.
342. En el párrafo 425 del Laudo, el Tribunal sostuvo que la metodología que adoptaría para determinar el “valor justo de mercado” de la Concesión sería el método de las “inversiones efectivamente realizadas”. El Tribunal indicó que esta era una de las dos metodologías propuestas por Azurix²⁶², y del Laudo surge que Argentina no propuso ninguna metodología alternativa en particular²⁶³. El Tribunal pareció aceptar la afirmación de que el método de las “inversiones efectivamente realizadas es *convinciente, ya que la inversión es reciente y es muy fácil determinar su valor*”²⁶⁴.

²⁶² Laudo, párr. 425.

²⁶³ Laudo, párr. 413.

²⁶⁴ Laudo, párr. 425.

343. El Tribunal admitió “*la validez, en el presente caso, del método de las inversiones efectivamente realizadas*”²⁶⁵. De esto se desprende que el Tribunal consideró que el método de las inversiones efectivamente realizadas no era el único método válido que podría haber utilizado para determinar el valor justo de mercado, que contaba con la discreción para determinar la metodología que adoptaría, y que prefirió el método de las inversiones efectivamente realizadas por los motivos descriptos. El Comité considera que las explicaciones del Tribunal sobre la adopción de esta metodología resultaron suficientes.
344. Al determinar las “inversiones efectivamente realizadas” de Azurix, los únicos montos que el Tribunal tomó en cuenta fueron el pago del Canon y las contribuciones adicionales de capital de Azurix. El Tribunal se rehusó a considerar ciertos montos que Azurix había reclamado²⁶⁶. La decisión del Tribunal de excluir estos montos adicionales fue a favor de Argentina, quien no planteó objeciones al respecto.
345. Argentina ha argumentado que el Tribunal no explicó las razones por las que decidió incluir tanto el pago del Canon como las contribuciones adicionales de capital de Azurix. Para el Comité es claro que el pago de los daños y perjuicios otorgado según el método de las “inversiones efectivamente realizadas” corresponde a los montos efectivamente invertidos por la demandante. Dado que las contribuciones adicionales eran montos invertidos de forma suplementaria al pago del Canon, es lógico que ambos conceptos se tomen en cuenta bajo el método de las “inversiones efectivamente realizadas”. El Comité considera que las explicaciones del Tribunal sobre la inclusión de estos dos montos resultaron suficientes.

²⁶⁵ Laudo, párr. 425 (énfasis agregado).

²⁶⁶ Laudo, párrs. 416, 431-432.

346. Con relación al pago del Canon, el monto efectivamente desembolsado fue superior a US\$ 438 millones²⁶⁷. Sin embargo, el Tribunal consideró necesario *“introducir un ajuste significativo para llegar al valor real del Canon pagado por la Demandante”*²⁶⁸. El Tribunal entendió que el monto relevante a tomarse en cuenta no era lo que Azurix efectivamente pagó, sino *“lo que un tercero independiente y bien informado habría estado dispuesto a pagar por la Concesión en marzo de 2002, en un contexto en que la Provincia habría cumplido sus obligaciones”*²⁶⁹. Finalmente, el Tribunal concluyó que lo que un tercero independiente y bien informado habría estado dispuesto a pagar por la Concesión en marzo de 2002 era US\$ 60 millones.
347. Argentina reclama que el Tribunal no justificó cómo arribó a esta cifra de US\$ 60 millones. Sin embargo, para el Comité, los párrafos 426 a 429 del Laudo indican con suficiente claridad que el Tribunal opinaba que debía *“poner a prueba y determinar”* por sí mismo el valor justo de mercado en marzo de 2002 sobre la base de todas las pruebas que tenía ante él.
348. Un factor que el Tribunal tuvo en cuenta fue que *“en marzo de 2002 ningún inversor bien informado habría pagado por la Concesión el precio (y más especialmente el Canon) pagado por Azurix a mediados de 1999, independientemente de las medidas adoptadas por la Provincia y de la situación económica imperante en Argentina en ese momento”*²⁷⁰, y que *“en el marco del Contrato de Concesión existente sólo sería realista suponer una recuperación parcial del Canon”*²⁷¹. El Tribunal había subrayado previamente en este sentido que otros oferentes presentaron para la Concesión cánones *“no menos de 10 veces más bajos que los presentados por la*

²⁶⁷ Laudo, párrs. 41, 414, 430.

²⁶⁸ Laudo, párr. 425.

²⁶⁹ Laudo, párr. 427.

²⁷⁰ Laudo, párr. 426.

²⁷¹ Laudo, párr. 429.

*Demandante*²⁷². Esto sugiere que el valor máximo que cualquier otro oferente había estado dispuesto a pagar por la Concesión a mediados de 1999 habría estado en el orden de los US\$ 38,52 millones.

349. No obstante, el Tribunal tomó en cuenta que “[c]uando la Provincia aceptó la oferta de Azurix, la consideró como el valor justo de mercado de la Concesión, y se vio beneficiada por el precio, supuestamente abusivo, pagado”²⁷³. Además, el Tribunal consideró que la Provincia, “a través de sus actos y omisiones, contribuyó a la pérdida de valor de la Concesión”²⁷⁴. El Tribunal también analizó la posibilidad de que el inversor hipotético ampliara el sistema y mejorara la eficiencia entre las revisiones periódicas quinquenales tarifarias y los incrementos periódicos de tarifa esperados debido a incrementos en la tasa de inflación²⁷⁵.

350. Luego de equilibrar estas consideraciones conflictivas, el Tribunal llegó a la cifra de US\$ 60 millones, esto es, una cifra un 56 por ciento superior a la que otros inversores habrían estado dispuestos a pagar por la Concesión a mediados de 1999, pero que representaba menos de un sexto de lo que Azurix había pagado realmente.

351. Se ha sostenido que:

*...se ha establecido bien que el hecho de que los daños y perjuicios no puedan fijarse con certeza no es razón para no adjudicar indemnización por daños y perjuicios cuando se ha incurrido en una pérdida. En dichos casos, las aproximaciones son inevitables; la fijación de los daños y perjuicios no es una ciencia exacta*²⁷⁶.

Si bien es posible que el Tribunal en este caso no lo haya dicho expresamente, para el Comité el Laudo claramente indica que la cifra

²⁷² Laudo, párr. 240.

²⁷³ Laudo, párrs. 426.

²⁷⁴ Laudo, párrs. 428.

²⁷⁵ Laudo, párr. 427.

²⁷⁶ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3, Laudo, 20 de agosto de 2007, párr. 8.3.16 (se omitieron las notas al pie).

de US\$ 60 millones era una aproximación que el Tribunal estimaba justa en todas las circunstancias. El Comité considera que las explicaciones del Tribunal respecto del cálculo de esta cifra resultaron suficientes.

352. Argentina luego alega que el Tribunal no explicó las razones por las cuales Azurix tenía derecho al 100% de lo que un tercero pagaría por la Concesión en circunstancias en las que Azurix era propietaria indirecta del 90% de las acciones de ABA. El Comité destaca en este sentido que tanto la Decisión sobre Jurisdicción como el Laudo contienen afirmaciones de que Azurix pagó el Canon²⁷⁷ y que ABA pagó el Canon²⁷⁸. Sin embargo, en el párrafo 64 de la Decisión sobre Jurisdicción, el Tribunal sostuvo:

Azurix hizo una inversión al pagar un “canon” para obtener la concesión del suministro de servicios de agua potable y desagües cloacales a la Provincia. Para llevar a cabo la inversión, Azurix estableció diversas subsidiarias con arreglo a lo requerido en el Pliego de Bases y registró una sociedad local en Argentina, ABA. El objeto de la definición de inversión que figura en el APPRI es precisamente incluir este tipo de estructuras establecidas únicamente para los fines de la inversión, a fin de proteger a la verdadera parte interesada.

El Tribunal también hizo referencia en el párrafo 59 de la Decisión sobre Jurisdicción al reclamo de Azurix de que su “inversión” consistió en el “pago, por parte de Azurix, de un canon de [US]\$ 438,6 millones (que constituye capital invertido), de su propiedad e inversión en ABA, y de los derechos emergentes del Contrato de Concesión”.

353. En opinión del Comité, es claro que el Tribunal consideró que la totalidad del pago del Canon era una inversión de Azurix, y que ABA era meramente un vehículo para desarrollar la inversión. El Comité considera que las explicaciones del Tribunal respecto de la consideración del valor total de la Concesión resultaron suficientes.

²⁷⁷ Por ejemplo, Decisión sobre Jurisdicción, párr. 64; Laudo, párr. 426.

²⁷⁸ Por ejemplo, Decisión sobre Jurisdicción, párr. 22; Laudo, párr. 41.

354. Argentina además reclama que el Tribunal no explicó por qué adoptó la cifra de US\$ 105.240.753 como valor de las “*inversiones adicionales que realizó para financiar a ABA*”.
355. Las razones del Tribunal en este sentido figuran en el párrafo 430 del Laudo, que debe leerse junto con el párrafo 411 del mismo escrito ya que indica los daños y perjuicios reclamados por Azurix bajo el método de las “*inversiones efectivamente realizadas*”.
356. El Tribunal subrayó que Azurix reclamó haber invertido US\$ 449 millones cuando adquirió la Concesión, un monto que incluía el pago del Canon. Esto significa que, en el momento en que adquirió la Concesión, además de pagar el Canon de US\$ 438.555.554, Azurix también invirtió el monto adicional de US\$ 10.444.446 (la diferencia entre el monto total de US\$ 449 millones invertidos originalmente y el pago del Canon).
357. El Comité observó que Azurix también alegó haber realizado contribuciones adicionales de capital a ABA de US\$ 102,4 millones. Esto significa que la inversión efectivamente realizada por Azurix, además del pago del Canon, fue de US\$ 112.844.446 (la suma de US\$ 10.444.446 y de US\$ 102,4 millones). A partir del párrafo 413, el Laudo sugiere que Argentina no cuestionó si estas cifras reflejaban con precisión o no los montos reales invertidos por Azurix además del Canon. De cualquier forma, el párrafo 430 del Laudo claramente indica que el Tribunal aceptó la afirmación de Azurix respecto de que esos montos sí eran precisos.
358. Luego, el Tribunal manifestó en el párrafo 430 del Laudo que el monto de US\$ 112.844.446 debía reducirse en US\$ 7.603.693, que según el Tribunal representaba

la suma de las reclamaciones presentadas por Azurix por concepto de daños, que el Tribunal ha determinado se encuentran relacionados con reclamaciones contractuales – aquéllas relacionadas con los trabajos enumerados en la Circular 31(A) con la excepción de Bahía Blanca - y

*por las que debe ser responsable Azurix como parte de su riesgo empresarial*²⁷⁹.

Esta es una alusión a las conclusiones del Tribunal de los párrafos 150, 155 y 160 del Laudo. La nota al pie del párrafo 430 del Laudo indica que este monto de USD 7.603.693 se extrajo de un informe de NERA, una compañía consultora especializada²⁸⁰, que se encontraba adjunto al memorial de Azurix. Argentina no ha cuestionado esta cifra en particular. Si se restan estos US\$ 7.603.693 de la suma de US\$ 112.844.446, se obtienen US\$ 105.240.753 como monto de las inversiones adicionales de Azurix más allá del pago del Canon.

359. No obstante, Argentina alega que estos US\$ 105.240.753 que considera el Tribunal

*... contradicen las observaciones respecto de la primera categoría de daños y no es uniforme con éstas ya que el monto real invertido por Azurix para financiar ABA no correspondería con el monto recuperable en el caso de una venta a un tercero hipotético (es decir, el valor justo de mercado)*²⁸¹.

360. En este sentido, el Comité observa que ya determinó, en los párrafos 305 a 306 *ut supra*, que el Tribunal entendió implícitamente que tenía la discreción para determinar cuál considera el criterio adecuado respecto de los daños y perjuicios en este caso en particular. El Tribunal decidió determinar los daños y perjuicios sobre la base del estándar del “valor justo de mercado” y además decidió determinar el “valor justo de mercado” de conformidad con el método de las “inversiones efectivamente realizadas”. Aunque el Tribunal no dio detalles de lo que implicaba el método de las “inversiones efectivamente realizadas”, según el Comité, se desprende del Laudo que el monto de los daños y perjuicios corresponderían a los montos realmente invertidos por Azurix antes de marzo de 2002²⁸². Dado que

²⁷⁹ Se omitieron las notas al pie.

²⁸⁰ Laudo, párr. 213.

²⁸¹ Memorial de Anulación de Argentina, párr. 227.

²⁸² En este sentido, también se destaca que en el Laudo *Vivendi*, párr. 8.3.12, el tribunal hizo referencia a “*otros medios generalmente aceptados para el cálculo del valor de mercado, como el “valor contable” —el valor neto de los activos de una empresa, el “valor de la inversión” —el monto efectivamente invertido antes de los actos*

la suma de US\$ 105.240.753 era parte del monto que Azurix efectivamente invirtió, esta iba a ser lógicamente tenida en cuenta en su totalidad para la determinación de los daños y perjuicios.

361. En principio, también se desprendería de la adopción del Tribunal del método de las “inversiones efectivamente realizadas” que el monto total del pago del Canon, US\$ 438.555.554, también se debería haber incluido en los daños y perjuicios otorgados. Si bien el Tribunal no explica sus motivos en detalle, el Comité entiende que surge implícitamente del razonamiento general que el Tribunal de hecho decidió aplicar una forma modificada del método de las “inversiones efectivamente realizadas”. De acuerdo con el método que el Tribunal empleó, para determinar el valor justo de mercado el Tribunal tomó los montos realmente invertidos por Azurix como punto de partida pero luego los redujo cuando consideró que había motivos que lo justificaran. De esta manera, si bien el monto real del pago del Canon fue de US\$ 438.555.554, el Tribunal sólo tuvo en cuenta la suma de US\$ 60 millones para determinar los daños y perjuicios por las razones descritas *ut supra*. Análogamente, aunque el monto real de las contribuciones adicionales de capital fue de US\$ 112.844.446, el Tribunal sólo tomó en cuenta la suma de US\$ 105.240.753 para determinar los daños y perjuicios por los motivos que se exponen *ut supra*.
362. El Comité recuerda que no es un tribunal de apelaciones y que no es su función pronunciarse sobre los aspectos sustanciales de la decisión del Tribunal con respecto al monto de los daños y perjuicios. En esta causal de anulación del Artículo 52(1)(e) del Convenio CIADI, lo que el Comité debe determinar es si el laudo ha omitido explicar los motivos en los que basó su decisión sobre el monto de los daños. En opinión del Comité, el Laudo “*permit[er] al lector seguir el camino mediante el cual el tribunal pasó del Punto A al Punto B, y finalmente*

perjudiciales, el “valor de reposición”—el monto necesario para reemplazar la inversión existente antes de los actos perjudiciales, o el “valor de liquidación”—el monto que un comprador estaría dispuesto a pagar a un vendedor por la inversión en un proceso de liquidación”.

*a su conclusión*²⁸³ y *“un lector informado del Laudo comprendería las razones expuestas por el Tribunal e identificaría alguna contradicción fundamental en ellas”*²⁸⁴.

363. Según el Comité, el razonamiento del Laudo demuestra indiscutiblemente que la determinación de los daños procedió en razón de los siguientes pasos:

- (1) La indemnización debía basarse en el valor justo de mercado de la inversión al 12 de marzo de 2009.
- (2) El valor justo de mercado al 12 de marzo de 2009 debía determinarse mediante el método de las inversiones efectivamente realizadas.
- (3) Las inversiones efectivamente realizadas por Azurix al 12 de marzo de 2009 eran:
 - (a) el pago del Canon de US\$ 438.555.554; y
 - (b) las contribuciones adicionales de capital de US\$ 112.844.446.
- (4) Sin embargo, de estos montos efectivamente invertidos por Azurix, el Tribunal sólo tomaría en cuenta para la determinación de los daños y perjuicios:
 - (a) US\$ 60 millones del pago del Canon, que constituye el monto que un tercero independiente y bien informado habría estado dispuesto a pagar por la Concesión en marzo de 2002, en un contexto en el que la Provincia habría cumplido sus obligaciones; y
 - (b) US\$ 105.240.753 de las contribuciones adicionales de capital, cuyo monto restante corresponde a lo que Azurix debe soportar como parte de su riesgo empresario.

²⁸³ Decisión sobre Anulación *MINE*, párr. 5.09.

²⁸⁴ Decisión sobre Anulación *MTD*, párr. 92.

364. El Comité no encuentra inconsistencias o contradicciones en los pasos (1) a (3) de este razonamiento. El Comité sí acepta que a primera vista el paso (4) parece difícil de conciliar con los pasos (2) y (3). Sin embargo, el Comité sostiene que los pasos (2) y (3) por un lado, y el paso (4) por el otro, no son razones “*genuinamente contradictorias*” que “*se cancelan recíprocamente*”, que hagan que el Laudo “*care[zca] de cualquier justificación expresa*”²⁸⁵. Por los fundamentos que se exponen *ut supra*, el Comité considera que del razonamiento general del Laudo se desprende claramente que los pasos (1) a (4) constituyen en conjunto una forma modificada del método de las “inversiones efectivamente realizadas” implementado por el Tribunal.
365. Asimismo, incluso si el paso (4) fuera genuinamente contradictorio con los pasos anteriores, para el Comité esta contradicción no justificaría la anulación de la parte completa del Laudo que versa sobre el monto de los daños y perjuicios. Para el Comité resulta evidente que los pasos (1) a (3) fueron la base fundamental de la determinación de los daños y perjuicios que hizo el Tribunal. Si el último paso del razonamiento del Tribunal contradijo esta base fundamental, se trató de una contradicción que estuvo muy a favor de Argentina. El Comité cuenta con “*cierta medida de discreción en cuanto a si anula un laudo, aún cuando halle que existe un error anulable*”²⁸⁶. Aun si el paso (4) fuera contradictorio (y por las razones descriptas el Comité no cree que lo sea) dadas las circunstancias del caso el Comité preferiría no anular la decisión sobre el monto de los daños por una contradicción que beneficia a la parte que solicita la anulación.
366. Por lo antedicho, el Comité rechaza la solicitud de anulación presentada por Argentina en virtud del Artículo 52(1)(e).

²⁸⁵ Decisión sobre Anulación *MTD*, párr. 50, que cita la Decisión sobre Anulación *Vivendi*, párrs. 64-65.

²⁸⁶ Decisión sobre Anulación *Vivendi*, párr. 66; Decisión sobre Anulación *MINE*, párrs. 4.09 y 4.10; Decisión sobre Anulación *Soufraki*, párrs. 24-27.

I. Costas

367. Por los fundamentos expuestos, el Comité ha rechazado completamente la solicitud de anulación presentada por Argentina. En consecuencia, se confirma el pronunciamiento del Tribunal respecto de las costas del procedimiento.
368. Con relación a las costas del procedimiento de anulación que nos ocupa, en virtud del Artículo 61(2) del Convenio CIADI y la Regla de Arbitraje 47(1)(j) del CIADI, analizados junto con el Artículo 52(4) del Convenio CIADI y de la Regla de Arbitraje 53, el Comité tiene la discreción para determinar cómo se deben pagar los gastos de las partes en razón del procedimiento, los honorarios y gastos de los miembros del Comité y los cargos por el uso de las instalaciones del Centro, así como quiénes deben desembolsarlos.
369. El Comité observa que en la Decisión sobre Anulación *MTD* se estableció que:

En todos los procedimientos de anulación concluidos, con la excepción de uno, los Comités no han resuelto acerca de las costas de las partes y han declarado que las del CIADI deben ser asumidas por ellas por partes iguales. Procedieron de esa forma tanto en aquellas solicitudes de anulación que fueron acogidas como en las que fueron desestimadas²⁸⁷.

En ese caso, el comité *ad hoc* además sostuvo:

Este resultado podría parecer anómalo. No obstante, con el interés de ser consistente con la jurisprudencia del CIADI y dadas las circunstancias del presente caso, el Comité opta por seguir la práctica existente.

En la Decisión sobre Anulación *Soufraki*²⁸⁸, al adoptar el mismo criterio para las costas, el comité *ad hoc* también hizo referencia a una “práctica en desarrollo” al respecto, una práctica a la que adhirieron

²⁸⁷ Decisión sobre Anulación *MTD*, párr. 110.

²⁸⁸ Decisión sobre Anulación *Soufraki*, párr. 138.

casos más recientes como la Decisión sobre Anulación CMS²⁸⁹ y la Decisión sobre Anulación *Lucchetti*²⁹⁰.

370. No obstante, en la Decisión sobre Anulación *MTD*, el comité *ad hoc* agregó que:

...esta práctica no es inflexible y admite excepciones. Al respecto, observa que en CDC Group PLC v. Republic of the Seychelles, el Comité ordenó al demandado perdedor a pagar tanto las costas del demandante como las costas del CIADI del procedimiento de anulación. El Comité puso de relieve que la solicitud de anulación “carecía fundamentalmente de mérito” y que el caso del demandado “para cualquier observador razonable e imparcial era más improbable que tuviera éxito”²⁹¹.

Asimismo, se consideraron circunstancias particulares para justificar un criterio diferente respecto a las costas en la Decisión sobre Anulación *Repsol*²⁹² y en la Decisión sobre Anulación *Malaysian Historical Salvors*²⁹³.

371. Con respecto a los gastos del Centro con relación a este procedimiento, incluidos los honorarios y gastos de los miembros del Comité, el Comité entiende que lo que se denominó “práctica existente” no respeta correctamente la Regla 14(3)(e) del Reglamento Administrativo y Financiero, que dispone que en los procedimientos de anulación:

... solo la parte que solicite la anulación deberá efectuar el pago anticipado que requiera el Secretario General para cubrir los gastos siguientes a la constitución del Comité, y sin perjuicio del derecho del Comité, de acuerdo con el Artículo 52(4) del Convenio, para decidir cómo y por quién deberán pagarse los gastos incurridos en conexión con el procedimiento de anulación.

372. En este sentido, respecto de los gastos del CIADI existe un régimen diferente en cuanto a los adelantos de costas entre los

²⁸⁹ Decisión sobre Anulación *CMS*, párrs. 161-162.

²⁹⁰ Decisión sobre Anulación *Lucchetti*, párr. 131.

²⁹¹ Decisión sobre Anulación *MTD*, párr. 111.

²⁹² Decisión sobre Anulación *Repsol*, párr. 88.

²⁹³ Decisión sobre Anulación *Malaysian Historical Salvors*, párr. 82.

procedimientos de anulación y los procedimientos originales ante el tribunal, puesto que, con arreglo a la Regla 14(3)(d) del Reglamento Financiero y Administrativo:

... salvo que las Reglas de Arbitraje dispongan una división distinta o que así lo hayan decidido las partes o el Tribunal, cada parte abonará la mitad de cada pago adelantado o suplementario, sin perjuicio de la decisión final sobre el pago de costas de un procedimiento de arbitraje que el Tribunal tome de conformidad con el Artículo 61(2) del Convenio.

373. Sobre esta diferencia de criterios, el Comité considera que la solución por defecto, en ausencia de otro pronunciamiento, establecería que la parte que ha solicitado la anulación y ha pagado por adelantado todas las costas del Centro con relación a dicha solicitud, como se requiere en el Reglamento, debería soportar dichas costas.
374. En cuanto a la cuestión de las costas del CIADI, el Comité reconoce que el procedimiento de anulación es una característica importante del sistema del CIADI para mantener la confianza de las partes en él²⁹⁴. Así, pues, el Comité ha observado que a menos que se trate de un caso excepcional, el requisito de que la parte que solicita una anulación proporcione una garantía para mantener la suspensión de la ejecución del laudo mientras el procedimiento de anulación se encuentra pendiente podría comprometer esta función de equilibrio de confianza²⁹⁵. Por otra parte, el Comité entiende que luego de que la solicitud de anulación presentada por una parte fracasa completamente, exigirle a la otra parte que reembolse al solicitante una parte de las costas del CIADI relacionadas con la solicitud infructuosa podría comprometer la confianza en el sistema del CIADI y en la finalidad de los laudos del CIADI.
375. Si bien el Comité es consciente de lo importante que es mantener la uniformidad en la jurisprudencia del CIADI, no considera que se deba continuar con un criterio que, en principio, estima incorrecto, por el

²⁹⁴ Decisión sobre la suspensión de la ejecución del laudo de *Azurix*, párr. 30.

²⁹⁵ Decisión sobre la suspensión de la ejecución del laudo de *Azurix*, párrs. 31-32.

mero hecho de preservar la consistencia con los precedentes. El Comité coincide con la Decisión sobre Anulación *MTD* en que la práctica existente es “anómala” en la medida en que normalmente requiere que las partes soporten equitativamente las costas del CIADI incluso cuando las solicitudes de anulación resulten completamente infructuosas. Según el Comité, esta práctica anómala surge por no respetar totalmente las disposiciones de la Regla 14(3)(e) en comparación con la Regla 14(3)(d), aplicable a los procedimientos ante un tribunal.

376. En cuanto a la práctica existente, el Comité subraya que sólo se han registrado seis casos en los que la decisión final del comité *ad hoc* rechazó completamente la solicitud de anulación²⁹⁶. En dos de esos casos, el comité *ad hoc* instruyó que el pago de sus costas y las del Centro recayeran en su totalidad sobre quien había presentado infructuosamente la solicitud la anulación²⁹⁷. Así, en los cuatro casos restantes se determinó que quien había solicitado la anulación infructuosamente tenía derecho a recuperar una parte de las costas del CIADI de su adversario.
377. En todas estas situaciones, el Comité opina que negarse a seguir el criterio implementado en esos cuatro casos no implica apartarse significativamente de los precedentes por razones de fundamento evidentes y positivas basadas en el Reglamento mismo.
378. El Comité considera que, de conformidad con el Reglamento y en virtud de su discrecionalidad, lo normal sería que quien solicita una anulación que no prospera soporte la carga de la totalidad de las costas del Centro relacionadas con el procedimiento que haya adelantado, incluidos los honorarios y gastos de los miembros del comité *ad hoc*. Por supuesto, el Comité no excluye la posibilidad de que las circunstancias puedan justificar un alejamiento de esta regla

²⁹⁶ Decisión sobre Anulación *Wena Hotels*; Decisión sobre Anulación *MTD*; Decisión sobre Anulación *Repsol*; Decisión sobre Anulación *Soufraki*; Decisión sobre Anulación *CDC*; Decisión sobre Anulación *Lucchetti*.

²⁹⁷ Decisión sobre Anulación *Repsol*, párr. 88; Decisión sobre Anulación *CDC*, párr. 90.

normal, aunque no se han producido tales circunstancias excepcionales en el caso que nos ocupa. En especial, el hecho de que existan cuestiones nuevas y complejas que deban resolverse mediante un procedimiento de anulación, como en este caso, no las convierte en circunstancias excepcionales. También como lo fue en este caso, las cuestiones relativas a la anulación son por naturaleza especiales y complejas.

379. El Comité determina que no se ordenará a Azurix que reembolse a Argentina la proporción de los gastos del Centro con relación a este procedimiento, incluidos los honorarios y gastos de los miembros del Comité.
380. Con relación a los costos del procedimiento de cada una de las partes, el Comité destaca que sólo en dos casos anteriores se ordenó que quien había solicitado la anulación infructuosamente pagara todos los costos de la otra parte o la mitad²⁹⁸. En los otros cuatro casos que se mencionan *ut supra*, no existió pronunciamiento sobre dichos costos, o bien cada una de las partes debió soportar los propios. El Comité entiende que cada parte se hizo cargo de sus propios costos durante el transcurso del procedimiento. Para el Comité, no existen fundamentos en este caso que justifiquen que Argentina deba reembolsar a Azurix sus costos del procedimiento, ya sea en todo o en parte.

²⁹⁸ Decisión sobre Anulación *Repsol*, párr. 88; Decisión sobre Anulación *CDC*, párr. 90.

Decisión

Por los fundamentos expuestos anteriormente, el Comité resuelve:

- (1) Rechazar en su totalidad la solicitud de anulación presentada por la República Argentina.
- (2) Que Argentina se hará cargo de todos los gastos del Centro con relación a este procedimiento, incluidos los honorarios y gastos de los miembros del Comité.
- (3) Que cada parte se hará cargo de sus propios costos y gastos con respecto a este procedimiento de anulación, incluidos los costos de representación legal.
- (4) En virtud del Artículo 52(5) del Convenio CIADI y la Regla de Arbitraje 54(3) del CIADI, se da por finalizada, la suspensión de la ejecución del Laudo ordenada por el Comité en su decisión del 28 de diciembre de 2007.

[Firmado]

Dr. Gavan Griffith Q.C.
Presidente del Comité *ad hoc*

[Firmado]

Juez Bola Ajibola
Miembro del Comité *ad hoc*

[Firmado]

Michael Hwang S.C.
Miembro del Comité *ad hoc*