

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

EDF INTERNATIONAL S.A.
SAUR INTERNATIONAL S.A.

y

LEÓN PARTICIPACIONES ARGENTINAS S.A.

c.

REPÚBLICA ARGENTINA

(Caso CIADI N.º ARB/03/23)

Procedimiento de Anulación

DECISIÓN

Miembros del Comité ad hoc

Sir Christopher Greenwood, CMG, QC, *Presidente*
Profesora Teresa Cheng, SC
Profesor Yasuhei Taniguchi

Secretaria del Comité ad hoc

Sra. Anneliese Fleckenstein

Fecha de envío a las Partes: 5 de febrero de 2016

REPRESENTACIÓN DE LAS PARTES

En representación de la República Argentina: En representación de EDF International y otros:

Dra. Angelina Abbona
Procuradora del Tesoro de la Nación
(hasta el 16 de diciembre de 2015)
Dr. Carlos Francisco Balbín
Procurador del Tesoro de la Nación
Procuración del Tesoro de la Nación
Posadas 1641
C1112ADC Buenos Aires
Argentina

Sr. Paolo Di Rosa
Arnold & Porter, LLP
601 Massachusetts Avenue, NW
Washington, DC 20001
Estados Unidos de América
y
Sr. Michael R. Rattagan
Sr. Ricardo Barreiro Deymonnaz
Rattagan, Macchiavello, Arocena
& Peña Robirosa Abogados
Torre Alem Plaza
Avenida Leandro N. Alem 855, piso 8
C1001AAD Buenos Aires
Argentina

TABLA DE CONTENIDOS

SIGLAS Y ABREVIATURAS	vii
I. Introducción.....	1
A. Antecedentes procesales del Procedimiento de Anulación	1
B. Breve Resumen de la Controversia	4
C. Resumen de la Decisión sobre Jurisdicción y Laudo	8
1. La Decisión sobre Jurisdicción	8
2. El Laudo	9
a. Derecho aplicable.....	10
b. La “cláusula paraguas” y el cumplimiento de compromisos específicos por parte de Argentina.....	11
c. Tratamiento justo y equitativo	12
d. Reclamos con respecto a acciones adoptadas con anterioridad a la emergencia	13
e. Otros reclamos	14
f. Excepciones opuestas por Argentina	14
g. Cuantificación de Daños	15
II. Causales de Anulación	15
A. Recusaciones a dos Miembros del Tribunal.....	16
B. Derecho Aplicable.....	18
C. Derechos derivados y la cláusula paraguas	18
D. Necesidad	19
E. Omisión de decisión sobre evidencia fundamental	19
F. Defectos en la evaluación de daños.....	20
III. La naturaleza de la anulación y las facultades de un comité <i>ad hoc</i>	20
IV. Recusaciones de dos Miembros del Tribunal	26

A.	Introducción.....	26
B.	Los hechos	26
1.	Profesora Kaufmann-Kohler	26
2.	Profesor Remón.....	29
C.	Argumentos de las Partes	30
1.	Argentina.....	30
a.	General	30
b.	Profesora Kaufmann-Kohler.....	31
c.	Profesor Remón	33
2.	Las Demandantes	34
a.	General	34
b.	Profesora Kaufmann-Kohler.....	36
c.	Profesor Remón	37
D.	La decisión del Comité.....	39
1.	El marco legal.....	39
a.	Artículo 14(1) del Convenio	39
b.	Los mecanismos del Convenio para recusar a un árbitro.....	41
c.	El rol de un Comité ad hoc.....	43
	(1) El rol del comité ad hoc ante la ausencia de recusación en virtud del Artículo 57 ...	47
	(2) El rol del comité ad hoc ante la desestimación de una propuesta de recusación en virtud del Artículo 57	51
2.	La Profesora Kaufmann-Kohler	54
3.	El Profesor Remón	63
V.	Cuestiones sobre derecho aplicable.....	68
A.	Introducción.....	68
B.	Argumentos de las Partes	69

1.	Argentina.....	69
2.	Las Demandantes	71
C.	La decisión del Comité.....	72
1.	El marco jurídico.....	72
a.	Extralimitación manifiesta en las facultades (Artículo 52(1)(b) del Convenio).....	72
b.	Falta de expresión de motivos (Artículo 52(1)(e) del Convenio).....	75
c.	Quebrantamiento grave de una norma de procedimiento (Artículo 52(1)(d)).....	77
2.	Aplicación del TBI Argentina-Francia y no aplicación del TBI Argentina-Luxemburgo.....	79
3.	No aplicación del derecho argentino.....	86
4.	Discriminación	89
VI.	Derechos derivados y la cláusula paraguas	91
A.	Disposiciones pertinentes del Tratado.....	91
B.	Las cuestiones planteadas por Argentina y la Decisión del Comité.....	93
a.	La cláusula NMF y las cláusulas paraguas	94
(1)	Las posiciones de las Partes.....	94
(2)	La decisión del Comité.....	95
b.	Derechos derivados.....	96
(1)	Posiciones de las Partes	96
(2)	La decisión del Comité.....	98
c.	Relación contractual.....	104
(1)	Posiciones de las Partes	104
(2)	La decisión del Comité.....	106
VII.	La cuestión del Estado de Necesidad	110
A.	Las cuestiones planteadas por Argentina	110
B.	Argumentos de las Partes	111
1.	Argentina.....	111

2.	Las Demandantes	116
C.	Decisión del Comité	118
1.	Las decisiones en <i>CMS y Enron</i>	118
2.	El Artículo 5(3) del TBI Argentina-Francia.....	122
3.	El estado de necesidad en virtud del derecho internacional consuetudinario	126
VIII.	Omisión de consideración de pruebas	134
A.	Las cuestiones planteadas por Argentina	134
B.	Argumentos de las Partes	135
1.	Argentina.....	135
2.	Las Demandantes	136
C.	Decisión del Comité	136
IX.	Causalidad y Daños	139
A.	Las cuestiones planteadas por la Demandada	139
B.	Argumentos de las Partes	140
1.	Argentina.....	140
2.	Las Demandantes	142
C.	Decisión del Comité	143
X.	Costas	152
XI.	Decisión del Caso	154

SIGLAS Y ABREVIATURAS

AC	Anexo de las Demandantes; documento entregado por las Demandantes
CIADI o el Centro	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
Convenio CIADI	Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados
Decisión sobre Descalificación	Decisión del 25 de junio de 2008 sobre la recusación de la Profesora Kaufmann-Kohler en <i>EDF International S.A. y Otros c. República Argentina</i> (Caso CIADI No. ARB/03/23)
Decisión sobre Jurisdicción	Decisión sobre Jurisdicción dictada por el Tribunal el día 5 de agosto de 2008
Dúplica	Dúplica sobre Anulación
Laudo	Laudo del 11 de junio de 2012 en <i>EDF International S.A. y Otros c. República Argentina</i> (Caso CIADI No. ARB/03/23)
Memorial	Memorial sobre Anulación
Memorial de Contestación	Memorial de Contestación sobre Anulación
RA	Anexo de la Demandada; documento entregado por la República Argentina
Reglas de Arbitraje del CIADI	Reglas Procesales del CIADI Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje
Réplica	Réplica sobre Anulación
TBI	Tratado Bilateral de las Inversiones

I. Introducción

A. *Antecedentes procesales del Procedimiento de Anulación*

1. El día 9 de octubre de 2012, el Centro recibió de la República Argentina (“Argentina”) una Solicitud (la “Solicitud”) de Anulación del Laudo emitido el día 11 de junio de 2012, por el Tribunal en el procedimiento de arbitraje entre EDF International S.A. (“EDFI”), SAUR International S.A. (“SAUR”) y León Participaciones Argentinas S.A. (“León”) (conjuntamente, “las Demandantes”) y Argentina. La Solicitud incluía una solicitud de suspensión de la ejecución del Laudo en virtud del Artículo 52(5) del Convenio CIADI y la Regla 54(1) de las Reglas de Arbitraje del CIADI. Ese mismo día, el Centro acusó recibo de la Solicitud y transmitió una copia a las Demandantes.
2. El día 11 de octubre de 2012, de conformidad con la Regla 50(2) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, la Secretaria General del CIADI registró la Solicitud y transmitió una copia de la Notificación de Registro a las partes. Asimismo, se notificó a las partes que, de conformidad con la Regla 52(2) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, el Laudo quedaba suspendido provisionalmente.
3. El día 2 de enero de 2013, el Comité *ad hoc* se consideró constituido por Sir Christopher Greenwood (británico), Presidente del Comité; la Profesora Teresa Cheng (china) y el Profesor Yasuhei Taniguchi (japonés).
4. El día 22 de febrero de 2013, se celebró la Primera Sesión con los Miembros del Comité presentes en la sede del Centro en Washington, D.C. y las partes participando vía teleconferencia. Durante esa sesión, las partes acordaron un calendario procesal para el desarrollo del procedimiento.
5. El día 25 de febrero de 2013, el Comité emitió la Resolución Procesal N.º 1 respecto del calendario procesal. El día 5 de marzo de 2013, el Comité emitió la Resolución Procesal N.º 2 relativa al calendario del procedimiento para la continuación de la suspensión provisional de la ejecución del Laudo que había sido otorgada por la Secretaria General del Centro de conformidad con la Regla 54(2) de las Reglas de Arbitraje.

6. El día 18 de marzo de 2013, Argentina presentó una solicitud formal de suspensión de la ejecución del Laudo. El día 3 de abril de 2013, las Demandantes presentaron observaciones a la solicitud de Argentina. El día 17 de abril de 2013, Argentina presentó una contestación y el día 29 de abril de 2013, las Demandantes presentaron una réplica.
7. El día 28 de mayo de 2013, Argentina presentó su Memorial sobre Anulación.
8. El día 18 de julio de 2013, el Comité dictó una decisión sobre la continuación de la suspensión de la ejecución del Laudo hasta el día 30 de septiembre de 2013, fecha en la cual se levantaría la suspensión si Argentina no proporcionaba a más tardar el día 16 de septiembre de 2013 un

compromiso inequívoco de que, en el supuesto de que no se anule el Laudo (o se anule sólo en parte), efectuará el pago del capital y los intereses otorgados (en el supuesto de una anulación parcial, otorgados en aquellas partes del Laudo que no se encuentren anuladas) dentro del término de noventa días de la decisión final del Comité y sin requisito alguno de que las Demandantes entablen reclamos ante los tribunales argentinos o que esos tribunales u otras autoridades nacionales argentinas expidan una orden que exija el pago, la suspensión de la ejecución se levantará con efectos a partir de la medianoche del día 30 de septiembre de 2013 salvo que el Comité adopte una decisión en contrario. [Traducción del Comité]

9. En una carta de fecha 13 de septiembre de 2013, Argentina se rehusó a asumir el compromiso solicitado en la decisión del Comité de fecha 18 de julio de 2013. En consecuencia, el día 26 de septiembre de 2013, el Comité expidió otra decisión que levantaba la suspensión del Laudo que surtió efectos a partir de la medianoche (hora de Washington D.C.) del día 30 de septiembre de 2013.
10. El día 16 de septiembre de 2013, EDF presentó su Memorial de Contestación sobre Anulación. Argentina presentó su Réplica sobre Anulación el día 6 de diciembre de 2013 y, el día 25 de febrero de 2014, EDF presentó su Dúplica sobre Anulación.
11. Desde el día 2 de junio al día 3 de junio el Comité celebró una audiencia sobre anulación en la sede del Centro en Washington D.C. En la audiencia se encontraban presentes:-

- *el Comité ad hoc*: Sir Christopher Greenwood, Presidente del Comité; la Profesora Teresa Cheng y el Profesor Yasuhei Taniguchi, Miembros del Comité; y la Sra. Anneliese Fleckenstein, Secretaria del Comité;
 - *en representación de la República Argentina*: Dr. Javier Pargament, *Subprocurador del Tesoro de la Nación*; el Dr. Gabriel Bottini; la Sra. María Alejandra Etchegorry y la Sra. Soledad Romero Caporale, y el Sr. Nicolás Duhalde de la *Procuración del Tesoro de la Nación*; y
 - *en representación de las Demandantes*: el Sr. Paolo Di Rosa, la Sra. Mallory B. Silberman, el Sr. Pedro G. Soto, el Sr. Kelby Ballena (Asistente Legal) y la Sra. Aimee Reilert (Asistente Legal) de Arnold & Porter LLP; y el Sr. Jean-Paul Palma y la Sra. Isabelle Praud de EDF.
12. En una carta de fecha 29 de julio de 2015, Argentina solicitó información de la Profesora Cheng con relación a una declaración realizada en el marco del caso *Total*¹. Argentina complementó su carta con otra carta de fecha 3 de agosto de 2015, en la cual Argentina solicitó información adicional de la Profesora Cheng. Mediante carta de fecha 6 de agosto de 2015, la Profesora Cheng respondió ambas cartas de Argentina.
13. El día 6 de agosto de 2015, Argentina presentó una propuesta de recusación en contra de la Profesora Cheng en el presente procedimiento, de conformidad con el Artículo 57 del Convenio CIADI y Regla 9 de las Reglas de Arbitraje del CIADI (la “Propuesta de Recusación”). Ese mismo día, el Centro informó a las partes que se había suspendido el procedimiento hasta tanto se decidiera la Propuesta de Recusación, en virtud de la Regla 9(6) de las Reglas de Arbitraje del CIADI.
14. Argentina presentó sus argumentos sobre la Propuesta el día 19 de agosto de 2015; las Demandantes respondieron a la Propuesta el día 25 de agosto de 2015. La Profesora Cheng ofreció explicaciones el día 7 de septiembre de 2015, del modo previsto en la Regla 9(3) de las Reglas de Arbitraje del CIADI. Argentina presentó comentarios adicionales el día 14 de septiembre de 2015. Las Demandantes no presentaron comentarios adicionales.

¹ *Total S.A. c. República Argentina* (Caso CIADI N.º ARB/04/1).

15. El día 17 de septiembre de 2015, Argentina le escribió a la Secretaria del Comité solicitándole información de los miembros del Comité respecto de algún vínculo pasado o presente con cualquiera de las partes o sus abogados actualmente involucrados en litigios con Argentina. Sir Christopher Greenwood y el Prof. Yasuhei Taniguchi brindaron respuestas a esta solicitud mediante cartas de fechas 22 de septiembre y 6 de octubre de 2015, y 16 de octubre de 2015, respectivamente.
16. El día 20 de noviembre de 2015, la Mayoría emitió su Decisión sobre la Propuesta de Recusación de la Profesora Cheng rechazando la Propuesta de Recusación de Argentina.
17. El día 22 de diciembre de 2015, se declaró cerrado el procedimiento, en virtud de la Regla 38(1) de las Reglas de Arbitraje del CIADI.

B. Breve Resumen de la Controversia

18. La controversia, que se describe en detalle en los párrafos 50-176 del Laudo, tiene sus orígenes en la restructuración que tuviera lugar durante fines de la década de 1990 del marco para la distribución de electricidad en la Provincia Argentina de Mendoza (“Mendoza”). El día 28 de mayo de 1997, Mendoza sancionó la Ley Provincial N.º 6.497 (la “Ley Provincial de Electricidad”) y la Ley Provincial N.º 6.498 (la “Ley de Transformación”) que adoptaron un nuevo marco regulatorio para la provisión de suministros eléctricos en la Provincia. De conformidad con ese marco, se debía privatizar la distribuidora estatal de energía. Se creó una nueva compañía, la Empresa Distribuidora de Energía de Mendoza S.A. (“EDEMSA”). Mendoza pretendía vender el 51% de las acciones Clase “A” en EDEMSA y para tal fin contrató en calidad de asesores a Chase Manhattan Bank y Salomon Smith Barney. De conformidad con su competencia, Chase Manhattan y Salomon Smith Barney buscaban atraer a inversores internacionales. Distribuyeron un memorándum informativo (el “Memo informativo”) y celebraron una serie de giras de promoción o “road shows”, incluida una reunión exclusiva con Electricité de France (“EDF”), la empresa matriz de EDFI. Hicieron hincapié en las garantías a los inversores en virtud del marco regulatorio y de la concesión que se preveía se adjudicaría a EDEMSA. Ese marco disponía tarifas fijadas en forma tal de garantizar que un inversor podría recuperar gastos y obtener una tasa de retorno razonable sobre la inversión. Las tarifas debían fijarse para un quinquenio pero se preveía tanto una revisión ordinaria como una revisión extraordinaria de tarifas. En ese momento, la Ley de

Convertibilidad de Argentina disponía que el peso argentino era convertible a la tasa de un peso por dólar estadounidense. Se preveía que la concesión incluiría disposiciones que garantizaran que los costos y la tasa de retorno razonable se determinarían en dólares estadounidenses a los fines de evaluación del índice tarifario y que a los clientes se les facturaría en pesos a la tasa de un peso por dólar. Según el Tribunal, estas salvaguardas constituían las “características principales de la estrategia de ventas” de Chase Manhattan Bank y Salomon Smith Barney². A los inversores que deseaban ofertar por las acciones en EDEMSA se les exigía aceptar e inicialar una copia de la concesión propuesta.

19. Un consorcio de empresas, SODEMSA, se constituyó en Argentina, integrada por EDFI, SAURI y Crédit Lyonnais conjuntamente con co-inversores argentinos. EDFI adquirió un 45% de participación en SODEMSA y SAURI adquirió un 15% de participación. El 40% restante fue adquirido por MENDINVERT, sociedad argentina, en la que Crédit Lyonnais era titular del 70% de las acciones, siendo el resto de titularidad de inversores argentinos. Posteriormente, Crédit Lyonnais transfirió su participación en MENDINVERT a León, sociedad de Luxemburgo de propiedad total de Crédit Lyonnais hasta 2004, año en el que pasó a ser una sociedad totalmente controlada por EDFI.³ SODEMSA ofertó de manera exitosa el 51% de las acciones Clase A en EDEMSA y en el mes de julio de 1998 EDEMSA y el Gobierno de Mendoza suscribieron un contrato (el “Contrato de Concesión”) en los términos que estaban previstos. SODEMSA asumió el control de EDEMSA y comenzó las operaciones el día 1 de agosto de 1998.
20. A fines del año 2001 y comienzos del año 2002 Argentina experimentó una aguda emergencia económica que fue testigo de la designación y renuncia de cuatro presidentes en un período de tres semanas⁴. La magnitud de la situación que enfrentaba Argentina fue descripta por el tribunal en el caso *Continental Casualty* quien se refirió a –

una crisis que dio lugar a un abandono repentino y caótico del principio cardinal de la vida económica del país, como la tasa de convertibilidad fija que había sido recomendada y respaldada categóricamente durante más de una década por el FMI y la comunidad internacional; el colapso casi total de la economía local; la inflación creciente; el aumento en el desempleo; las

² Laudo, párr. 1008.

³ Decisión sobre Jurisdicción, párr. 133.

⁴ Laudo, párrs. 141-156.

adversidades sociales que sumergieron a más de la mitad de la población por debajo de la línea de pobreza; las amenazas inmediatas a la salud de los niños pequeños, los enfermos y los miembros más vulnerables de la población; el malestar y desórdenes generalizados; el riesgo de insurrección y disturbios políticos; las renunciadas abruptas de sucesivos presidentes y el derrumbe del gobierno, conjuntamente con el colapso parcial de las instituciones políticas y un vacío extendido del poder...⁵. [Traducción del Comité]

21. Se adoptó una Ley de Emergencia Nacional en el mes de enero de 2002 que abrogó la paridad fija entre el peso y el dólar estadounidense y le permitió al peso flotar en los mercados cambiarios. El peso cayó rápidamente a una tasa de cambio de aproximadamente tres pesos por dólar. La Ley de Emergencia Nacional, que fue adoptada en una forma levemente modificada por la Provincia de Mendoza, abrogó asimismo los términos de las tarifas en las concesiones de servicios públicos que involucraban divisas extranjeras incluidas las cláusulas pertinentes del Contrato de Concesión. El efecto fue obligar a EDEMSA a aceptar el pago calculado en base a la paridad entre el peso y el dólar estadounidense aunque para entonces el peso valía sólo aproximadamente un tercio de un dólar; un efecto conocido como “pesificación”. Además, las medidas de emergencia adoptadas por Argentina y Mendoza impedían a las compañías de servicios suspender o modificar el cumplimiento de sus obligaciones. Las medidas de emergencia dispusieron la renegociación de los contratos. EDEMSA entabló negociaciones con las autoridades de Mendoza⁶ pero no se acordó revisión alguna de tarifas hasta el día 7 de abril de 2005, una semana después de que las Demandantes hubieran vendido su participación en SODEMSA a una compañía argentina, IADESA, de titularidad de inversores argentinos.
22. El día 16 de junio de 2003, EDFI y SAURI presentaron una solicitud de arbitraje. Posteriormente esa solicitud fue modificada para agregar a León en calidad de demandante. Las Demandantes sostuvieron que el efecto de (a) una serie de medidas adoptadas por Mendoza con anterioridad a la emergencia y (b) las medidas adoptadas como consecuencia de la emergencia que comenzara a fines del año 2001 fue destruir el equilibrio económico del Contrato de Concesión. Afirmaron que no se restituyó el equilibrio hasta después de que, en un intento de mitigar sus pérdidas, hubiera vendido su participación a IADESA. En

⁵ *Continental Casualty Co. c. República Argentina* (Caso CIADI N.º ARB/03/9), Laudo de 5 de septiembre de 2008, párr. 180 (“*Continental Casualty*”).

⁶ Laudo, párrs. 157-169.

virtud de los términos de esa venta, las Demandantes conservaron sus derechos respecto del reclamo CIADI que habían incoado.

23. Las Demandantes sostuvieron que la interferencia en su inversión anterior a la emergencia y las medidas de emergencia constituyeron violaciones al Acuerdo entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República Francesa para la Promoción y la Protección Recíproca de las Inversiones (el “TBI Argentina-Francia”), y, en la medida pertinente (una cuestión considerada *infra*), al Convenio entre la República Argentina y la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa para la Promoción y la Protección Recíproca de las Inversiones (el “TBI Argentina-Luxemburgo”). Las Demandantes alegaron que las medidas adoptadas tanto antes como durante la emergencia fueron arbitrarias y discriminatorias, constituyeron tratamiento injusto e inequitativo, violaron el requisito de protección y plena seguridad y constituyeron expropiación indirecta. Asimismo, las Demandantes sostuvieron que la falta de respeto a los compromisos asumidos en el Contrato de Concesión y en razón del marco regulatorio de las leyes adoptadas por Argentina y Mendoza contravinieron la cláusula de la Nación Más Favorecida (“NMF”) en el Artículo 4 del TBI Argentina-Francia, ya que otros TBI concluidos por Argentina, en particular aquellos con Luxemburgo y Alemania, contenían cláusulas paraguas que convertían al incumplimiento de compromisos específicos asumidos con relación a una inversión en una violación del tratado.
24. Argentina impugnó la jurisdicción del Tribunal por diversos motivos. A los fines presentes, las objeciones de particular relevancia son que:-
- (i) las Demandantes ya no poseían la titularidad de ninguna inversión relevante después de la venta de acciones a IADESA; y
 - (ii) las Demandantes carecían de legitimidad para presentar reclamos por daños supuestamente sufridos por EDEMSA.

Argentina negó asimismo que los reclamos se encontraran debidamente fundados sobre el fondo, al afirmar en particular que las medidas de emergencia constituyeron respuestas necesarias y legítimas a una emergencia económica aguda.

C. Resumen de la Decisión sobre Jurisdicción y Laudo

1. La Decisión sobre Jurisdicción

25. El día 5 de agosto de 2008, el Tribunal emitió una decisión sobre jurisdicción (la “Decisión sobre Jurisdicción”) que rechazó las objeciones a la jurisdicción de Argentina. Aunque en el curso de esta decisión será necesario hacer referencia a otros puntos de la Decisión sobre Jurisdicción, a los fines presentes basta con destacar dos aspectos de las conclusiones sobre jurisdicción del Tribunal.
26. En primer lugar, el Tribunal consideró que la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y los tribunales de arbitraje dejó en claro que “como cuestión general, la fecha en que se inicia el procedimiento sirve como la fecha relevante para establecer la jurisdicción”⁷. En consecuencia, la jurisdicción debió ser evaluada a la fecha en el año 2003 en la que se incoó el procedimiento, independientemente de las ulteriores transferencias de participaciones. Por lo tanto, procedió sobre la base de que SAURI y León deberían seguir siendo partes⁸, aunque dejó abierta la cuestión que consistía en determinar si tenían todavía derechos sustantivos⁹. El Tribunal abordó los reclamos de León sobre la base de que se fundaban en el TBI Argentina-Luxemburgo¹⁰.
27. En segundo lugar, el Tribunal rechazó la objeción de Argentina de que las Demandantes carecían de legitimidad. Esa objeción se fundó en una serie de argumentos respecto de la naturaleza de las participaciones de las Demandantes y, en particular, el hecho de que el Contrato de Concesión fuese entre Mendoza y EDEMSA, en tanto las Demandantes eran titulares de acciones en SODEMSA, que a su vez era titular de acciones en EDEMSA. El Tribunal sostuvo que ni el Artículo 25 del Convenio CIADI, ni las disposiciones pertinentes de los TBI Argentina-Francia y Argentina-Luxemburgo exigían que la titularidad de una inversión fuese directa, de modo que el hecho de que las participaciones de las Demandantes en EDEMSA fueran indirectas no constituían un obstáculo para su competencia¹¹.

⁷ Decisión sobre Jurisdicción, párr. 93.

⁸ Decisión sobre Jurisdicción, párr. 92.

⁹ Decisión sobre Jurisdicción, párr. 95.

¹⁰ Véase, por ejemplo, Decisión sobre Jurisdicción, párrs. 7-8, 51, 68, 97 y 177-198.

¹¹ Decisión sobre Jurisdicción, párrs. 137-8 y 157-163.

28. Argentina había argumentado asimismo que, de conformidad con las sentencias de la Corte Internacional de Justicia en los casos *Barcelona Traction*¹², *ELSI*¹³ y *Diallo*¹⁴, el derecho internacional no reconoció derecho alguno para los accionistas en una compañía de mantener un reclamo con respecto a un presunto perjuicio ocasionado a la compañía. El Tribunal sostuvo que estas sentencias se relacionaban con el derecho a la protección diplomática de un Estado y no eran aplicables a reclamos incoados por inversores en nombre propio en virtud de un tratado bilateral de inversión¹⁵. En el presente caso, el Tribunal sostuvo que, los términos de, tanto el TBI Argentina-Francia, como el TBI Argentina-Luxemburgo, eran lo suficientemente amplios como para cubrir las inversiones indirectas. Sostuvo asimismo que:

174. Por último, el presente Tribunal no puede ignorar el significado que el sentido común atribuye al término “inversión”. Tener acciones de una compañía normalmente significa la propiedad de una inversión, tanto directa como indirecta, en la actividad económica subyacente que realiza dicha entidad. Cada día se habla de inversiones en petróleo, minas, o madera, a pesar de que la propiedad radique en acciones y no plataformas petroleras, depósitos de oro o bosques. Es posible decir que las acciones en un banco suponen una inversión en el sector de los servicios financieros, cuando de hecho la propiedad está relacionada con los valores de una compañía de una persona jurídica distinta, que a su vez es propietaria de una cartera de préstamos y de los ladrillos y el cemento de una bóveda o edificio. Utilizar estos términos de un modo distinto generaría un formalismo artificial indigno de un sistema jurídico vivo.

175. En resumen, para fines de los procedimientos de arbitraje sobre inversiones basados en tratados, debe entenderse que el concepto de inversión abarca la actividad económica subyacente representada por las acciones del vehículo de inversión. De no ser así, las expropiaciones que dejaran una estructura empresarial vacía nunca podrían ser compensables.

2. El Laudo

29. El día 11 de junio de 2012, el Tribunal emitió su Laudo. Concluyó que Argentina había violados sus obligaciones de respetar sus compromisos específicos asumidos con relación a

¹² *Barcelona Traction, Light y Power Company (Bélgica c. España)*, *Informes de la C.I.J.*, 1970, pág. 3 (“*Barcelona Traction*”).

¹³ *Elettronica Sicala S.p.A (Estados Unidos de América c. Italia)*, *Informes de la C.I.J.*, 1989, pág. 15 (“*ELSI*”).

¹⁴ *Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea c. República Democrática del Congo) (Objeciones Preliminares)*, *Informes de la C.I.J.*, 2007, pág. 582 (“*Diallo*”).

¹⁵ Decisión sobre Jurisdicción, párr. 171.

la inversión de EDF y de otorgar a las Demandantes un Tratamiento Justo y Equitativo¹⁶. Rechazó las demás pretensiones de las Demandantes. El Tribunal les adjudicó a las Demandantes una indemnización por daños en la suma de USD 136.138.430 al mes de diciembre de 2001, con intereses compuestos devengados anualmente a la tasa de los Bonos del Tesoro de los Estados Unidos a diez años hasta el pago del Laudo¹⁷. El Laudo abarca más de trescientas páginas; no es necesario resumir aquí su razonamiento y por lo tanto, el Comité sólo analiza aquellas partes que sean directamente relevantes a las cuestiones planteadas en la Solicitud de anulación.

a. Derecho aplicable

30. León invocó el TBI Argentina-Luxemburgo en la Solicitud Modificada de Arbitraje, y el Tribunal en su Decisión sobre Jurisdicción procedió sobre la base de que los reclamos de León se regían por ese Tratado¹⁸. Sin embargo, en el Laudo el Tribunal observó que

La Demandante León es una cesionaria de la inversión hecha en Argentina por la subsidiaria Crédit Lyonnais y, por ende, tiene legitimación para presentar arbitrajes en virtud del TBI entre Argentina y Francia. Véase Solicitud Modificada, nota al pie 1. No obstante ello, en cuanto al hecho de que la nacionalidad luxemburguesa de dicha entidad precluye la legitimación, León invoca las disposiciones del Convenio entre la República Argentina y la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa para la Promoción y Protección recíproca de las Inversiones suscripto el 28 de junio de 1990 y que entró en vigor el 20 de mayo de 1994 (TBI entre Argentina y Luxemburgo)¹⁹.

Posteriormente, el Tribunal concluyó que el caso debería resolverse exclusivamente a la luz del TBI Argentina-Francia y que no era necesario hacer referencia al TBI Argentina-Luxemburgo, salvo con respecto al argumento con base en la cláusula NMF en el TBI Argentina-Francia²⁰.

31. En lo que se refiere al papel de la legislación argentina para determinar la responsabilidad internacional, el Tribunal resolvió que los términos del TBI Argentina-Francia

¹⁶ Laudo, *Dispositif*, párr. I.

¹⁷ Laudo, *Dispositif*, párrs. II y III

¹⁸ Véase párr. 26, *supra*. Los reclamos de EDFI y SAURI se regían sólo por el TBI Argentina-Francia. El TBI Argentina-Luxemburgo era de relevancia sólo para esos reclamos en tanto fuera invocado con relación al argumento de EDFI y SAURI fundado en la cláusula NMF.

¹⁹ Laudo, párr. 9.

²⁰ Laudo, párrs. 884-887.

proporcionaban el fundamento y marco para su decisión²¹. El hecho de que la legislación argentina invistiera al Gobierno Argentino de amplias facultades para abordar la crisis económica nacional no modificaba la conclusión del Tribunal. Por último, el Tribunal no creía convincentes las pruebas de que Argentina no pudo cumplir con su obligación internacional debido a su necesidad de garantizar derechos humanos²².

b. La “cláusula paraguas” y el cumplimiento de compromisos específicos por parte de Argentina

32. Las Demandantes alegaron que la cláusula NMF en el Artículo 4 del TBI Argentina-Francia les permitía invocar las “cláusulas paraguas” en otros TBI argentinos y reclamar así respecto de supuestas violaciones por parte de Argentina de compromisos asumidos específicamente en relación con la inversión, en particular las cláusulas en el Contrato de Concesión que garantizaban la tasa de retorno y el cálculo de tarifas por referencia al dólar estadounidense. Argentina negó que se pudiera utilizar de esa manera la cláusula NMF y sostuvo que, incluso si la cláusula NMF fuera lo suficientemente amplia como para permitir la invocación de las cláusulas paraguas en otros TBI, esas cláusulas no asistían a las Demandantes en tanto no eran parte del Contrato de Concesión y ese Contrato otorgaba jurisdicción exclusiva a los tribunales argentinos.
33. El Tribunal sostuvo que la cláusula NMF permitía el recurso a las cláusulas paraguas en otros TBI²³. Mientras que observó la existencia de controversias considerables respecto de la utilización de la cláusula NMF en pos de obtener recurso al arbitraje en términos más favorables que aquellos en el tratado aplicable a un inversor, sostuvo que no existía controversia similar respecto de la utilización de cláusulas NMF para obtener recurso a la protección sustantiva ofrecida por otros tratados. El Tribunal consideró que los términos del Artículo 4 del TBI Argentina-Francia permitían claramente el recurso a las cláusulas paraguas invocadas por las Demandantes.
34. El Tribunal rechazó asimismo los argumentos de Argentina respecto del significado del alcance de las cláusulas paraguas que invocaran las Demandantes (principalmente aquellas en los TBI Argentina-Alemania y Argentina-Luxemburgo). El Tribunal sostuvo que:

²¹ Laudo, párrs. 898-908.

²² Laudo, párrs. 909-914.

²³ Laudo, párrs. 925-937.

Esto no significa que todos los incumplimientos contractuales necesariamente se eleven al nivel de una violación de un tratado. Sin embargo, el repudio serio de las obligaciones emanadas de concesiones originadas en el incumplimiento de la Cláusula de tipo de moneda (Sub-anexo 2, Anexo II del Contrato de Concesión) debe ser visto sin duda como una violación de los “compromisos... contraídos con los inversores” (Artículo 10(2) del TBI entre Argentina y Luxemburgo) y de “compromisos contraídos... contraídos con relación a las inversiones” (Artículo 7(2) del TBI entre Argentina y Alemania)²⁴.

35. El Tribunal consideró que la pesificación de tarifas combinada con el hecho de que se le prohibió a EDEMSA variar o suspender su propio desempeño en virtud del Contrato de Concesión así, y la ausencia de todo aumento en las tarifas hasta el año 2005 socavaron toda la base sobre la cual la Provincia de Mendoza había procurado captar la inversión²⁵. El Tribunal adujo que no creía convincente el argumento de Argentina de que la vigencia de la Cláusula de tipo de Moneda y otras disposiciones del Contrato de Concesión habrían extinguido el principio de tarifas justas y razonables y que en la práctica, las medidas adoptadas eran beneficiosas para EDEMSA²⁶. Sostuvo que no había pruebas de que las Medidas de Emergencia beneficiaran la posición económica de EDEMSA; por el contrario, el Tribunal consideró que estas medidas afectaron la rentabilidad de EDEMSA, al alterar el equilibrio económico del Contrato de Concesión²⁷. Además, nunca se restableció el equilibrio financiero, incluso después de que los indicadores financieros mostraran una tendencia estable hacia la recuperación²⁸. Por lo tanto, el Tribunal concluyó que Argentina había “violado sus obligaciones... de respetar los compromisos específicos asumidos en relación con la inversión de las Demandantes”²⁹.

c. Tratamiento justo y equitativo

36. Con respecto al reclamo de que las acciones de Argentina contravenían el Artículo 3 del TBI Argentina-Francia (tratamiento justo y equitativo), el Laudo concluyó que el incumplimiento por parte de Argentina de determinadas obligaciones contraídas en virtud de la cláusula paraguas operaba “*en conjunción*” con el incumplimiento de su deber de otorgar

²⁴ Laudo, párr. 940.

²⁵ Laudo, párrs. 943-993 y 1008.

²⁶ Laudo, párr. 976.

²⁷ Laudo, párrs. 979-981.

²⁸ Laudo, párr. 986.

²⁹ Laudo, *Dispositif*, párr. I.

un tratamiento justo y equitativo a las inversiones de EDF³⁰. El Tribunal decidió que no era necesario decidir si el Artículo 3 establecía una norma independiente de justicia o coincidía con el estándar mínimo del Derecho internacional consuetudinario. Según el Tribunal, el Artículo 3 exigía a Argentina respetar el derecho internacional en la teoría y en la práctica, y el incumplimiento de los compromisos expresos sin el restablecimiento del equilibrio económico en un período razonable de tiempo, constituía tratamiento inequitativo³¹. El Tribunal consideró que la aplicación de esta disposición dependía del contexto fáctico las acciones del Estado Receptor y, en este sentido, era consciente de que la crisis económica era relevante para la interpretación del estándar de tratamiento justo y equitativo. Las expectativas del inversor debían equilibrarse contra la necesidad del Estado Receptor de actuar durante una crisis. Sin embargo, la justicia y equidad exigían asimismo que el Estado Receptor respetara las declaraciones fundamentales de una concesión una vez que finalizara la crisis³². El Tribunal concluyó que había habido una violación del Artículo 3 del TBI Argentina-Francia³³.

d. Reclamos con respecto a acciones adoptadas con anterioridad a la emergencia

37. Posteriormente, el Tribunal analizó los reclamos de EDF de que, con anterioridad a la sanción de las Medidas de Emergencia, Argentina había violado sus obligaciones al alterar unilateralmente el marco regulatorio y el Contrato de Concesión, de tal forma que afectó negativamente a EDEMSA, y al modificar el equilibrio financiero del contrato en detrimento de EDEMSA³⁴. El Tribunal concluyó que Argentina era responsable sólo con respecto a los reclamos relativos a la modificación del Régimen Tarifario, a saber:³⁵ (i) modificación de la estructura tarifaria para grandes usuarios; (ii) reducción de los períodos de contratación con los usuarios; y (iii) incorporación de una opción para que los usuarios elijan a su discrecionalidad entre categorías (la categoría de Tarifa T-2 optativa)³⁶. Rechazó las demás pretensiones respecto de acciones adoptadas con anterioridad a la emergencia.

³⁰ Laudo párr. 994.

³¹ Laudo párrs. 999, 1009-1011.

³² Laudo párrs. 1004-1005.

³³ Laudo, *Dispositiv*, párr. I

³⁴ Laudo párr. 1023.

³⁵ Laudo párr. 1026.

³⁶ Laudo párr. 1027-1100.

e. Otros reclamos

38. El Tribunal rechazó los demás reclamos de las Demandantes, al sostener que las medidas adoptadas por Argentina no fueron arbitrarias ni discriminatorias³⁷ y que no violaron el requisito de brindar protección y seguridad plenas³⁸. El Tribunal sostuvo asimismo que las acciones de Argentina no constituyeron una expropiación indirecta³⁹.

f. Excepciones opuestas por Argentina

39. Durante el procedimiento sobre el fondo, Argentina opuso varias excepciones⁴⁰. El Laudo rechazó el argumento de que estas excepciones impidieran una conclusión en contra de Argentina, al sostener que no constituían un impedimento para que las Demandantes recuperen la compensación.
40. Con respecto a la defensa de necesidad de Argentina, el Tribunal sostuvo que, en tanto el Laudo se fundó exclusivamente en el TBI Argentina-Francia, no era aplicable la defensa de necesidad en el Artículo 3(2) del TBI Argentina-Luxemburgo⁴¹. El Tribunal concluyó asimismo que Argentina no había podido establecer que se habían cumplido los requisitos para la defensa de necesidad en virtud del derecho internacional consuetudinario. El Tribunal sostuvo que “el estado de necesidad debe interpretarse de manera rigurosa y objetiva y no como una vía de escape sencilla disponible para los estados receptores que desean evitar las obligaciones contenidas en los tratados que resulten difíciles”⁴². En relación con ello, el Tribunal consideró que Argentina no había podido demostrar que las medidas adoptadas constituyeron la única manera de salvaguardar sus intereses esenciales, que por sus propias acciones no había contribuido al estado de necesidad, o que había restablecido el *statu quo* o compensado a las Demandantes cuando le fue posible⁴³.
41. El Tribunal rechazó asimismo la excepción de inadmisibilidad de Argentina de que debería rechazarse *in limine* cualquier reclamo sobre denegación de justicia con relación a las Medidas previas a la Emergencia en tanto no fueron incluidos por EDF en su Memorial

³⁷ Laudo, párrs. 1101-1107.

³⁸ Laudo, párrs. 1108-1112.

³⁹ Laudo, párrs. 1113-1118.

⁴⁰ Laudo párr. 1119.

⁴¹ Laudo, párr. 888 y párrs. 1149-1152.

⁴² Laudo, párr. 1171.

⁴³ *Ibid.*

sobre el Fondo⁴⁴. El Tribunal concluyó que EDF no había realizado un reclamo de denegación de justicia por separado, sino que en cambio había enmarcado sus argumentos en el contexto del tratamiento justo y equitativo y plena protección y seguridad. Se rechazó asimismo la defensa de Argentina con respecto a la doble reparación por parte de EDF de los daños que se originaron en las Medidas previas a la Emergencia; el Tribunal concluyó que EDF no había recibido reparación alguna por estos daños⁴⁵.

g. Cuantificación de Daños

42. El Tribunal evaluó los daños con base en un flujo de fondos descontados (“FFD”), al haber observado que las Partes habían convenido que no eran adecuados los métodos alternativos de valoración considerados⁴⁶. Otorgó daños en la suma de USD 2.502.797,00 con respecto a las pérdidas sufridas con anterioridad a la emergencia y de USD 133.635.633 con respecto a las pérdidas ocasionada por las medidas de emergencia. Se calculó la última cifra al día 31 de diciembre de 2001 tomando el valor de la participación de las Demandantes en EDEMSA (44,88% del total)⁴⁷ si no se hubiesen adoptado las medidas de emergencia (el escenario contrafáctico) y posteriormente dedujo el monto que razonablemente se podría haber recibido de la venta a IADESA en el año 2005 valuada al día 31 de diciembre de 2001.

II. Causales de Anulación

43. El Artículo 52(1) del Convenio CIADI dispone lo siguiente –

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;

⁴⁴ Laudo, párrs. 1091-1096.

⁴⁵ Laudo, párrs. 1098-1100.

⁴⁶ Laudo, párrs. 1186-1188.

⁴⁷ Se recordará que SODEMSA era titular del 51% de las acciones Clase A en EDEMSA pero que 40% de las acciones en SODEMSA eran de titularidad de MENDINVERT, una compañía en la cual una de las Demandantes sólo tenían un 70% de las acciones, siendo el resto de titularidad de inversores argentinos. Por lo tanto, las Demandantes, en definitiva, sólo eran titulares del 88% de SODEMSA. El 88% del 51% arroja una cifra de 44,88%.

- (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.

44. En su Solicitud, Argentina pretende la anulación en base a todas las causales que anteceden excepto aquella establecida en el Artículo 52(1)(c), es decir, corrupción de algún miembro del Tribunal. Las objeciones de Argentina al Laudo se refieren a seis cuestiones diferentes, respecto de la mayoría de los cuales pretende la anulación con base en más de una de las causales establecidas en el Artículo 52(1). Por lo tanto, el Tribunal ha estructurado su Decisión por referencia a estas seis cuestiones, en lugar de a las causales del Artículo 52 sobre cuya base se pretende la anulación. Los argumentos de Argentina con respecto a cada cuestión, y la respuesta a ellos por parte de las Demandantes, se consideran en detalle en las secciones subsiguientes de esta Decisión. No obstante, resulta útil presentar en esta etapa un breve resumen de las seis cuestiones y las causales invocadas con respecto a cada una de ellas.

A. Recusaciones a dos Miembros del Tribunal

45. Argentina sostiene que ni la Profesora Gabrielle Kaufmann-Kohler ni el Profesor Jesús Remón poseían las cualidades necesarias de independencia e imparcialidad exigidas por el Artículo 14(1) del Convenio CIADI, con el resultado de que debería anularse el Laudo debido a que el Tribunal no estaba constituido correctamente (Artículo 52(1)(a)) y había un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento (Artículo 52(1)(d)).
46. En el caso de la Profesora Kaufmann-Kohler, Argentina hace referencia al hecho de que en el año 2006 se convirtió en directora del banco suizo UBS. Cuando Argentina descubrió este hecho en el mes de noviembre de 2007, Argentina propuso, en virtud del Artículo 57 del Convenio, que se debería recusar a la Profesora Kaufmann-Kohler debido a que UBS tenían varios intereses en EDF, y vínculos con ella⁴⁸. De conformidad con el Artículo 58 del Convenio, los dos miembros restantes del Tribunal entendieron la recusación de la

⁴⁸ RA 512.

Profesora Kaufmann-Kohler, el Profesor Park y el Profesor Remón, quienes emitieron una decisión el día 25 de junio de 2008 (la “Decisión sobre la Recusación”) rechazando la recusación⁴⁹. Argentina sostiene que cuando se rechaza la recusación de un árbitro, queda abierto para la parte que solicitó la recusación pretender la anulación de un laudo y que un Comité *ad hoc* puede anular el laudo en virtud de una de las dos o de ambas causales del Artículo 52(1)(a) y (d) si considera que árbitro recusado carecía de las cualidades exigidas por el Artículo 14(1).

47. En el caso del Profesor Remón, la solicitud de anulación surge en un contexto diferente tanto procesal como sustancial. En el mes de abril de 2012 el Profesor Remón informó a las partes que el estudio jurídico del que era socio actuaba para la compañía española Repsol y que si Repsol le solicitaba al estudio que lo representara en cualquier procedimiento que pudiera incoar contra Argentina vinculado con las medidas adoptadas por Argentina con relación a los intereses de Repsol en la compañía argentina Yacimientos Petrolíferos Fiscales (“YPF”), entonces se abstendría de cualquier participación en aquellos procedimientos hasta tanto se hubiere emitido el Laudo en el presente caso⁵⁰. Argentina exigió su renuncia con base en que la revelación mostraba la existencia de una relación profesional entre el estudio jurídico y una compañía que ya se encontraba en controversia con Repsol y que esta relación, conjuntamente con el hecho de que el Profesor Remón hubiera dejado en claro que estaba preparado para actuar en el futuro para Repsol en contra de Argentina, demostraba que carecía de las cualidades necesarias de independencia e imparcialidad⁵¹. El Profesor Remón se negó a renunciar. En tanto en la fecha de la revelación ya se había cerrado el procedimiento, Argentina no pudo proponer la recusación en virtud del Artículo 57. Por lo tanto, la cuestión se plantea por primera vez en el procedimiento de anulación.

48. Este aspecto del caso de Argentina se trata en la Parte IV de esta Decisión.

⁴⁹ RA 521.

⁵⁰ RA 531.

⁵¹ RA 532.

B. Derecho Aplicable

49. Argentina critica la decisión del Tribunal sobre el derecho aplicable por tres motivos. En primer lugar, sostiene que el Tribunal no debería haber decidido la totalidad del caso únicamente en base al TBI Argentina-Francia dado que León, que continuaba siendo Demandante, era una sociedad anónima de Luxemburgo. En segundo lugar, sostiene que el Tribunal minimizó erróneamente la importancia del derecho argentino como parte del derecho aplicable. Por último, sostiene que la decisión del Tribunal en el Laudo de que no existía requisito general alguno de que una demandante probara la existencia de discriminación a fin de establecer una violación del TBI Argentina-Francia no es consecuente con lo que había dicho el Tribunal en su Decisión sobre Jurisdicción.
50. Para Argentina, cada uno de estos aspectos de las conclusiones del Tribunal constituye un error pasible de anulación. Sostiene que implicaron una extralimitación manifiesta de facultades (dentro del Artículo 52(1)(b)). Argentina alega además que el Tribunal no estableció de manera adecuada los motivos para sus conclusiones sobre estos puntos, volviendo al Laudo pasible de anulación en virtud del Artículo 52(1)(e). Por último, Argentina sostiene que la manera en la cual el Tribunal abordó estas cuestiones conllevó un quebrantamiento grave de una norma de procedimiento que exige la anulación en virtud del Artículo 52(1)(d).
51. El Comité aborda este aspecto de la impugnación del Laudo por parte de Argentina en la Parte V de esta Decisión.

C. Derechos derivados y la cláusula paraguas

52. Argentina pretende asimismo la anulación del Laudo con base en que el Tribunal hizo un mal manejo de la cuestión de afirmación de derechos derivados de las Demandantes y su invocación de las cláusulas paraguas en tratados distintos del TBI Argentina-Francia.
53. Argentina sostiene que el Tribunal se equivocó al sostener que, contrariamente al principio del derecho internacional enunciado en las sentencias de *Barcelona Traction*, *ELSI* y *Diallo*⁵², las Demandantes podían mantener su reclamo por los daños que, de haber existido,

⁵² Véase párr. 28, *supra*.

habría sufrido EDEMSA y no las Demandantes. Alega además que el Tribunal se equivocó al sostener que la Cláusula NMF en el TBI Argentina-Francia le permitía a las Demandantes invocar las cláusulas paraguas en los TBI Argentina-Luxemburgo y Argentina-Alemania y que, incluso si las cláusulas paraguas fueran aplicables, no asisten a las Demandantes en tanto no alteraron la naturaleza del Contrato de Concesión como contrato que, en lo que se refiere a las Demandantes, constituía *res inter alios acta*. Nuevamente, Argentina sostiene que estos errores implicaron una extralimitación manifiesta de facultades, una falta de expresión de motivos y un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento.

54. Este aspecto de la impugnación del Laudo por parte de Argentina se aborda en la Parte VI de esta Decisión.

D. Necesidad

55. Argentina sostiene que el Tribunal cometió otros errores pasibles de anulación en la manera en que trató la cuestión de la necesidad. Su decisión de no aplicar el Artículo 3(2) del TBI Argentina-Luxemburgo, su decisión de que el Artículo 5(3) del TBI Argentina-Francia no justificaba las medidas adoptadas y su decisión de que no eran aplicables los requisitos para una defensa de necesidad en virtud del derecho internacional consuetudinario constituyen, según Argentina, causales de anulación por una extralimitación manifiesta de facultades y falta de expresión de motivos.

56. Este aspecto de la impugnación del Laudo se aborda en la Parte VII de la presente Decisión.

E. Omisión de decisión sobre evidencia fundamental

57. Argentina sostiene que el Tribunal omitió abordar evidencia fundamental que podría haber tenido una influencia decisiva en el caso y por ello cometió una extralimitación manifiesta de facultades, no fundamentó su decisión y quebrantó gravemente una norma del procedimiento. Esta parte de la impugnación del Laudo por parte de Argentina concierne principalmente evidencia de entes oficiales en el Estado francés críticos de la estrategia de inversión de EDFI en Argentina y la evidencia del Ingeniero Neme en lo que se refiere a la

privatización de la distribución de la electricidad en Mendoza, todas las cuales Argentina sostiene son ignoradas en el Laudo.

58. El Comité abordará esta parte de la impugnación del Laudo por parte de Argentina en la Parte VIII de la presente Decisión.

F. Defectos en la evaluación de daños

59. Por último, Argentina asevera que la evaluación de daños por parte del Tribunal es fundamentalmente defectuosa en muchas maneras, incluidos el examen de la cuestión de causalidad, las pruebas a las que se hizo referencia con relación a la cuantificación y evaluación de la viabilidad de EDEMSA en el año 2001. Argentina sostiene que estos errores constituyen una extralimitación manifiesta de facultades, falta de expresión de motivos y un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento.
60. Esta parte de la impugnación al Laudo se considerará en la Parte IX de la Decisión.

III. La naturaleza de la anulación y las facultades de un comité *ad hoc*

61. Antes de analizar los diferentes fundamentos sobre los cuales se pretende la anulación en el presente caso, es necesario considerar brevemente la naturaleza del procedimiento de anulación y las facultades de un comité *ad hoc*.
62. En primer lugar, del texto del Artículo 52(1) claramente surge que es sólo un laudo lo que una parte puede pretender anular, no una decisión que un tribunal pueda haber adoptado como parte de las etapas que conducen a un laudo⁵³. Por lo tanto, no está abierto a una parte pretender la anulación de una decisión para no recusar a un árbitro o una decisión de que el tribunal posee jurisdicción en ese caso. Una parte que está insatisfecha con una decisión debe aguardar hasta que el tribunal dicte su laudo final. Sólo entonces puede incoar procedimientos de anulación. Naturalmente, está abierto a la parte alegar que debería anularse el laudo debido a que está viciado por un error en una decisión anterior; por ejemplo, una parte es libre de alegar que el laudo implicaba una extralimitación manifiesta de facultades porque anteriormente el tribunal había adoptado una decisión sobre

⁵³ Schreuer, Malintoppi, Reinisch and Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary*, (Cambridge, 2nd edition, 2009), Artículo 52, párr. 61 (pág. 921) (“Schreuer, *Commentary*”).

jurisdicción que era fatalmente defectuosa. En efecto, un destacado comentarista considera que “las decisiones sobre jurisdicción finalmente son incorporadas a los laudos ya sea en forma explícita o por implicancia” y que “en esa etapa devienen pasibles de anulación *como partes del laudo*”⁵⁴. [Traducción del Comité]. Pero es el propio laudo, y sólo el laudo, lo que el comité *ad hoc* puede anular.

63. La Solicitud de Argentina solamente persigue la anulación del Laudo. Sin embargo, en el Petitorio presentado en la parte final de su Memorial⁵⁵, y en el Petitorio al final de la Réplica⁵⁶, Argentina solicita que el Comité anule tanto el Laudo como la Decisión sobre Jurisdicción anterior. Por los motivos esgrimidos recientemente, el Comité carece de facultades para anular la Decisión como tal. Sin embargo, en el párrafo 2 de la Réplica Argentina deja en claro que “no se presentó aquí una solicitud de anulación independiente respecto de la Decisión de Jurisdicción sino conjunta con la solicitud relativa al Laudo”. El Comité considera que los Petitorios en el Memorial y la Réplica deben leerse a la luz de la Solicitud y la explicación en el párrafo 2 de la Réplica. Por lo tanto, procederá a considerar las críticas de Argentina a la Decisión sobre Jurisdicción como presentadas en sustento de los argumentos de que debería anularse el Laudo y no como una solicitud – que recaería necesariamente fuera del Artículo 52 del Convenio – de anulación de la Decisión como tal.

64. En segundo lugar, constituye un principio bien establecido que, tal como lo expresara el comité *ad hoc* en *MTD Equity y MTD Chile c. República de Chile*–

En virtud del Artículo 52 del Convenio CIADI, un procedimiento de anulación no constituye una apelación, menos aún un nuevo juicio; es una forma de revisión de fundamentos específicos y limitados que toma como premisa el expediente ante el Tribunal⁵⁷. [Traducción del Comité]

65. El comité *ad hoc* en *Soufraki c. Emiratos Árabes Unidos* fue similarmente insistente en este punto, al comentar que –

... la revisión de anulación, aunque evidentemente importante, constituye un ejercicio limitado, y no prevé una apelación del laudo inicial. En otras

⁵⁴ *Ibid.*, Artículo 52, párr., 62 (pág. 921), énfasis agregado.

⁵⁵ Memorial, párr. 198.

⁵⁶ Réplica, párr. 157.

⁵⁷ *MTD Equity y MTD Chile c. República de Chile* (Caso CIADI N.º ARB/01/7), Decisión sobre la Solicitud de Anulación de 21 de marzo de 2007, 13 Informes CIADI 500, párr. 31 (“*MTD*”).

palabras,... ‘un comité ad hoc carece de jurisdicción para revisar de alguna manera el fondo del laudo original. El sistema de anulación está diseñado para salvaguardar la integridad, no el resultado, de los procedimientos de arbitraje del CIADI’⁵⁸. [Traducción del Comité].

El Comité en *Soufraki* pasó a analizar en mayor detalle la función de un comité *ad hoc* como salvaguarda de la integridad de los procedimientos.

En la opinión del Comité *ad hoc*, el objeto y fin de un procedimiento de anulación del CIADI puede describirse como el control de la integridad fundamental del procedimiento de arbitraje del CIADI en todas sus facetas. Un comité *ad hoc* se encuentra facultado para verificar (i) la integridad del tribunal – su constitución correcta (Artículo 52(1)(a)) y la ausencia de corrupción de algún miembro de este (Artículo 52(1)(c)); (ii) la integridad del procedimiento – que significa en primer lugar que el tribunal debe respetar los límites fijados por el Convenio CIADI y el consentimiento de las Partes, y no extralimitarse manifiestamente en las facultades otorgadas a él en lo que concierne a su jurisdicción, el derecho aplicable y las cuestiones planteadas (Artículo 52(1)(b)), y en segundo lugar, que no debería cometer un quebrantamiento grave de una norma de procedimiento (Artículo 52(1)(d)); y (iii) la integridad del laudo – queriendo decir que el razonamiento presentado en el laudo debería ser coherente y no contradictorio, de modo de ser comprensible para las Partes y debe sustentar razonablemente la solución adoptada por el tribunal (Artículo 52(1)(e)). La integridad del mecanismo de resolución de controversias, la integridad del procedimiento de resolución de controversias y la integridad de la solución de la controversia constituyen los objetivos básicos interrelacionados proyectados en el mecanismo de anulación del CIADI⁵⁹. [Traducción del Comité]

66. En tercer lugar, tal como lo explicara también el Comité en *Soufraki* –

El Artículo 52 del Convenio CIADI debe leerse de conformidad con los principios de interpretación de tratados que forman parte del derecho internacional general, cuyos principios insisten en la interpretación no restrictiva ni extensiva, sino en la interpretación de conformidad con el objeto y fin del tratado⁶⁰. [Traducción del Comité]

La referencia a los principios de interpretación de tratados es a los principios establecidos en los Artículos 31 a 33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969. Aunque la Convención de Viena no es como tal aplicable al Convenio CIADI, que la

⁵⁸ *Hussein Nuaman Soufraki c. Estados Árabes Unidos* (Caso CIADI N.º ARB/02/07), Decisión sobre Anulación de 5 de junio de 2007, párr. 20 (“*Soufraki*”).

⁵⁹ *Soufraki*, nota 58, arriba, párr. 23.

⁶⁰ *Ibid.*, párr. 21.

precede en el tiempo, las disposiciones de la Convención de Viena sobre interpretación de tratados son consideradas por lo general como declarativas del derecho internacional consuetudinario.

67. Por último, del texto del Artículo 52 claramente surge que un laudo sólo puede ser anulado fundado en una o más de las cinco causas establecidas en el Artículo 52. Un comité *ad hoc* no está facultado para extenderse más allá de esas cinco causas. Su función no es considerar si está o no de acuerdo con el razonamiento o las conclusiones del tribunal sino sólo determinar si se satisface o no una o más de las cinco causas.
68. Ninguno de estos puntos se encuentra objetado en el presente procedimiento, aunque las Partes difieren en la manera en que pretenden aplicarlos a las cuestiones específicas del caso. Asimismo coincidieron ampliamente en lo que se refiere al enfoque que el comité debe adoptar con respecto a las cuestiones de hecho.
69. Las Demandantes sostienen que la carga de la prueba siempre le corresponde a la parte que pretende la anulación⁶¹. En las audiencias las Demandantes desarrollaron su argumento en los siguientes términos:

El segundo principio es que la carga de la prueba le corresponde a Argentina en relación a lo que es la sustanciación de sus reclamos. Argentina propone la anulación en este procedimiento y por lo tanto tiene la carga de la prueba. Esto significa que si los miembros del Comité no han llegado a una decisión o se sienten ambivalentes respecto a ciertas cuestiones o alegatos, entonces el Comité tiene que decidir en contra de la anulación⁶².

Argentina no controvierte que, cuando asevera la existencia de un hecho particular, le corresponde la carga de probar el hecho, aunque algunas veces afirma que el Comité debería inferir o suponer la existencia de determinados hechos (véase, por ejemplo, párr. 166, *infra*). El Comité considera que el principio de que a una parte le corresponde la carga de la prueba con respecto a cualquier hecho cuya existencia alega se encuentra bien establecido tanto en la jurisprudencia del CIADI⁶³ como en otras fuentes⁶⁴. Sin embargo, en los procedimientos de

⁶¹ Memorial de Contestación, párr. 30.

⁶² Transcripción, pág. 122; véase asimismo pág. 193.

⁶³ Véase, por ejemplo, con relación a la carga de la prueba en materia de una solicitud de recusación de un árbitro, *Nations Energy Corp. c. Panamá* (Caso CIADI N.º ARB/06/19), Decisión sobre la Propuesta de Recusación de un Árbitro de 7 de septiembre de 2011, párr. 56.

anulación, la importancia del principio de que a una parte le corresponde la carga de la prueba con respecto al hecho que afirma debe verse a la luz del principio que, tal como lo observa el Comité en *Helnan* “no es parte de la función de un comité de anulación reconsiderar conclusiones de hecho planteadas por un tribunal de arbitraje del CIADI”⁶⁵. [Traducción del Comité]. Además, en el presente caso, muchos de los hechos (particularmente con respecto a las alegaciones relativas a la independencia e imparcialidad de los árbitros) no están controvertidos⁶⁶.

70. Sin embargo, el argumento de las Demandantes, tal como se lo citara *supra*, va más allá de la carga de la prueba con respecto a cuestiones de hecho e insta a que “si los miembros del Comité no han llegado a una decisión o se sienten ambivalentes *respecto a ciertas cuestiones o alegatos*” (énfasis agregado), entonces el Comité tiene que decidir en contra de la anulación. Eso se acerca a un argumento de que existe una presunción en favor de ratificar el Laudo. En ese contexto el Comité recuerda la observación del Comité en *Soufraki* de que “dicha presunción... no encuentra fundamento alguno en el texto del Artículo 52 y no ha sido utilizada por los comités de anulación”⁶⁷. [Traducción del Comité] El Comité está de acuerdo con ese análisis. El concepto de carga de la prueba se circunscribe a cuestiones de hecho; no se extiende a un principio general de que en caso de duda respecto de “ciertas cuestiones o alegatos” un comité deba concluir en favor de la ratificación del laudo.
71. Sin embargo, hay una cuestión respecto de las facultades de un comité *ad hoc* con la cual las Partes disienten notablemente. Se refiere a si un comité que concluye que se han satisfecho una o más de las causales dispuestas en el Artículo 52 con respecto a un laudo está obligado a anular el laudo o tiene discrecionalidad para hacerlo o no. Las Demandantes afirman que un comité siempre posee discrecionalidad para no anular y que puede ejercer esa discrecionalidad en términos de justicia, teniendo en cuenta, por ejemplo, la duración del

⁶⁴ Véase, por ejemplo, la Sentencia de la Corte Internacional de Justicia en *Pasteras sobre el Río Uruguay*, (*Argentina c. Uruguay*), Informes de la CIJ 2010-I, pág. 71, párr. 162.

⁶⁵ *Helnan International Hotels A/S c. Egipto* (Caso CIADI N.º ARB/05/19), Decisión sobre Anulación de 4 de junio de 2010, (“*Helnan*”), párr. 20. Véase asimismo *Fraport AG c. Filipinas* (Caso CIADI N.º ARB/03/25), Decisión sobre Anulación de 23 de diciembre de 2010 (“*Fraport*”), párr. 84. Ambos están citados en el Memorial de Contestación, párr. 3.

⁶⁶ Argentina lo aceptó expresamente; Transcripción, pág. 258.

⁶⁷ *Soufraki*, nota 58, *supra*, párr. 22.

procedimiento⁶⁸. Por el contrario, Argentina sostiene que, si un comité considera que una de las causas de anulación se satisface, entonces el comité está obligado a anular el laudo⁶⁹.

72. El Comité observa que la oración final del Artículo 52(3) es en los siguientes términos:

The Committee shall have *the authority to annul* the award or any part thereof on any of the grounds set forth in paragraph (1).

Esta Comisión *tendrá facultad para resolver sobre la anulación* total o parcial del laudo por alguna de las causas enumeradas en el apartado (1).

Le Comité *est habilité à annuler* la sentence en tout ou en partie pour l'un des motifs énumérés à l'alinéa (1) du présent article.

(El énfasis ha sido agregado por el Comité).

73. El Comité considera que las palabras en cursiva indican claramente que se pretendía que los comités tuvieran un grado de discrecionalidad. Decir que un comité “tendrá facultad para resolver sobre la anulación del laudo” es muy distinto a decir que un comité “deberá anular el laudo”. Además, el Comité observa que otros comités *ad hoc* han procedido sobre la base de que la anulación no era imperativa y que gozaban de discrecionalidad para anular o no el laudo bajo análisis⁷⁰. El Comité concluye que, incluso si se satisface una de las causales del Artículo 52(1), de todos modos el Comité conserva discrecionalidad en lo que respecta a la cuestión que consiste en determinar si anular o no el laudo. Esa discrecionalidad no es de ningún modo ilimitada y debe tener en cuenta todas las circunstancias relevantes, incluida la gravedad de las circunstancias que constituyen la causal de anulación y, - hayan tenido o no o puedan haber tenido o no – un efecto material en el resultado del caso, así como la importancia de la finalidad del laudo y la cuestión general de justicia de ambas Partes.

⁶⁸ Memorial de Contestación, párr. 57; Transcripción, págs. 118, 140 y 193.

⁶⁹ Transcripción, págs. 275-278.

⁷⁰ Véase, en particular, *Amco c. Indonesia* (Caso CIADI N.º ARB/81/1), Decisión sobre Anulación de 3 de diciembre de 1992, 9 Informes CIADI 15, párr. 1.20 (“*AMCO I*”); *Maritime International Nominees Establishment c. República de Guinea* (Caso CIADI N.º ARB/84/4), Decisión sobre Anulación de 22 de diciembre de 1989, 4 Informes CIADI 86, párrs. 4.09-4.10 (“*MINE*”); *Compañía de Aguas del Aconquija SA y Vivendi Universal c. República Argentina* (Caso CIADI N.º ARB/97/3), Decisión sobre Anulación de 3 de julio de 2002, 6 Informes CIADI 358, párr. 66 (“*Vivendi I*”). Véase asimismo Schreuer, *Commentary*, nota 53, *supra*, Artículo 52, párrs. 466-485.

IV. Recusaciones de dos Miembros del Tribunal

A. *Introducción*

74. Tal como se estableciera *supra* (párrs. 46 a 47), Argentina sostiene que debería anularse el Laudo debido a la existencia de conflictos de intereses tanto en el caso de la Profesora Kaufmann-Kohler como del Profesor Remón. En cada caso Argentina sostiene que el conflicto de intereses fue tal que el Tribunal no puede considerarse correctamente constituido (proporcionando así una causal de anulación en virtud del Artículo 52(1)(a) del Convenio CIADI). Argumenta asimismo que, en tanto el derecho de cada parte de que el caso sea determinado por un tribunal cuyos miembros cumplen con los requisitos de independencia e imparcialidad constituye una norma fundamental de procedimiento, el hecho de que dos miembros del tribunal no cumplieran con esos requisitos significa que ha habido un quebrantamiento grave de esa norma fundamental (proporcionando así una causal de anulación en virtud del Artículo 52(1)(d) del Convenio CIADI)⁷¹.
75. En tanto los hechos que Argentina invoca no se encuentran, en su mayoría, controvertidos entre las Partes, el Comité planteará brevemente esos hechos antes de revisar los argumentos de las Partes.

B. *Los hechos*

1. Profesora Kaufmann-Kohler

76. La Profesora Kaufmann-Kohler se convirtió en directora del UBS en el mes de abril de 2006, dos años y medio después de su designación como árbitro y casi dos años después de que se constituyera el Tribunal⁷². No se discute que la Profesora Kaufmann-Kohler no informó a las Partes su designación como directora del UBS. Sin embargo, la Profesora Kaufmann-Kohler le entregó a UBS una lista de los arbitrajes en los cuales ella estaba involucrada en ese momento y le solicitó a UBS que investigara si existía un conflicto de intereses. Según una carta que la Profesora Kaufmann-Kohler escribiera a los demás miembros del Tribunal (el Profesor Park y el Profesor Remón) después de haber sido

⁷¹ Memorial, párr. 33.

⁷² Laudo, párrs. 11-16.

recusada por Argentina⁷³, UBS contestó que el único conflicto era con su participación como miembro del jurado para la Copa América, un conflicto que surgió del hecho de que UBS patrocinaba a uno de sus competidores. La Profesora Kaufmann-Kohler se retiró del jurado de la Copa América a la luz de esta respuesta.

77. Argentina sostiene que tomó conocimiento de la designación de la Profesora Kaufmann-Kohler en UBS en el mes de noviembre de 2007. Posteriormente, presentó una propuesta, de conformidad con el Artículo 57 del Convenio CIADI⁷⁴, para que se recuse del Tribunal a la Profesora Kaufmann-Kohler⁷⁵. A la luz de esa propuesta, la Profesora Kaufmann-Kohler le escribió a UBS indagando si existían efectivamente los vínculos entre EDFI y UBS detallados en la recusación de Argentina⁷⁶. Mediante una carta de fecha 20 de diciembre de 2007, la Dra. Karin Eugster, Asesora Jurídica de UBS, y el Dr. Bernhard Schmid del Departamento Jurídico del Centro Corporativo de UBS, respondieron brindando detalles de determinados vínculos entre UBS y EDFI⁷⁷. Esa carta fue enviada al Tribunal el día 21 de diciembre de 2007 con una portada de una carta de la Profesora Kaufmann-Kohler.

78. Argentina recusó a la Profesora Kaufmann-Kohler sobre la base de cinco conexiones entre UBS y EDFI:-

(a) que UBS había enumerado a EDF, la compañía matriz de EDFI, como una de las compañías en las cuales recomendaba invertir⁷⁸;

(b) que UBS y EDF tenían participaciones comunes en AEM Milán, una compañía italiana controlada por EDF a través de una subsidiaria⁷⁹;

(c) que tanto UBS como EDF eran titulares de acciones en Motor Columbus, una compañía suiza⁸⁰, aunque la carta de UBS de fecha 20 de diciembre de 2007 dejaba en claro que UBS había enajenado su participación accionaria en Motor Columbus antes de que la Profesora Kaufmann-Kohler se convirtiera en directora de UBS;

⁷³ Carta de fecha 21 de diciembre de 2007.

⁷⁴ Véase párr. 112, *infra*.

⁷⁵ RA 512.

⁷⁶ Carta de fecha 17 de diciembre de 2007, RA 513.

⁷⁷ RA 514.

⁷⁸ RA 512, párr. 36.

⁷⁹ RA 512, párr. 37.

⁸⁰ RA 512, párr. 38.

(d) que en el mes de octubre de 2005 EDF y el Estado francés habían celebrado un acuerdo con un grupo de entidades financieras que incluían a UBS con relación a una oferta de participación en el mercado financiero francés⁸¹; y

(e) que la Fundación UBS enumeraba a los títulos valores de EDF como parte de su portafolio⁸².

79. Además, el día 14 de mayo de 2008, Argentina dirigió la atención de los demás miembros del Tribunal a un comunicado de prensa en relación con el papel de la Profesora Kaufmann-Kohler en la remoción de determinados directores de UBS tras una serie de problemas en el banco. Según Argentina, este incidente demostró el grado de influencia de la Profesora Kaufmann-Kohler en el Directorio⁸³.

80. Por último, Argentina sostuvo que el hecho de que la Profesora Kaufmann-Kohler no notificara a las Partes de su designación como directora fue en sí mismo un factor que podría plantear interrogantes respecto de su imparcialidad o independencia⁸⁴.

81. De conformidad con el Artículo 58 del Convenio CIADI⁸⁵, la recusación de la Profesora Kaufmann-Kohler por parte de Argentina fue entendida por los demás miembros del Tribunal, el Profesor Park y el Profesor Remón. Ellos emitieron su Decisión sobre la Recusación el día 25 de junio de 2008. Esa decisión rechazó la propuesta de recusación de Argentina con base en que:

Los hechos alegados por la Demandada no generan sospechas de que la Profesora Kaufmann-Kohler sería parcial hacia las Demandantes. Su posición como directora no ejecutiva de UBS no le confiere interés financiero alguno en ninguna de las compañías Demandantes, y un laudo favorable a éstas no la beneficiaría en ninguna medida.⁸⁶

Los miembros restantes del Tribunal se han preguntado si la Profesora Kaufmann-Kohler podría favorecer a las Demandantes en razón de que una victoria para ellas podría beneficiar

⁸¹ RA 512, párr. 39.

⁸² RA 512, párr. 40.

⁸³ Decisión sobre la Recusación, párr. 46.

⁸⁴ RA 512, párrs. 56-64.

⁸⁵ Véase párr. 112, *infra*.

⁸⁶ Decisión sobre la Recusación, párr. 71.

a UBS “entidad con la que la Profesora Kaufmann-Kohler mantiene cierta solidaridad emocional e identificación psicológica en virtud de su cargo”⁸⁷ pero concluyó que:

Si bien la perspectiva de esa influencia subconsciente nunca puede excluirse por completo, se trata de una posibilidad remota, tenue y especulativa. No puede preverse que el resultado de este arbitraje influya sustancialmente sobre la suerte de UBS. Igualmente *de minimis* sería el efecto que experimentaría el bienestar psicológico, social o económico de la Profesora Kaufmann-Kohler⁸⁸.

82. Los miembros restantes concluyeron asimismo que la Profesora Kaufmann-Kohler no había violado ningún deber de informar según el CIADI y que, en cualquier caso, “no podemos aceptar que esa omisión de dar a conocer que se es miembro del Directorio implique manifiesta falta de confianza en cuanto a la imparcialidad de criterio”⁸⁹.

2. Profesor Remón

83. Tal como ya lo observara el Comité (párr. 47 *supra*), la recusación del Profesor Remón difiere, tanto procesalmente como sustancialmente, de aquella de la Profesora Kaufmann-Kohler. Difiere procesalmente, porque fue planteada sólo después de que se cerrara el procedimiento ante el Tribunal. En consecuencia, no podría ser considerada por los miembros restantes del Tribunal en virtud del procedimiento en el Artículo 58 del Convenio CIADI. Difiere sustancialmente, porque implica una alegación de un conflicto de intereses en cierto modo diferente.
84. Alertado por un anuncio en los medios el día 16 de abril de 2012 con respecto a la intención de Argentina de expropiar una inversión de la compañía española Repsol, el día 18 de abril de 2012, el Profesor Remón informó a las partes que el estudio jurídico del que es socio, Uría Menéndez, tradicionalmente había prestado servicios jurídicos a Repsol y que había representado personalmente a Repsol en diversos procedimientos. Posteriormente manifestó que en caso de que Repsol solicitara la colaboración de Uría Menéndez respecto de las medidas de la República Argentina, se abstendría de cualquier tipo de intervención en el asunto mientras el procedimiento de arbitraje entre EDFI y Argentina se mantuviera

⁸⁷ Decisión sobre la Recusación, párr. 72.

⁸⁸ Decisión sobre la Recusación, párr. 73.

⁸⁹ Decisión sobre la Recusación, párr. 98.

abierto⁹⁰. A la luz de estas afirmaciones, el día 27 de abril de 2012, Argentina solicitó la renuncia del Profesor Remón. Según Argentina, “el Sr. Remón no inspiraba plena confianza en su imparcialidad de juicio, en los términos del Artículo 14 del Convenio CIADI”⁹¹.

85. En respuesta, el Profesor Remón afirmó que no se había comprometido su imparcialidad ni independencia en el caso EDFI, debido a que la redacción del Laudo se “había completado varias semanas antes del anuncio de la expropiación”⁹². [Traducción del Comité] Sin embargo, Argentina alega que aunque las cartas del Profesor Remón hicieron referencia a información publicada en los medios el día 16 de abril de 2012, el procedimiento de arbitraje incoado ulteriormente por Repsol (en el cual se encontraba representada por Uría Menéndez) también incumbía medidas emanadas en una fecha anterior. Según Argentina, este hecho, agravado por el cargo del Profesor Remón en el estudio jurídico y la anterior representación de Repsol por parte del estudio, apunta a la conclusión de que el Profesor Remón estaba al tanto de la controversia entre Repsol y la República Argentina durante las deliberaciones y la redacción del Laudo en el presente caso, comprometiendo así su independencia e imparcialidad⁹³.

C. Argumentos de las Partes

1. Argentina

a. General

86. Tal como observara el Comité, Argentina funda esta parte de su caso para la anulación del Laudo tanto en el Artículo 52(1)(a) como en el Artículo 52(1)(d) del Convenio CIADI. Sostiene que un tribunal no puede considerarse correctamente constituido a los fines del Artículo 52(1)(a) si uno de los miembros no ofreció la garantía de independencia e imparcialidad de juicio exigida por el Artículo 14(1) del Convenio⁹⁴. Asimismo, sostiene que el hecho de que un tribunal entendiera un caso cuando no se podía tener plena confianza en la independencia e imparcialidad de juicio de uno de sus miembros implicaba un quebrantamiento grave de una norma de procedimiento que afecta el debido proceso y el

⁹⁰ Memorial, párr. 62.

⁹¹ Memorial, párr. 63.

⁹² Carta de fecha 11 de mayo de 2012, RA 535.

⁹³ Memorial, párr. 65; Réplica, párr. 25.

⁹⁴ Memorial, párr. 11. Para el texto del Artículo 14(1), véase párr. 107, *infra*.

derecho de defensa de la demandada, que garantiza la anulación del laudo en virtud del Artículo 52(1)(d)⁹⁵.

87. Según Argentina, el estándar exigido por el Artículo 14(1) es que un árbitro debe ser alguien en quien se pueda tener plena confianza en su imparcialidad e independencia de juicio. En virtud del Artículo 57, debe haber una carencia manifiesta de esas cualidades. Eso existe cuando puede ser discernida fácilmente sin necesidad de un análisis más profundo⁹⁶. Argentina sostiene que la decisión sobre la recusación del Presidente en *Blue Bank*⁹⁷ confirma que, cuando una parte recusa a un árbitro no necesita probar la dependencia real sino sólo la apariencia de dependencia⁹⁸.
88. Según Argentina, un comité *ad hoc* se encuentra facultado para determinar si existe o no ese conflicto de intereses y anular el laudo si arriba a la conclusión de que uno de los miembros del tribunal carece en forma manifiesta de las cualidades exigidas por el Artículo 14(1). Ese es el caso independientemente de si una recusación ha sido rechazada por los miembros restantes del tribunal en los procedimientos en virtud del Artículo 58 del Convenio CIADI⁹⁹. En tal caso, Argentina sostiene que un comité *ad hoc* debe abordar la cuestión *de novo* y no se encuentra obligado a seguir las conclusiones de hecho o el fallo sobre el derecho de los miembros restantes del tribunal¹⁰⁰. Argentina sostiene que, si un comité *ad hoc* arriba a la conclusión de que uno de los miembros del tribunal carece manifiestamente de las cualidades exigidas por el Artículo 14(1), entonces, se exige la anulación del laudo. Niega que en tal caso el comité posea discrecionalidad para no anular el laudo¹⁰¹.

b. Profesora Kaufmann-Kohler

89. Con respecto a la posición de la Profesora Kaufmann-Kohler, Argentina contrasta las conclusiones arribadas por el Profesor Park y el Profesor Remón en la Decisión sobre la Recusación con el análisis de una alegación muy similar de conflictos de intereses, que surgiera asimismo de la membrecía de la Profesora Kaufmann-Kohler en el Directorio de

⁹⁵ Memorial, párr. 59; Transcripción, pág. 96.

⁹⁶ Memorial, párr. 43.

⁹⁷ *Blue Bank International y Trust c. Venezuela* (Caso CIADI N.º ARB/12/20), Decisión del Presidente de fecha 12 de noviembre de 2013 (“*Blue Bank*”).

⁹⁸ Réplica, párrs. 28-29.

⁹⁹ Transcripción, págs. 82-87.

¹⁰⁰ Réplica, párr. 6; Transcripción, págs. 91-92.

¹⁰¹ Transcripción, pág. 277-278.

UBS, por el comité *ad hoc* en *Vivendi II*¹⁰². En su decisión en ese caso, el comité *ad hoc* fue, según Argentina, sumamente crítico de la conducta de la Profesora Kaufmann-Kohler. El comité en *Vivendi II* tuvo ante sí pruebas del Profesor Wolfram y el Profesor Mistelis sobre la independencia de los árbitros¹⁰³. El Comité de *Vivendi II* realizó el siguiente comentario:

Respecto de la básica cuestión de la compatibilidad entre un puesto de dirección en un banco internacional de importancia y la función de árbitro internacional, el Profesor Wolfram, respaldado férreamente por el Profesor Mistelis durante la audiencia, plantea la obvia cuestión de que un director en el ejercicio de sus funciones, tiene la responsabilidad fiduciaria frente a los accionistas del banco de favorecer sus intereses y, por ende, de postergar conflictos de interés.

Básicamente, esa responsabilidad se contradice con la tarea de un árbitro independiente en un arbitraje que involucra a una parte en la cual el banco tiene acciones u otro tipo de participación, sin importar lo pequeña que pueda ser. Dado que un banco internacional de importancia tiene conexiones con, o bien tiene un interés en casi todas las grandes empresas internacionales (que también son empresas que tienen más posibilidades de estar involucradas en arbitrajes internacionales), esto sugiere que los cargos de director de un banco de esta índole y de árbitro internacional podrían ser compatibles, o no deberían serlo, en el contexto del arbitraje internacional moderno, o bien no deberían combinarse más¹⁰⁴.

90. La decisión en *Vivendi II* continuó:

Por ello, el Comité *ad hoc* entiende el argumento de que el... Tribunal no estaba ya debidamente constituido después del nombramiento de la Profesora Kaufmann-Kohler como miembro del directorio y que hubo un quebrantamiento grave de una norma esencial de procedimiento y considera que esto podría llevar a una anulación cuando ello se justifique dentro del contexto del caso que esté bajo consideración¹⁰⁵.

91. Sin embargo, el Comité en *Vivendi II* no anuló el laudo en ese caso, debido a que concluyó que la Profesora Kaufmann-Kohler desconocía la existencia de los intereses de UBS en las

¹⁰² *Compañía de Aguas del Aconquija SA y Vivendi Universal SA c. República Argentina* (Caso CIADI N.º ARB/97/3), Decisión sobre Anulación de 19 de agosto de 2010 (“*Vivendi II*”).

¹⁰³ Se presentó a los miembros restantes del Tribunal en el presente caso un informe del Juez Wolfram y no constaba en el expediente ante el Comité *ad hoc* en el procedimiento de anulación. El Profesor Mistelis no prestó testimonio en el presente caso y su prueba en el caso *Vivendi II* no obra en el expediente en el presente caso; por lo tanto no puede ser considerada por el Comité; véase Transcripción págs. 294-295.

¹⁰⁴ *Vivendi II*, nota 102, *supra*, párrs. 217-218.

¹⁰⁵ *Vivendi II*, nota 102, *supra*, párr. 232.

compañías demandantes hasta después de que se emitiera el laudo y en consecuencia, el Comité aceptó “que la relación entre UBS y las Demandantes no tuvo un efecto material en la decisión final del Tribunal, que, de todas formas, fue unánime”¹⁰⁶. Argentina señala que esta consideración no es aplicable en el presente caso, en tanto la Profesora Kaufmann-Kohler tomó conocimiento de la conexión entre UBS y EDFI a más tardar en el mes de diciembre de 2007 cuando recibió una carta de la Dra. Karin Eugster y el Dr. Bernhard Schmid¹⁰⁷. Por lo tanto, Argentina sostiene que el conflicto de intereses creado por la membresía de la Profesora Kaufmann-Kohler en el Directorio de UBS debería conducir a la anulación del Laudo¹⁰⁸.

c. Profesor Remón

92. Con respecto al Profesor Remón, Argentina comienza explicando que no pudo presentar una propuesta de recusación a los miembros restantes del Tribunal, debido a que tomó conocimiento de su participación en Repsol cuando recibió su carta de fecha 18 de abril de 2012 mientras que el procedimiento se había declarado cerrado el día 13 de marzo de 2012. Sin embargo, se había reservado expresamente sus derechos en virtud del Artículo 52(1)(a) y (d)¹⁰⁹.
93. Dado los vínculos profesionales entre el Profesor Remón y su estudio jurídico, y entre este último y Repsol, Argentina sostiene que un tercero percibiría una apariencia evidente de falta de imparcialidad¹¹⁰. Además, Argentina afirma que la controversia de Repsol se formalizó a fines del año 2011, antes de que hubieran concluido las deliberaciones y la redacción del Laudo en el presente caso¹¹¹.
94. En cualquier caso, Argentina sostiene que, dado el asesoramiento que el Profesor Remón y su estudio jurídico le brindaron a Repsol durante las deliberaciones, y dado el hecho de que durante ese tiempo Repsol planeaba e implementaba una estrategia jurídica contra Argentina, la fecha en la cual se formalizó la controversia era prácticamente irrelevante¹¹².

¹⁰⁶ *Vivendi II*, nota 102, *supra*, párr. 235.

¹⁰⁷ Véase párr. 77, *supra*.

¹⁰⁸ Memorial, párr. 57.

¹⁰⁹ Memorial, párr. 66.

¹¹⁰ Réplica, párr. 30.

¹¹¹ Réplica, párr. 34.

¹¹² Réplica, párrs. 35; 38.

Asimismo, la obligación de imparcialidad e independencia del Profesor Remón no terminaba cuando el Tribunal concluyera con sus deliberaciones y la redacción, sino cuando se emitiera efectivamente el Laudo, lo que ocurrió sólo después de la revelación¹¹³.

2. Las Demandantes

a. General

95. Las Demandantes no están de acuerdo con Argentina respecto del papel y las facultades de un comité *ad hoc* confrontado con el argumento de que un miembro, o miembros, de un tribunal carecía/n de las cualidades necesarias de independencia e imparcialidad. En su opinión, los Artículos 57 y 58 del Convenio CIADI, conjuntamente con la Regla 9 de las Reglas de Arbitraje, exigen que toda recusación de un árbitro se realice oportunamente (de otro modo se considerará que se ha renunciado a ella, en virtud de la Regla 27 de las Reglas de Arbitraje) y que se realice a los miembros restantes del tribunal (o, en determinadas circunstancias al Presidente del Consejo Administrativo del CIADI). Aunque las Demandantes aceptan que, si los hechos sobre los cuales se funda una recusación no salen a la luz hasta después de que haya cerrado el procedimiento, el recurso a este procedimiento es imposible y por lo tanto, la cuestión puede presentarse ante el comité *ad hoc*, sostienen que la única causal sobre la cual puede pretenderse la anulación es aquella de un quebrantamiento grave de normas del procedimiento (Artículo 52(1)(d) del Convenio CIADI). Las Demandantes niegan que el Artículo 52(1)(a) sea relevante, ya que la referencia a que se haya “constituido correctamente” el tribunal se refiere a si se han seguido los procedimientos correctos para la designación de los árbitros, no si los árbitros cumplen con los requisitos de independencia en virtud del Artículo 14(1) del Convenio CIADI¹¹⁴.
96. Asimismo, cuando una recusación fue realizada a los miembros restantes del tribunal y fue rechazada por estos, las Demandantes sostienen que el papel de un comité *ad hoc* es inclusive más limitado. Inicialmente, las Demandantes alegaron que, en tal caso, no queda abierto a la parte perjudicada plantear la cuestión en los procedimientos de anulación en tanto la anulación se encuentra disponible sólo con respecto al propio laudo y no respecto de

¹¹³ Réplica, párr. 36.

¹¹⁴ Transcripción, págs. 157-158.

una decisión separada sobre recusación¹¹⁵. En este respecto, las Demandantes hacen referencia a la decisión del comité *ad hoc* en el caso *Azurix*¹¹⁶. El Comité en *Azurix* sostuvo que el Artículo 52(1)(a) del Convenio CIADI sólo se refería al procedimiento para la designación de árbitros y no a si se cumplían los requisitos del Artículo 14(1) del Convenio. Concluyó que “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”¹¹⁷.

97. Durante la audiencia, en alguna medida las Demandantes rechazaron esta posición. Ahora aceptan que un comité *ad hoc* puede revisar la cuestión de si un árbitro cumplió con los requisitos del Artículo 14(1) del Convenio CIADI en un caso en el cual la conclusión de los miembros restantes del tribunal de que un árbitro cumplió efectivamente con esos requisitos es tan insostenible que ninguna persona razonable podría haber arribado a dicha conclusión¹¹⁸. Sin embargo, las Demandantes consideran que el comité no puede enfocar la cuestión *de novo*, que está obligado por las determinaciones fácticas del responsable original (es decir, los miembros restantes del tribunal o el Presidente del Consejo Administrativo) y que debería diferir las determinaciones jurídicas de ese organismo¹¹⁹. Según las Demandantes, la decisión en *Vivendi II*, lejos de respaldar el caso de Argentina, simplemente sirve para demostrar la altísima carga para recusar a un árbitro en un procedimiento de anulación¹²⁰. Es necesario que la parte que pretende la anulación demuestre que existió una falta manifiesta de las cualidades exigidas por el Artículo 14(1) del Convenio CIADI y que la falta de independencia e imparcialidad del árbitro tuvo un efecto material en el resultado del procedimiento¹²¹. Las Demandantes sostienen asimismo que la carga de la prueba le corresponde a la parte que impugna un laudo y que, en caso de duda, existe una presunción en favor de la validez de un laudo¹²². Por último, las Demandantes sostienen que incluso cuando se establece una causal de anulación, un comité posee discrecionalidad para anular o no el laudo y que, en el presente caso, la duración del

¹¹⁵ Memorial de Contestación, párrs. 25-27; Dúplica, párr. 6.

¹¹⁶ *Azurix Corporation c. República Argentina* (Caso CIADI N.º ARB/01/12), Decisión sobre Anulación de fecha 1 de septiembre de 2009 (“*Azurix*”).

¹¹⁷ *Ibid.*, párr. 280

¹¹⁸ Transcripción, págs. 166-167 y 296-297.

¹¹⁹ Transcripción, pág. 164.

¹²⁰ Memorial de Contestación, párr. 49.

¹²¹ Dúplica, párr. 16.

¹²² Transcripción, págs. 122-123.

procedimiento y la dificultad que la anulación le ocasionaría a la Demandante sugieren que sería adecuado para el Comité ejercer su discrecionalidad para no anular el laudo incluso si concluye que se ha establecido una de las causales de anulación¹²³.

b. Profesora Kaufmann-Kohler

98. Con respecto a la Profesora Kaufmann-Kohler, las Demandantes sostienen que “como la aseveración de hecho en la cual se funda esta afirmación fue rechazada de lleno por la autoridad facultada para decidir sobre ello, las pretensiones de anulación formuladas por Argentina deben ser desestimadas por ser un intento de apelación no permisible”¹²⁴. Las Demandantes señalan las conclusiones de la Decisión sobre la Recusación de que los vínculos entre la participación de la Profesora Kaufmann-Kohler en el Directorio de UBS y EDFI eran mínimos e indirectos y de que no existía fundamento probatorio alguno para sostener que esos vínculos habrían afectado el enfoque del caso por parte de la Profesora Kaufmann-Kohler. Las Demandantes hacen hincapié en que la prueba de apariencia de parcialidad es una prueba objetiva; no es suficiente que una parte asevere que considera que existe una apariencia de parcialidad; es necesario establecer que una persona razonable en posesión de la totalidad de los hechos concluiría que existía una probabilidad razonable de parcialidad.
99. Las Demandantes niegan que el análisis en la Decisión sobre la Recusación sea en modo alguno insostenible. Señalan el hecho de que los miembros restantes del tribunal en *Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona SA e InterAguas Servicios Integrales del Agua SA c. República Argentina* (Caso CIADI N.º ARB/03/17) y *Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona SA y Vivendi Universal SA c. República Argentina* (Caso CIADI N.º ARB/03/19), decisión de fecha 12 de mayo de 2008 (“*Suez II*”), confrontados con una recusación a la Profesora Kaufmann-Kohler en base a su membresía en el Directorio de UBS, rechazaron esa recusación por causales muy similares a aquellas en la Decisión sobre la Recusación en el presente caso. Según las Demandantes, el hecho de que otro tribunal arribara a la misma conclusión sobre hechos íntimamente similares constituye una indicación poderosa de que la decisión en el presente caso no era irrazonable.

¹²³ Transcripción, págs. 124-125.

¹²⁴ Memorial de Contestación, párr. 42.

100. Las Demandantes distinguen a *Vivendi II* en base a que los vínculos entre UBS y Vivendi eran más estrechos que los vínculos que se invocan en el presente caso. Enfatizan asimismo que, en cualquier caso, el Comité en *Vivendi II* no anuló el laudo en ese caso. En este contexto, las Demandantes señalan el peso considerable que el Comité en *Vivendi II* le asignó al hecho de que el laudo en ese caso fuera unánime y destacan que lo mismo es cierto del Laudo en el presente procedimiento.
101. Por último, las Demandantes respaldan la conclusión de los miembros restantes del Tribunal de que la omisión de revelar la designación de la Profesora Kaufmann-Kohler al Directorio de UBS no constituía una causal de anulación del Laudo y señalan el hecho de que la decisión en *Suez II* produjo los mismos efectos.

c. Profesor Remón

102. Según las Demandantes, la recusación del Profesor Remón por parte de Argentina simplemente invoca el Artículo 52 del Convenio CIADI como fundamento para pretender la anulación pero no sustenta su reclamo; Argentina le solicita al Tribunal que suponga determinados hechos que supuestamente prueban la falta de imparcialidad del Profesor Remón¹²⁵.
103. Las Demandantes alegan que incluso en la discusión limitada proporcionada por Argentina, las circunstancias en torno a la revelación del Profesor Remón no justifica la anulación¹²⁶. La redacción del Laudo se había concluido mucho antes del día 16 de abril de 2012 cuando los medios informaron la intención del Gobierno argentino de expropiar la participación que Repsol tenía en la compañía argentina YPF. El día 18 de abril de 2012, el Profesor Remón envió su revelación a las partes¹²⁷. El día 27 de abril de 2012, Argentina solicitó la renuncia del Profesor Remón¹²⁸. El día 11 de mayo de 2012, el Profesor Remón respondió a los comentarios de las partes y les informó la culminación de las deliberaciones y la redacción del Laudo varias semanas antes del anuncio de la expropiación¹²⁹, algo que fuera confirmado por la Profesora Kaufmann-Kohler en una carta que enviara al Tribunal en la

¹²⁵ Memorial de Contestación, párrs. 64-66; Dúplica, párr. 32.

¹²⁶ Memorial de Contestación, párr. 69.

¹²⁷ RA 531.

¹²⁸ RA 532.

¹²⁹ RA 533.

misma fecha¹³⁰. El Laudo fue suscripto después de ello por los tres miembros del Tribunal¹³¹. Según las Demandantes, incluso si existiese un conflicto de intereses, lo que niegan, dicho conflicto no podría haber tenido un efecto material en el resultado¹³².

104. En lo que se refiere al argumento de Argentina de que el requisito de que un árbitro sea independiente e imparcial existe hasta tanto se emita el laudo, las Demandantes rebaten que ellas y el Profesor Remón nunca sugirieron lo contrario. En efecto, el Profesor Remón afirmó en su carta que se abstendría de participar en la cuestión de Repsol mientras estuviese en curso el procedimiento¹³³.
105. Las Demandantes afirman que si, tal como alega Argentina, el caso fuera que el conflicto se materializó en el año 2011, Argentina debería haberlo planteado en ese momento. Al no hacerlo, Argentina renunció a su derecho de impugnar el Laudo sobre la base de un presunto conflicto de intereses que ya había surgido antes de que se perfeccionara el Laudo¹³⁴.
106. En cualquier caso, las Demandantes alegan que Argentina no ha alcanzado el elevado umbral para que se garantice la anulación en este caso. En efecto, el Profesor Remón aseveró que no asumiría la representación de Repsol mientras estuviera en curso el presente arbitraje. En contraposición a lo que sugiere Argentina, esta declaración no constituyó una admisión de que el Profesor Remón se convertiría en opositor a Argentina tan pronto como terminara este caso. Además, las Directrices de la IBA sobre Conflicto de Intereses no imponen la obligación de independencia e imparcialidad una vez que haya concluido el arbitraje y el tribunal devenga *functus officio*¹³⁵. Por último, las Demandantes resaltan una vez más el hecho de que el Laudo fue emitido en forma unánime¹³⁶.

¹³⁰ AC 16.

¹³¹ Memorial de Contestación, párrs. 70, 71, 73; Dúplica, párr. 31.

¹³² Memorial de Contestación, párr. 74; Dúplica, párrs. 30, 43.

¹³³ Dúplica, párr. 34.

¹³⁴ Dúplica, párrs. 36-37.

¹³⁵ Dúplica, párr. 42.

¹³⁶ Dúplica, párr. 44.

D. La decisión del Comité

1. El marco legal

a. Artículo 14(1) del Convenio

107. El Artículo 14(1) del Convenio establece las cualidades que deben reunir los miembros de tribunales arbitrales CIADI, a saber:

Las personas designadas para figurar en las Listas deberán gozar de amplia consideración moral, tener reconocida competencia en el campo del Derecho, del comercio, de la industria o de las finanzas e *inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio*. La competencia en el campo del Derecho será circunstancia particularmente relevante para las personas designadas en la Lista de Árbitros. (Énfasis agregado)

Si bien dicha disposición se ocupa de las cualidades requeridas de las personas designadas para formar parte de la Lista de Árbitros¹³⁷ que mantiene el CIADI conforme a los Artículos 12 y 13 del convenio, el Artículo 40(2) exige que “[t]odo árbitro que no sea nombrado de la Lista de Árbitros deberá reunir las cualidades expresadas en el apartado (1) del Artículo 14”.

108. Existe una diferencia entre los textos en español y en inglés del Artículo 14(1). Mientras el texto en inglés hace referencia a personas que “may be relied upon to exercise independent judgment”, la versión en español habla de personas que deberán “inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio”. Puesto que el Convenio tiene la misma validez en sus tres versiones (inglés, francés y español¹³⁸), en la práctica suele exigirse que los árbitros demuestren que son capaces de formular un juicio independiente e inspiren plena confianza en su imparcialidad de juicio¹³⁹. Si bien los conceptos de imparcialidad e independencia se

¹³⁷ El Artículo 14(1) también resulta de aplicación para personas designadas para integrar la Lista de Conciliadores.

¹³⁸ El texto en francés requiere a las personas que “offrir toute garantie d’indépendance dans l’exercice de leurs fonctions” y es, en esencia, idéntico al inglés.

¹³⁹ Véase *Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona SA e InterAguas Servicios Integrales del Agua SA c. La República Argentina* (Caso CIADI N.º ARB/03/17) y *Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona SA y Vivendi Universal SA c. La República Argentina* (Caso CIADI N.º ARB/03/19), decisión de los árbitros no recusados de 22 de octubre de 2007 (“*Suez I*”), párr. 28; *Blue Bank*, nota 97, *supra*, párr. 58; y *Burlington Resources Inc. c. Ecuador* (Caso CIADI N.º ARB/08/05), decisión del Presidente de 13 de diciembre de 2013, párr. 65 (“*Burlington*”).

han considerado sinónimos en reiteradas ocasiones¹⁴⁰, el Comité opina que, aunque están relacionados, son distintos. Según se señaló en una decisión reciente:

La imparcialidad se refiere a la inexistencia de una parcialidad o predisposición favorable hacia alguna de las partes. La independencia se caracteriza por la inexistencia de control externo. Tanto la independencia como la imparcialidad ‘protegen a las partes ante la posibilidad de que los árbitros estén influenciados por factores distintos a los relacionados con los hechos del caso’¹⁴¹.

109. El Artículo 14(1) no exige probar la existencia de dependencia o parcialidad, sino que basta con establecer su mera apariencia¹⁴². Sin embargo, se trata de una prueba objetiva. Cuando una parte recusa a un árbitro, no alcanza con percibir que el árbitro carece de las cualidades requeridas de independencia e imparcialidad¹⁴³. En los términos de la decisión de *Blue Bank*:

El estándar jurídico aplicable es un ‘estándar objetivo basado en una evaluación razonable de la pruebas por parte de un tercero’ [Traducción del Comité]. En consecuencia, la creencia subjetiva de la parte que solicita la recusación no basta para satisfacer los requisitos del Convenio¹⁴⁴.

110. El estándar de valoración también fue objeto de análisis exhaustivo en la decisión de los dos árbitros restantes sobre la recusación de un árbitro en *SGS c. Pakistán*:

El estándar de valoración de una recusación, que establece el Artículo 57 del Convenio, consta de dos elementos: (a) debe haber uno o varios hechos (b) que, por su naturaleza, indiquen una ‘carencia manifiesta de las cualidades exigidas por’ el apartado (1) del Artículo 14. La parte que recusa a un árbitro debe demostrar una serie de hechos cuya índole o naturaleza permita inferir que la persona recusada claramente no inspira confianza en su imparcialidad de juicio en el caso específico en que se efectúa la recusación. El primer requisito de que la parte que propone la recusación sea la que demuestre los hechos significa, en realidad, que la mera especulación o inferencia no puede sustituir tales hechos. El segundo requisito, desde luego, consiste en una inferencia, la cual debe fundarse o anclarse en los hechos que han quedado demostrados.

¹⁴⁰ Véase, por ejemplo, *Urbaser SA c. La República Argentina* (Caso CIADI N.º ARB/07/26), decisión de los árbitros no recusados de 12 de agosto de 2010, párr. 38 (*Urbaser*”).

¹⁴¹ *Blue Bank*, párr. 59. Véase también *Suez I*, nota 139, *supra*, párr. 29; y *Burlington*, nota 139, *supra*, párr. 66.

¹⁴² *Blue Bank*, párr. 59.

¹⁴³ Véase, por ejemplo, la decisión de los miembros no recusados del Comité *ad hoc* en relación con la recusación del Presidente de ese Comité en *Vivendi I*, nota 70, *supra*, párr. 25, y *Suez I*, nota 139, *supra*, párr. 41.

¹⁴⁴ *Blue Bank*, nota 97, *supra*, párr. 60, con cita de *Suez I*, nota 139, *supra*, párr. 39.

Conforme al Artículo 57 del Convenio, ningún árbitro puede ser recusado sobre la base de inferencias a su vez fundadas en otras inferencias¹⁴⁵ [Traducción del Comité].

111. Las partes del presente caso estuvieron de acuerdo sobre este estándar. Al responder una pregunta que formuló un Miembro del Comité en la audiencia, las Demandantes sostuvieron que la decisión de *Blue Bank* y otras decisiones recientes hicieron más hincapié en la recusación por apariencia de parcialidad, en relación con decisiones anteriores, y sugirieron que sería injusto aplicar el mismo criterio a una evaluación de la decisión sobre la recusación de la Profesora Kaufmann-Kohler (de lo que se ocupará el Comité en breve)¹⁴⁶. Sin embargo, el Comité entiende que las Demandantes no sugieren que la afirmación que *Blue Bank* citó en el párrafo 109 *supra* es incorrecta. Al contrario, las Demandantes aceptaron expresamente que “el concepto de que un árbitro no sólo debería ir en pro de la justicia sino dar la apariencia de hacerlo es algo que es una noción de vieja data”¹⁴⁷. El Comité considera que las Demandantes aceptaron que el estándar aplicable es el descrito *supra* pero cuestionó ciertas aplicaciones recientes de ese estándar. Según el Comité, el estándar aplicado conforme al Artículo 14(1) es la cuestión que consiste en determinar si un tercero razonable, con conocimiento de todos los hechos, consideraría que existen motivos suficientes para dudar de si el árbitro reunía las cualidades requeridas de independencia e imparcialidad.

b. Los mecanismos del Convenio para recusar a un árbitro

112. Además de especificar las cualidades que debe reunir el árbitro, el Convenio establece una serie de mecanismos mediante los cuales cualquiera de las partes puede recusar a un árbitro si considera que es probable que carezca de una o varias de esas cualidades. El Artículo 57 del Convenio dispone, en sus partes pertinentes, que:

Cualquiera 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.

Esa disposición se debe leer junto con el Artículo 58, que establece lo siguiente:

¹⁴⁵ *SGS Société Générale SA c. República Islámica de Paquistán* (Caso CIADI N.º ARB/01/13), Decisión sobre recusación de un árbitro de 19 de diciembre de 2002, 8 Informes CIADI 402 (“SGS”).

¹⁴⁶ Transcripción, págs. 190-1 (Di Rosa).

¹⁴⁷ Transcripción, págs. 190 (Di Rosa).

La decisión sobre la recusación de un conciliador o árbitro se adoptará por los demás miembros de la Comisión o Tribunal, según los casos, pero, si hubiere empate de votos o se tratare de recusación de un conciliador o árbitro único, o de la mayoría de los miembros de una Comisión o Tribunal, corresponderá resolver al Presidente. Si la recusación fuere estimada, el conciliador o árbitro afectado deberá ser sustituido en la forma prescrita en la Sección 2 del Capítulo III y Sección 2 del Capítulo IV.

113. Al respecto, hay varios puntos que deben tenerse en cuenta. En primer lugar, estas disposiciones dejan en claro que la decisión de recusar a un árbitro por incumplimiento de los requisitos del apartado (1) del Artículo 14 recae, por lo general, en los dos miembros restantes del Tribunal, a la vez que establecen un responsable por defecto, el Presidente del Banco Mundial en calidad de Presidente del Consejo Administrativo del CIADI¹⁴⁸, para resolver esta cuestión en los casos especificados en el Artículo 58.
114. En segundo lugar, dado que sólo puede adoptar una decisión un tribunal debidamente constituido, la recusación sólo se puede proponer en virtud del Artículo 57 una vez constituido el tribunal del caso. Por otra parte, la Regla 9(1) de las Reglas de Arbitraje dispone explícitamente que toda propuesta en virtud del Artículo 57 debe presentarse antes de que se declare el cierre del procedimiento.
115. En tercer lugar, el mecanismo creado por los Artículos 57 y 58 está claramente diseñado para garantizar la rápida resolución de la recusación antes de que proceda el caso. El énfasis en la rápida resolución queda confirmado por medio de las Reglas de Arbitraje. La Regla 9 dispone que “[l]a parte que proponga la recusación de un árbitro de conformidad con el Artículo 57 del Convenio presentará su propuesta al Secretario General sin demora y en todo caso antes que se cierre el procedimiento”. Si la parte no presenta su propuesta dentro de un tiempo razonable de tomar conocimiento de las circunstancias que, según ella, darían lugar a recusación, se considerará que dicha parte renunció, de acuerdo con la Regla 27, a su derecho a recusar al árbitro¹⁴⁹.
116. Por último, el Artículo 57 requiere expresamente que la propuesta de recusación se base en hechos que indiquen una carencia manifiesta de las cualidades exigidas por el apartado (1) del Artículo 14 del Convenio CIADI. El término “manifiesto” no se encuentra definido en

¹⁴⁸ Convenio CIADI, Artículo 5.

¹⁴⁹ Véase, por ejemplo, *Suez I*, nota 139, *supra*, párrs. 23-26.

el Artículo 57. Como explicara Schreuer en su obra *Commentary*, la jurisprudencia sobre el significado del mismo término en el Artículo 52(1)(b) (anulación fundada en el hecho de que “el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades”) no siempre fue coherente: algunas veces se utilizó el término en referencia a la facilidad con la que puede percibirse el error y, otras, en relación con la gravedad del error¹⁵⁰. Sin embargo, en el contexto del Artículo 57, la idea predominante es que “manifiesto” significa “evidente” u “obvio” y que, en palabras del tribunal de *Blue Bank*, “se relaciona con la facilidad con que puede percibirse la supuesta carencia de cualidades”¹⁵¹ [Traducción del Comité]. En el caso que nos ocupa, ambas Partes adoptaron este enfoque y el Comité concuerda que representa la interpretación correcta del Artículo 57.

c. El rol de un Comité ad hoc

117. Dado que los Artículos 57 y 58 establecen los mecanismos para tratar las recusaciones de árbitros, la siguiente cuestión que debe considerarse es si existe algún rol para un comité *ad hoc* o, en otras palabras, si el hecho que haya motivos para dudar si uno o varios miembros de un tribunal reúnen o no las cualidades requeridas por el Artículo 14(1) del Convenio constituye causal de anulación en virtud del Artículo 52.
118. El Comité en *Azurix* consideró que la respuesta era negativa. Dado que el Convenio limitaba estrictamente el rol de la anulación y los Artículos 57 y 58 creaban una serie de mecanismos para la resolución de recusaciones de árbitros, el Comité en *Azurix* concluyó que un comité *ad hoc* se limitaba a analizar si había habido o no quebrantamiento grave de una norma de procedimiento en la manera en que se abordó la recusación¹⁵². Aunque los hechos que supuestamente demostraban la carencia de cualidades de uno de los árbitros se conocieron una vez concluido el procedimiento y, en consecuencia, no se los pudo tratar conforme a los Artículos 57 y 58, el Comité en *Azurix* consideró que la cuestión no podía constituir causal de anulación sino que sólo podía plantearse a modo de procedimiento para la revisión del laudo en virtud del Artículo 51¹⁵³. En cambio, el Comité en *Vivendi II*, ante la recusación de la Profesora Kaufmann-Kohler por hechos que salieron a la luz una vez

¹⁵⁰ Schreuer, *Commentary*, nota 53, *supra*, Artículo 52, párrs. 134-154.

¹⁵¹ *Blue Bank*, nota 97, *supra*, párr. 61.

¹⁵² *Azurix*, nota 116, *supra*, párr. 280.

¹⁵³ *Azurix*, nota 116, *supra*, párr. 281.

concluido el procedimiento, dejó en claro que dichas cuestiones constituían causal de anulación¹⁵⁴.

119. La invocación como causal de anulación de hechos que sugieran que un árbitro carece de las cualidades exigidas por el Artículo 14(1) del Convenio CIADI depende, en primera instancia, de si esta cuestión se encuadra en cualquiera de las cinco causales de anulación establecidas en el Artículo 52.
120. Según se indicara *supra*, Argentina invocó dos de estas causales. Primero, alega que si existen motivos para creer que uno de los árbitros carece de las cualidades necesarias, entonces el tribunal no se constituyó correctamente (Artículo 52(1)(a)). Segundo, Argentina sostiene que, dado que el derecho a un tribunal independiente e imparcial es una norma básica de procedimiento, si los miembros del tribunal que decide un caso no reúnen los requisitos de independencia e imparcialidad del Artículo 14(1), habría sin duda un quebrantamiento grave de una norma de procedimiento (Artículo 52(1)(d)). Las Demandantes aceptan la posibilidad de anulación en virtud del Artículo 52(1)(d), si bien (al menos, al comienzo) sostenían que esto era cierto sólo cuando los hechos relevantes se conocían después de concluido el procedimiento y, en consecuencia, no podían analizarse de acuerdo con los Artículos 57 y 58. Sin embargo, al igual que el Comité en *Azurix*, cuestionan la relevancia del Artículo 52(1)(a) al alegar que se limita a casos en los que no se siguió el procedimiento para la constitución del tribunal, establecido en los Artículos 37-39, y que no dispone que un tribunal no esté correctamente constituido sencillamente porque uno de sus miembros carezca de las cualidades requeridas por el Artículo 14(1). No obstante, las Demandantes sugieren que, en la práctica, da igual si las cualidades del árbitro se consideran relevantes para el párrafo (a) o (d) (o ambos) del Artículo 52(1), ya que el estándar de revisión es el mismo en ambas disposiciones.
121. El Comité está de acuerdo que puede que no haya diferencia en considerar estas cuestiones comprendidas en el párrafo (a) o (d) del Artículo 52(1), pero el asunto fue planteado cabalmente ante el Comité y ha sido objeto de diversas opiniones en la jurisprudencia y la doctrina. Es por eso que analizará la relevancia de ambas disposiciones.

¹⁵⁴ *Vivendi II*, nota 102, *supra*, párr. 232.

122. Es aceptado que el Artículo 52(1)(d) puede aplicarse a casos en que la recusación de un árbitro se abordó conforme a los Artículos 57 y 58 del Convenio de una manera que, en sí, implica un grave quebrantamiento de una norma de procedimiento, por ejemplo, al no permitir a una de las partes presentar su caso. Sin embargo, es muy raro que suceda algo así y en este caso no se planteó ningún alegato de esa índole. El punto más importante, tanto como cuestión de principio general y en relación con este caso, consiste en determinar si el hecho de que uno o varios miembros del tribunal a cargo de un caso no cumplan los requisitos de independencia e imparcialidad conforme al Artículo 14(1) invalida todo el procedimiento.
123. El Artículo 52(1)(d) faculta al comité para anular un laudo ante un quebrantamiento *grave* de una norma *fundamental* (en la versión en inglés) de procedimiento. Es difícil concebir una norma de procedimiento más fundamental que la norma que exige que el tribunal a cargo de resolver un caso sea independiente e imparcial. Por consiguiente, el Comité considera que, en principio, un comité *ad hoc* puede analizar, de acuerdo con el Artículo 52(1)(d), no solo alegaciones sobre un procedimiento defectuoso para la recusación de un árbitro sino, lo que es más importante, alegaciones de que la falta de independencia e imparcialidad de un árbitro significó un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento en el arbitraje en general.
124. En ese contexto, cabe recordar que sólo un laudo puede ser objeto de anulación, no las decisiones anteriores del tribunal (véase párrafo 62 *supra*). Es por eso que un comité *ad hoc* no puede anular las decisiones de los otros miembros de un tribunal en virtud del Artículo 58 para rechazar una propuesta de recusación. La única manera de cuestionar esa decisión en un procedimiento de anulación es si se considera que vicia el laudo posteriormente pronunciado. Toda contemplación del rol del Artículo 52(1)(d) debe tomar eso en cuenta. Si existe la posibilidad de que un laudo se vea viciado por una decisión de recusar o no a un árbitro, adoptada sin cumplir los requisitos procesales aplicables, *a fortiori* el laudo podría verse viciado por el hecho de que el propio laudo fue adoptado por un tribunal cuyos miembros no cumplían los requisitos de imparcialidad e independencia.

125. Por lo tanto, el Comité considera que el hecho de que haya duda razonable acerca de si el árbitro reunía las cualidades de independencia e imparcialidad exigidas por el Artículo 14(1) es causal de anulación del laudo conforme al Artículo 52(1)(d).
126. En cuanto al Artículo 52(1)(a), el Comité considera que las Demandantes realizaron una interpretación bastante estrecha del alcance de dicha disposición. Dicho párrafo permite solicitar la anulación cuando “el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente”, lo cual da a entender que se refiere al cumplimiento de todos los requisitos de la Sección 2 (“Constitución del Tribunal”) del Capítulo IV del Convenio. Una de las disposiciones de esa Sección es el Artículo 40. El Artículo 40(1) dispone que los árbitros nombrados podrán no pertenecer a la Lista de Árbitros que mantiene el CIADI, pero luego el Artículo 40(2) requiere que “[t]odo árbitro que no sea nombrado de la Lista de Árbitros [reúna] las cualidades expresadas en el apartado (1) del Artículo 14”. Esa disposición es obligatoria y es una de las que se relaciona con la constitución del tribunal. Por lo tanto, toda designación de árbitros ajenos a la Lista que no reúnan las cualidades establecidas en el Artículo 14(1) será causa de una constitución incorrecta del tribunal, ya que no se habrán cumplido todos los requisitos de la Sección 2 del Capítulo IV. En el caso de árbitros designados de la Lista de Árbitros, dado que el Artículo 14(1) ya exige que posean las cualidades enunciadas en dicha disposición, se podría razonar que el hecho de que una persona posea o no dichas cualidades tiene relevancia para su designación en la Lista, no para la constitución de un tribunal específico. Sin embargo, la independencia y la imparcialidad no son cualidades cuya existencia pueda analizarse de manera puramente abstracta o general; lo más importante es que el árbitro inspire confianza en cuanto a su independencia e imparcialidad en relación con las partes y las cuestiones planteadas en un determinado arbitraje. En consecuencia, sin perjuicio de que pertenezcan o no a la Lista, los árbitros designados deben reunir dichas cualidades en relación con el caso en cuestión para el que se lo designa. De lo contrario, a criterio del Comité, el tribunal no se habrá constituido correctamente.
127. Por lo tanto, el Comité concluye que el hecho de que un árbitro no reúna las cualidades exigidas por el Artículo 14(1), como se estableció en el párrafo 111 arriba, también constituye una causal de anulación del laudo en virtud del Artículo 52(1)(a).

128. Además, el Comité no considera que la cuestión de si el tribunal se constituyó correcta o incorrectamente sólo pueda responderse al comienzo del procedimiento. Si bien, desde luego, el tribunal debe estar correctamente constituido al comenzar su labor¹⁵⁵, una vez que se acepta que la correcta constitución del tribunal requiere que cada uno de sus miembros cumpla los requisitos del Artículo 14(1), queda claro que, ante cualquier cambio en las circunstancias de un árbitro, un tribunal correctamente constituido al principio puede dejar de estarlo durante el desarrollo del procedimiento.
129. No obstante, queda por definir cómo un comité *ad hoc* cumple la función establecida en el Artículo 52 en relación con alegatos de independencia e imparcialidad de un árbitro. Al respecto, el Comité considera que hay una diferencia importante entre los casos en que la recusación se propone conforme al Artículo 57 y se rechaza en virtud del Artículo 58 y los casos en que no. Esa distinción adquiere particular importancia en el caso que nos ocupa, ya que el caso de anulación de Argentina respecto de su recusación de la Profesora Kaufmann-Kohler recae en la primera categoría, en tanto su caso con respecto al Profesor Remón recae en la segunda.

(1) *El rol del comité ad hoc ante la ausencia de recusación en virtud del Artículo 57*

130. Conviene comenzar por esta segunda categoría. La Regla 9 de las Reglas de Arbitraje requiere que la recusación de un árbitro se proponga “sin demora y, en todo caso, antes de que se cierre el procedimiento”. El Comité no considera que esta redacción impida solicitar la anulación del laudo cuando los hechos en los que se funda la recusación se conocen después de que se declare el cierre del procedimiento. Tal como se explicara en la Parte III *supra*, el comité *ad hoc* es el custodio de la integridad del procedimiento. El Comité ya expresó su opinión de que no existe otra norma de procedimiento más importante que la que establece que los casos deben decidirse por tribunales que deben ser independientes e imparciales, y que no pueden considerarse correctamente constituidos si uno o varios de sus miembros no reúne las cualidades requeridas de independencia e imparcialidad. De esta manera, el Comité no puede interpretar que la Regla 9 impida a las partes plantear esta cuestión en un procedimiento de anulación si no pudieron plantearla antes de concluido el

¹⁵⁵ En este caso, las Partes coincidieron en que el Tribunal había sido constituido de debida forma en su primera sesión, Decisión sobre Jurisdicción, párr. 22.

procedimiento principal. El Comité tomó nota de las opiniones del Comité de *Azurix* (comentado en el párrafo 118, *supra*) de que en tal caso la cuestión debe plantearse en un procedimiento de revisión bajo el Artículo 51 y no de anulación, aunque respetuosamente disiente y prefiere el enfoque del Comité de *Vivendi II* sobre este punto.

131. Sin embargo, el Comité también debe tener en cuenta el requisito de la celeridad de la Regla 9 y la disposición receptada en la Regla 27 que establece:

Si una parte que sabiendo, o debiendo haber sabido, que no se ha observado alguna disposición del Reglamento Administrativo y Financiero, de estas Reglas o de cualquier otra regla o algún acuerdo aplicable al procedimiento, o alguna resolución del Tribunal, y no objeta con prontitud dicho incumplimiento, se considerará, salvo respecto de lo dispuesto en el Artículo 45 del Convenio, que ha renunciado a su derecho a objetar.

Por consiguiente, una parte que conoce o debería haber conocido los hechos que, según alega, pusieron en tela de juicio el hecho de si un árbitro reúne o no las cualidades necesarias de independencia e imparcialidad tiene el deber de plantear la cuestión con prontitud. Si no lo hace, se considerará que renunció a su derecho a objetar. La parte que podría haber planteado la cuestión en virtud de los Artículos 57 y 58 antes de declararse concluso el procedimiento pero no lo hace, no puede plantearla en un procedimiento de anulación. El mecanismo creado por el Convenio CIADI para resolver recusaciones de árbitros no permite a las partes guardarse bajo la manga dicha recusación sólo para plantearla en la etapa de anulación¹⁵⁶. Por lo tanto, la primera tarea del comité *ad hoc* que recibe una solicitud de anulación basada en alegatos sobre la independencia y la imparcialidad de un miembro del tribunal, que no se planteó durante el procedimiento ante el tribunal, es determinar si hubo o no renuncia conforme a la Regla 27.

132. Si el comité concluye que no hubo renuncia, entonces deberá proceder a considerar la solicitud en virtud del Artículo 52(1)(a) y (b). Dado que hasta el momento no hubo análisis de la cuestión en virtud de lo dispuesto en los Artículos 57 y 58, el comité debe necesariamente enfocarse *de novo* en si existen motivos que llevarían a un tercero razonable a dudar de si un miembro del tribunal es lo suficientemente independiente e imparcial (el

¹⁵⁶ Véase *CDC Group c. República de las Seychelles* (Caso CIADI N.º ARB/02/14), Decisión sobre Anulación, 29 de junio de 2005, 11 Informes CIADI. 206, párrs. 51-55 (“*CDC*”). Véase, también, Schreuer, *Commentary*, nota 53, *supra*, Artículo 57, párrs. 11-12 y Artículo 52, párrs. 119-129.

estándar que ya determinó el Comité es el que se aplica conforme al Convenio, véase párr. 108 *supra*). Eso es así en lo que respecta a buscar los hechos relevantes y emitir los dictámenes jurídicos necesarios. La carga de la prueba respecto de toda aseveración incumbe a la parte que realiza dicha aseveración.

133. Las Demandantes sostienen que, aun en caso de concluirse que hubo motivos razonables para dudar de la imparcialidad o independencia de un miembro del tribunal, un comité puede anular sólo si concluye que hubo un efecto importante en el laudo. Al Comité le cuesta aceptar esta proposición, al menos, en los términos utilizados por las Demandantes¹⁵⁷. Ya ha quedado demostrado que la prueba no está en determinar si un árbitro carecía de independencia o imparcialidad, sino establecer si un tercero razonable, con conocimiento de todos los hechos, consideraría estas causales razonables para dudar que un árbitro poseía las cualidades exigidas de independencia e imparcialidad (véase párrs. 109 y 111 *supra*). El Comité resalta que generalmente será difícil demostrar cómo dudas razonables sobre la independencia e imparcialidad de un árbitro, a diferencia de parcialidad real o falta de independencia, tuvo un efecto material sobre el laudo. Incluso en el caso de parcialidad real o falta de independencia, aún puede ser difícil establecer que un efecto de esa naturaleza existía por la confidencialidad de las deliberaciones.
134. No obstante, en ciertos casos, se puede determinar que, aunque fueran válidas las dudas sobre el árbitro—en otras palabras, si el árbitro efectivamente carecía de imparcialidad o independencia—, el laudo no podría haberse visto afectado. Esto es lo que ocurriría, por ejemplo, cuando los hechos que afectan la falta de independencia o imparcialidad del árbitro se producen una vez redactado el laudo definitivo, pero antes de su pronunciamiento. Si bien el Comité está de acuerdo con Argentina que el deber de independencia e imparcialidad subsiste durante todo el procedimiento hasta el pronunciamiento del laudo, considera que si el árbitro deja de ser independiente o imparcial después de la redacción del laudo definitivo, esa carencia de cualidades no podría haber afectado el laudo y, en consecuencia, no sería causal de anulación. En síntesis, la parte que solicita la anulación no está obligada a demostrar que la falta de imparcialidad o independencia *sí* tuvo un efecto sustancial en el laudo, pero debe demostrar que *podría* haberlo tenido.

¹⁵⁷ Véase, por ejemplo, Transcripción, pág. 298.

135. En ese contexto, se debe considerar otro de los argumentos que presentaron las Demandantes, según el cual la falta de imparcialidad o independencia de un árbitro no podría haber afectado el laudo si este fue unánime. Ese argumento recibe un grado de apoyo de parte de la decisión del Comité de *Vivendi II*, dado que uno de los fundamentos que dio al negarse a anular el laudo fue que el tribunal había sido unánime. El Comité no considera que ese factor haya sido decisivo. El principal fundamento que dio el Comité de *Vivendi II* respecto de su decisión fue que la Profesora Kaufmann-Kohler tomó conocimiento de los vínculos entre UBS y las empresas demandantes en ese caso recién después de dictado el laudo (una consideración que no se aplica en este caso). Ninguna disposición de la decisión del Comité de *Vivendi II* sugiere que este considerara que la adopción unánime de un laudo significa que las dudas sobre la independencia o imparcialidad de uno de los miembros del tribunal nunca serían causal de anulación. El presente Comité no considera que una proposición tan amplia sea correcta. Es imposible determinar el grado de influencia que podría tener un árbitro en uno o ambos colegas durante las deliberaciones cuya naturaleza resulta necesariamente confidencial. El hecho de que un laudo se adopte de forma unánime puede ser relevante en relación con el ejercicio de la discreción de no anular un laudo, pero el Comité no acepta que esa unanimidad necesariamente imposibilite la anulación.
136. Por consiguiente, si se solicita la anulación porque existen motivos suficientes para dudar de la independencia o imparcialidad de uno de los árbitros y no se propuso su recusación antes de declararse concluso el procedimiento, el rol del comité *ad hoc* es resolver las siguientes cuestiones:
- (a) ¿Hubo renuncia al derecho de plantear esta cuestión porque la parte en cuestión no lo hizo con la celeridad suficiente?
 - (b) En caso negativo, ¿la parte que solicita la anulación demostró los hechos cuya existencia llevaría a una persona razonable, con conocimiento de todos los hechos, a considerar que hubo motivos suficientes para dudar si el árbitro reunía las cualidades necesarias de independencia e imparcialidad?; y
 - (c) En ese caso, ¿podría la falta de imparcialidad o independencia de ese árbitro—suponiendo a estos efectos que las dudas son válidas—haber tenido un efecto sustancial en el laudo?

Con respecto a cada pregunta, el comité debe abordar la cuestión *de novo*.

(2) *El rol del comité ad hoc ante la desestimación de una propuesta de recusación en virtud del Artículo 57*

137. Pasamos entonces a considerar la otra categoría de caso, cuando la parte que solicita la anulación había propuesto la recusación del árbitro durante el procedimiento pero los otros miembros del tribunal (o el Presidente del Consejo Administrativo en los casos que contempla el Artículo 58) interviniente en virtud del Artículo 58 del Convenio CIADI había desestimado la propuesta. En este caso, cambia todo el contexto procesal. Hay un expediente con pruebas que consideran los otros miembros del tribunal (o el Presidente), cuya decisión contendrá conclusiones sobre cuestiones de hecho, como también determinaciones sobre las cuestiones jurídicas resultantes de los hechos probados. Por lo tanto, la cuestión consiste en determinar qué relación existe entre esas conclusiones y determinaciones del responsable enunciado en el Artículo 58 y el rol del comité *ad hoc* en la etapa de anulación.
138. Sobre este punto, hay un notable desacuerdo entre las Partes. Argentina alega que el rol del comité *ad hoc* es el mismo que si no se hubiera propuesto recusación, es decir, analizar las cuestiones *de novo* y adoptar una decisión. Las Demandantes, por otro lado, sostienen (véase párrs. 96 a 97 *supra*) que el rol del comité es evaluar si la decisión en virtud del Artículo 58 es defendible o no, es decir, si se trata de una decisión que podría haber tomado cualquier persona razonable. Según las Demandantes, el comité no puede reconsiderar los hechos o sustituir su propia opinión por la del organismo al que se encomendó tomar la decisión conforme al Artículo 58.
139. Con respecto a esta cuestión, el Comité considera que hay dos puntos que cabe destacar. En primer lugar, los redactores del Convenio CIADI consideraron que las recusaciones por falta de independencia o imparcialidad de un árbitro deberían ser tratadas por los otros miembros del tribunal (o el Presidente del Consejo Administrativo) y abordarse con prontitud para que el caso pueda continuar. En este contexto, el Comité advierte que el Comité de *Vivendi II* aparentemente aceptó la sugerencia de que los árbitros convocados para resolver la recusación de otro miembro de su tribunal podrían verse más inclinados que un comité *ad*

hoc a elevar el parámetro para la recusación¹⁵⁸. Esa observación por parte del Comité de *Vivendi II* se basó en las pruebas del Profesor Mistelis que, tal como ya ha advertido el Comité (párr. 89 y nota al pie 103 *supra*), no forman parte del expediente de este procedimiento y, en consecuencia, no pueden tomarse en cuenta. No obstante, incluso si el Comité contara con pruebas de dicha tendencia de los árbitros, ello no quita el hecho de que el Convenio CIADI encomienda las decisiones sobre propuestas de recusación de árbitros a los otros miembros del tribunal (salvo, como ya se explicó, cuando el Presidente del Consejo Administrativo actúa como responsable por defecto de dichas decisiones). El comité *ad hoc* debe respetar esa elección y trabajar dentro del marco establecido por el Convenio.

140. En segundo lugar, sin embargo, el Convenio CIADI también crea el comité *ad hoc* como custodio de la integridad del procedimiento arbitral (véase párr. 65 *supra*). Según indicara el Comité, la independencia e imparcialidad de los miembros del tribunal es una cuestión íntimamente ligada a la integridad del procedimiento arbitral. Dicho esto, la pregunta es: ¿cómo debería actuar un comité *ad hoc* para respetar estas dos consideraciones fundamentales?
141. El Comité señala que la segunda consideración debe llevarlo a rechazar el enfoque del Comité de *Azurix*, es decir, que el único rol del comité *ad hoc* en la recusación de un árbitro, considerada por los demás miembros del tribunal en virtud de los Artículos 57 y 58 del Convenio, es analizar si hubo quebrantamiento grave de alguna norma de procedimiento en cómo los demás miembros atendieron la propuesta de recusación. El Comité considera que dicho enfoque es incompatible con el deber del comité *ad hoc* de salvaguardar la integridad del procedimiento arbitral. Es por eso que rechaza la postura inicialmente adoptada por las Demandantes respecto de este tema, a la vez que advierte, como ya lo hizo, que las Demandantes se retractaron de esa postura en la audiencia (véase párr. 97, *supra*).
142. El Comité tampoco puede aceptar que, como sugirió Argentina, el comité *ad hoc* deba abordar la cuestión de la independencia e imparcialidad de los árbitros *de novo*, ignorando el resultado del procedimiento en virtud de los Artículos 57 y 58. Esto sería incompatible con el esquema de resolución de recusaciones de árbitros que diseñaron los redactores del

¹⁵⁸ *Vivendi II*, nota 102, *supra*, párrs. 208-210.

Convenio CIADI. Ese esquema tiene por objeto resolver tales recusaciones con prontitud, lo antes posible durante el procedimiento, de modo que las partes no tengan que invertir tiempo y dinero en obtener un laudo definitivo del tribunal antes de decidirse que el tribunal—tal como esté constituido—se encuentra autorizado para resolver el caso. En cambio, la remisión a un comité *ad hoc* sólo es posible una vez que el tribunal dicta el laudo definitivo. Durante las negociaciones del Convenio CIADI, se rechazó la propuesta de otorgar a las partes derecho de recuso inmediato a un comité *ad hoc* una vez que el tribunal decide que se constituyó correctamente, sin tener que esperar el laudo¹⁵⁹. Sería totalmente contrario al esquema de resolución anticipada de recusaciones permitir a la parte que no logró recusar a un árbitro al principio del procedimiento plantear la misma recusación *de novo* ante un comité *ad hoc* después de lo que probablemente fue un procedimiento extenso y costoso sobre el fondo. En efecto, el procedimiento en virtud de los Artículos 57 y 58 no serviría para nada, salvo para garantizar que no se renuncie al derecho de recusación de árbitros; sería como si nunca hubiera tenido lugar ese procedimiento.

143. Por otra parte, cabe recordar que el procedimiento de anulación no es una apelación (véase Parte III *supra*). El rol del comité *ad hoc* en un procedimiento de anulación de laudo no es determinar si las decisiones del tribunal fueron correctas, sino que es un rol de supervisión limitado a determinar si se presenta o no alguna causal de anulación. El hecho de que las preguntas acerca de si un miembro del tribunal que dictó el laudo poseía o no las cualidades necesarias de independencia e imparcialidad sean de suma importancia no altera la relación entre el rol del comité *ad hoc* y el rol del organismo al que se encomendó la decisión original. El interrogante que consiste en determinar si el tribunal excedió los límites de su jurisdicción también es igualmente importante. Así como el Artículo 57 delega las decisiones sobre recusaciones de árbitros a los demás miembros del tribunal (o al Presidente del Consejo Administrativo), el Artículo 41 faculta al tribunal a resolver las recusaciones en relación con su competencia. No obstante, los comités *ad hoc* se negaron a considerar anulable todo error jurisdiccional o tratar las solicitudes de anulación basadas en errores jurisdiccionales como si fueran apelaciones¹⁶⁰.

¹⁵⁹ *Documentos relativos al origen y a la formulación del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados*, vol. II, págs. 851-853.

¹⁶⁰ *Soufraki*, párr. 118.

144. En síntesis, el rol del comité *ad hoc* no consiste en determinar si el árbitro reúne o no las cualidades necesarias de independencia e imparcialidad; los Artículos 57 y 58 delegan esa función a los demás miembros del tribunal o al Presidente del Consejo Administrativo. Sólo si es la primera vez que se plantea la cuestión una vez concluido el procedimiento, el comité *ad hoc* se convierte en el primer responsable de resolver este asunto.
145. Por lo tanto, el Comité considera que su rol ante una solicitud de anulación basada en la supuesta falta de independencia o imparcialidad de un árbitro es más limitado en un caso en que los demás miembros del tribunal, o el Presidente del Consejo Administrativo, ya resolvieron si el árbitro debe recusarse que en un caso en que la cuestión de independencia o imparcialidad recién se plantea después de concluido el procedimiento. En el primer tipo de caso, el comité *ad hoc* no empieza desde cero: se encuentra con conclusiones de hecho y análisis de dichos hechos, así como con la aplicación de la ley a esos hechos. Si bien el comité no está obligado a mantener la decisión de los otros miembros del tribunal (o del Presidente del Consejo Administrativo), tampoco puede ignorarla. Se limita a los hechos volcados en la decisión original sobre recusación. Además, en línea con el principio de que el comité *ad hoc* no es un órgano de apelación, es probable que no encuentre una causal de anulación en virtud del Artículo 52(1)(a) o 52(1)(d), a menos que la decisión de no recusar al árbitro en cuestión sea tan irrazonable que ninguna persona razonable podría haberla tomado.
146. Conforme a este marco jurídico, el Comité consideró la solicitud de anulación de Argentina basada en la supuesta falta de las cualidades necesarias de independencia e imparcialidad por parte de la Profesora Kaufmann-Kohler y del Profesor Remón.

2. La Profesora Kaufmann-Kohler

147. Los hechos en los que Argentina funda su reclamo de que la Profesora Kaufmann-Kohler carecía de las cualidades necesarias de independencia e imparcialidad se exponen en los párrs. 76 a 82, *supra*. No están controvertidos. Las causales del reclamos de Argentina ante el Comité son las mismas que se adujeron (véase párr. 81 *supra*) ante los demás miembros

del Tribunal¹⁶¹. La Decisión de Recusación por parte de los demás miembros, tras analizar los hechos y el procedimiento mediante el cual se abordó la impugnación de Argentina, mencionó que la prueba relevante consistió en “si la Profesora Kaufmann-Kohler ‘inspir[a] plena confianza en su imparcialidad de criterio’” y que “[s]i existen dudas razonables a ese respecto, dicha persona debe dejar de participar en estas actuaciones”¹⁶². Tal como se advirtiera en los párrs. 81 a 82 *supra*, los Profesores Park y Remón concluyeron que la posición de la Profesora Kaufmann-Kohler como directora no ejecutiva de UBS no le confería interés financiero alguno en ninguna de las compañías Demandantes, y un laudo favorable a éstas no la beneficiaría en ninguna medida¹⁶³. Asimismo, tildaron de “remota, tenue y especulativa” la sugerencia de que, aunque no tuviera en vista obtener ningún beneficio financiero, la Profesora Kaufmann-Kohler podría beneficiar a EDFI por una cuestión de solidaridad con UBS.

148. Los Profesores Park y Remón analizaron entonces cada una de las cinco causales (véase párr. 78 *supra*) por las que Argentina sostuvo que entre UBS y EDFI había conexiones suficientes para generar un conflicto de intereses de parte de la Profesora Kaufmann-Kohler una vez que ocupara el cargo de directora de UBS. Concluyeron lo siguiente:

(a) Con respecto al hecho de que UBS recomendara invertir en EDF, la empresa matriz de EDFI, como buena oportunidad de inversión, señalaron que ese hecho no implicó para la Profesora Kaufmann-Kohler un incentivo directo a favorecer a EDFI y concluyeron que “la relación sigue siendo especulativa e indirecta, y por lo tanto no determinante a los efectos de la presente recusación”¹⁶⁴. Sin embargo, consideraron que “[e]n circunstancias diferentes nuestra conclusión podría ser distinta; por ejemplo si un árbitro mantuviera una participación sustancial en el capital de un banco que fuese propietario y promoviese activamente los intereses de una compañía que fuera parte en los procedimientos pertinentes”¹⁶⁵.

(b) Con respecto al hecho de que UBS y una sociedad controlada por EDF compartieran capital accionario en AEM Milan, señalaron que la participación de UBS en AEM era

¹⁶¹ En este entonces, no se había recusado al Profesor Remón y las causales de su posterior recusación por parte de Argentina se relacionan con hechos que supuestamente ocurrieron varios años después de que él y el Profesor Park hubieran adoptado una decisión sobre la recusación de la Profesora Kaufmann-Kohler.

¹⁶² Decisión sobre Recusación, párr. 64.

¹⁶³ Decisión sobre Recusación, párr. 71.

¹⁶⁴ Decisión sobre Recusación, párr. 76.

¹⁶⁵ Decisión sobre Recusación, párr. 78.

inferior al 1,5%, interés que mantenía en el curso normal de su actividad de negocios como uno de los mayores bancos del mundo. No consideraron que pudiera afectar la independencia de la Profesora Kaufmann-Kohler¹⁶⁶.

(c) Llegaron a una conclusión similar sobre el hecho de que UBS y EDF compartían capital accionario en Motor Columbus¹⁶⁷, conclusión respaldada por el hecho de que UBS había vendido su participación antes de que la Profesora Kaufmann-Kohler ocupara el cargo de directora¹⁶⁸.

(d) Con respecto a la participación de UBS en un consorcio que ayudó a EDF en la colocación de sus acciones en el mercado francés, señalaron que UBS no había adquirido sus acciones en el contexto de esa colocación y concluyeron que “no logramos percibir ningún vínculo entre la actividad del consorcio y la manera en que la Profesora Kaufmann-Kohler ha de evaluar las cuestiones pendientes en este caso”¹⁶⁹.

(e) El hecho de que UBS Investment Foundation tuviera una inversión en EDF llevó a los otros miembros del Tribunal a considerar “que difiere un tanto de los demás argumentos formulados por la Demandada”. Sin embargo, señalaron que:

La Fundación es una institución que se ocupa de la inversión colectiva de los activos de fondos de pensiones suizos. En definitiva, los activos de la Fundación beneficiarán a los diversos fondos de pensiones suizos que se hayan sumado a las instituciones que participen en la Fundación¹⁷⁰.

También advirtieron que la inversión total en EDF había caído por debajo de 1,5%. Aunque la misma UBS hubiese hecho la inversión en EDF, los Profesores Park y Remón consideraron que “una participación de menos del 1,5% no sería suficientemente significativa como para influir sobre la independencia de la Profesora Kaufmann-Kohler”¹⁷¹.

149. Por último, los Profesores Park y Remón evaluaron si la omisión por parte de la Profesora Kaufmann-Kohler de informar acerca de su cargo como directora de UBS fue en sí causal suficiente de recusación. Concluyeron que no:

¹⁶⁶ Decisión sobre Recusación, párrs. 79-81.

¹⁶⁷ Decisión sobre Recusación, párr. 82.

¹⁶⁸ Decisión sobre Recusación, párr. 83.

¹⁶⁹ Decisión sobre Recusación, párr. 87.

¹⁷⁰ Decisión sobre Recusación, párr. 93.

¹⁷¹ Decisión sobre Recusación, párr. 96.

Con respecto al supuesto incumplimiento del deber de informar, no podemos aceptar que esa omisión de dar a conocer que se es miembro del Directorio implique manifiesta falta de confianza en cuanto a la imparcialidad de criterio, que es el estándar que debe aplicarse en la presente recusación. Sea cual fuere el nivel de información que pueda requerir el Convenio del CIADI, la omisión de dar a conocer a las partes que se es integrante del Directorio no alcanza ese plano¹⁷².

150. Los Profesores Park y Remón también consideraron en detalle el informe del Profesor Wolfram, presentado por Argentina, la decisión de la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos en *New Regency Productions Limited v. Nippon Herald Films Inc.*, 501 F 3d 211 (9° Circuito, 2007) que invocó Argentina y el comunicado de prensa sobre el rol de la Profesora Kaufmann-Kohler en la remoción de ciertas autoridades de UBS, pero concluyeron que ninguno de ellos alteraba sus conclusiones.
151. El Comité advierte que, al considerar la propuesta de recusación de la Profesora Kaufmann-Kohler, nada parece indicar que los Profesores Park y Remón no hayan garantizado a ambas Partes el debido proceso. No hay indicios de violación de normas de procedimiento en la manera en que se trató la propuesta de recusación.
152. Tampoco hay indicios de que los demás miembros del Tribunal hayan aplicado el estándar incorrecto. Es cierto que al explicar dicho estándar la Decisión sobre Recusación sólo hace referencia a si la Profesora Kaufmann-Kohler “inspira plena confianza en su imparcialidad de criterio” y no hace mención aparte del requisito de independencia¹⁷³, en tanto el Comité sostuvo que el estándar establecido en el Artículo 14 del Convenio, teniendo en cuenta las versiones en inglés, francés y español, es un estándar de independencia e imparcialidad (véase párr. 108, *supra*). Sin embargo, otros pasajes de la Decisión sobre Recusación aclaran que los Profesores Park y Remón tuvieron presente los requisitos de imparcialidad e independencia. Así pues, opinaron que “[la] no revelación no puede ser, por sí misma, causa de recusación. La conducta en cuestión debe relacionarse con hechos que por su magnitud generen una razonable probabilidad de *parcialidad o falta de independencia*, lo que aquí no ocurre”¹⁷⁴. En las circunstancias, el Comité no considera que el hecho de que los demás miembros del Tribunal hayan planteado el estándar del modo en que lo hicieron

¹⁷² Decisión sobre Recusación, párr. 98.

¹⁷³ Decisión sobre Recusación, párr. 64.

¹⁷⁴ Decisión sobre Recusación, párr. 123 (Énfasis agregado).

pueda avalar la conclusión de que la decisión que adoptaron no hubiese sido adoptada por una persona razonable que fuera responsable de adoptar dicha decisión.

153. Tampoco hay un argumento verosímil de que la Decisión sobre Recusación no contempló los distintos elementos de la propuesta de recusación de la Profesora Kaufmann-Kohler por parte de Argentina. Según intentó demostrar el Comité, la decisión analizó de manera minuciosa cada uno de los elementos que supuestamente probaban que la Profesora Kaufmann-Kohler carecía de las cualidades necesarias de independencia e imparcialidad.
154. En consecuencia, el caso de Argentina ante el Comité se reduce a un argumento de que la Decisión sobre Recusación llegó a la conclusión errónea. Al plantear dicho argumento, Argentina invoca la decisión del Comité *ad hoc* en *Vivendi II*. Según ya explicara el Comité (véanse párrafos 89 a 91 *supra*), esa decisión adoptó una perspectiva más crítica con respecto al cargo de la Profesora Kaufmann-Kohler que la Decisión sobre Recusación en este caso, si bien el Comité de *Vivendi II* finalmente decidió no anular el laudo. Dado que la designación de la Profesora Kaufmann-Kohler como miembro del Directorio de UBS no se conoció antes de concluir el procedimiento de *Vivendi II*, el Comité *ad hoc* en ese caso tuvo, de manera necesaria, que abordar la cuestión que consistía en determinar si había motivos para dudar de la independencia o imparcialidad *de novo* de la Profesora Kaufmann-Kohler.
155. El Comité analizó detenidamente la decisión de *Vivendi II*. Advierte que, si bien, al igual que en este caso, en *Vivendi II* se cuestionaba el cargo de directora de la Profesora Kaufmann-Kohler en UBS, hay algunas diferencias entre ambos casos. En particular, hay una diferencia entre la inversión que UBS realizó en las demandantes en *Vivendi II* y su inversión en EDF en el caso que nos ocupa. Tal como ya se ha explicado, la inversión en este caso consistió en una participación accionaria de menos de 1,5% en EDF, la empresa matriz de la Demandante, EDFI. Esa inversión pertenecía a UBS Foundation para beneficio de diversos fondos de pensiones suizos. Las otras participaciones de UBS—en AEM Milan y su anterior participación en Motor Columbus—eran en empresas de propiedad parcial de la sociedad matriz de EDFI y estaban excluidas de este arbitraje. En cambio, en *Vivendi II*,

parecería que UBS era el mayor accionista de la propia Demandante¹⁷⁵. Al comentar las decisiones sobre recusación en el presente caso y en *Suez II*, el Comité de *Vivendi II* señaló que:

Cada relación fue diferente y, como la relación entre UBS y Vivendi, debe considerarse en forma individual. *Es notable que una mayor o menor participación de UBS en una u otra compañía puede adquirir relevancia en este aspecto.* (Énfasis agregado)¹⁷⁶

El Tribunal en el presente caso también considera que la magnitud de la inversión podría tener relevancia en este aspecto¹⁷⁷.

156. El Comité advierte también que el Comité de *Vivendi II* puso un gran énfasis en lo que describió como “la obvia cuestión de que un director en el ejercicio de sus funciones, tiene la responsabilidad fiduciaria frente a los accionistas del banco de favorecer sus intereses y, por ende, de postergar conflictos de interés” y consideró que “esa responsabilidad se contradice con la tarea de un árbitro independiente en un arbitraje que involucra a una parte en la cual el banco tiene acciones u otro tipo de participación, sin importar lo pequeña que pueda ser”¹⁷⁸. Partiendo de esa base, el Comité de *Vivendi II* señaló que:

Dado que un banco internacional de importancia tiene conexiones con, o bien tiene un interés en casi todas las grandes empresas internacionales (que también son empresas que tienen más posibilidades de estar involucradas en arbitrajes internacionales), esto sugiere que los cargos de director de un banco de esta índole y de árbitro internacional no podrían ser compatibles, y que no deberían serlo, o en el contexto del arbitraje internacional moderno, no deberían combinarse más.¹⁷⁹

157. El Comité de *Vivendi II* recalcó en este contexto el informe del Profesor Wolfram (que también forma parte del expediente de este caso) y las pruebas aportadas por el Profesor Mistelis (que no forman parte de dicho expediente). Dado que este Comité no vio las pruebas del Profesor Mistelis, no puede decir en qué se basó para sugerir que podría existir

¹⁷⁵ *Vivendi II*, nota 102, *supra*, párr. 20. Véase, sin embargo, párr. 99. Estos párrafos exponen los alegatos de las partes. El Tribunal no decidió sobre la magnitud de la participación accionaria de UBS en Vivendi o si alguna porción de dicha participación era de titularidad de un tercero.

¹⁷⁶ *Vivendi II*, nota 102, *supra*, párr. 214.

¹⁷⁷ Decisión sobre Recusación, párr. 78.

¹⁷⁸ *Vivendi II*, nota 102, *supra*, párrs. 217-218.

¹⁷⁹ *Vivendi II*, nota 102, *supra*, párr. 218.

un conflicto entre el deber fiduciario de un director y el deber de un árbitro y, concretamente, si fundó sus comentarios en normas sobre obligaciones fiduciarias de algún régimen jurídico específico. Ante este Comité, Argentina, de manera acertada, no intentó invocar al Profesor Mistelis¹⁸⁰ y no obran pruebas ante el Comité sobre deberes fiduciarios en virtud de ningún régimen jurídico específico. Es por eso que el Comité sólo puede considerar este punto como una cuestión de principio general y a la luz del informe del Profesor Wolfram. A ese nivel, sin embargo, el Comité no está convencido de que el director de un banco tenga un deber fiduciario hacia los accionistas del banco de actuar de un cierto modo al desempeñarse como árbitro. El punto que resaltó el Comité de *Vivendi II* fue que “un director *en el ejercicio de sus funciones*, tiene la responsabilidad fiduciaria frente a los accionistas del banco” (énfasis agregado). La frase “en el ejercicio de sus funciones” sólo puede hacer referencia a la función de dicha persona como director. Si el director no ejecutivo de un banco actúa como árbitro, no lo hace en el ejercicio de sus funciones como director, ya que la función arbitral es muy distinta. Por supuesto, en ese caso, *podría* haber conflicto de intereses—seguramente habría si el banco fuese parte del presente arbitraje—pero, al menos como cuestión de principio general, no se debería a la existencia de un deber fiduciario frente a los accionistas del banco.

158. El Comité toma nota asimismo de la observación del Comité de *Vivendi II* de que los roles del director de un banco internacional de importancia y el árbitro “podrían ser y deberían ser incompatibles o, en el contexto del arbitraje internacional moderno, no deberían combinarse más”. Podría ocurrir que, en un futuro, esos cargos ya no se combinen. El Comité advierte que la Profesora Kaufmann-Kohler ha renunciado al Directorio de UBS. No obstante, el punto no es qué cargo ocupará en adelante. Lo que importa a los fines de este procedimiento es si los demás miembros del Tribunal actuaron de manera ilógica al concluir que el cargo de directora de UBS de la Profesora Kaufmann no era causal de su recusación.
159. Está claro que cualquier otro tribunal razonable podría haber llegado a la misma decisión que los Profesores Park y Remón, ya que otro tribunal efectivamente lo hizo. En la decisión sobre recusación del caso *Suez II*, en el cual también se proponía la recusación de la Profesora Kaufmann-Kohler en virtud de su cargo como directora de UBS, los demás

¹⁸⁰ Transcripción, págs. 286 y 290.

miembros del tribunal—los Profesores Salacuse y Nikken—desestimaron la propuesta de recusación. Señalaron (por las mismas razones que este Comité, véase párr. 108, *supra*) que el árbitro debe ser independiente e imparcial.¹⁸¹ En vista del tamaño de UBS y sus inversiones¹⁸², sostuvieron que la participación de la Profesora Kaufmann-Kohler en el Directorio de UBS no daba lugar a un conflicto de intereses, ya que UBS no era parte del arbitraje, pero era relevante porque podría sugerir un grado de relación entre la Profesora Kaufmann-Kohler y las demandantes, dado que UBS tenía acciones en las demandantes a nombre de terceros¹⁸³. Luego, afirmaron:

El simple hecho de que exista una relación entre una parte y un árbitro no es de por sí suficiente para probar la carencia manifiesta de imparcialidad e independencia de ese árbitro. Los árbitros no son espíritus incorpóreos que viven en Marte, desciendan a la tierra a participar en el arbitraje de un caso y regresen de inmediato a su retiro marciano para esperar, inertes, que se les llame para otro arbitraje. Al igual que otros profesionales que viven y trabajan en este mundo, los árbitros mantienen diversas y complejas conexiones con todo tipo de personas e instituciones¹⁸⁴. [Traducción del Comité]

160. Según los Profesores Salacuse y Nikken, se debía evaluar el grado de relación entre el árbitro y la parte del arbitraje por referencia a la proximidad, intensidad, dependencia e importancia de esa relación. Con respecto a la relación de la Profesora Kaufmann-Kohler con las demandantes como resultado de su participación en el Directorio de UBS, concluyeron que su relación estaba lejos de suscitar dudas razonables sobre su imparcialidad o independencia. La inversión de UBS no fue estratégica y “con respecto a cualquier supuesto beneficio para UBS como resultado de este arbitraje, cabe señalar que las tenencias de UBS en Suez y Vivendi tendrían un efecto significativo en la rentabilidad de UBS dado la gran magnitud y alcance de las operaciones mundiales de UBS”¹⁸⁵ [Traducción del Comité]. Conforme al sistema vigente en Suiza que separa el Directorio de la gerencia de la empresa, la Profesora Kaufmann-Kohler no tenía conocimiento de las tenencias de UBS en las demandantes hasta la recusación, no participó en su adquisición o en el monitoreo de su rendimiento, y “no tenía relación directa con las demandantes en virtud de su cargo

¹⁸¹ *Suez II*, párr. 28.

¹⁸² *Suez II*, párr. 10.

¹⁸³ *Suez II*, párr. 31.

¹⁸⁴ *Suez II*, párr. 32.

¹⁸⁵ *Suez II*, párr. 36.

directivo”¹⁸⁶ [Traducción del Comité]. No hubo frecuencia de interacción entre la Profesora Kaufmann-Kohler y las demandantes, y la Profesora Kaufmann-Kohler no sacaría ningún provecho de un laudo en favor de las demandantes. Los profesores Salacuse y Nikken también rechazaron el argumento de que la omisión por parte de la Profesora Kaufmann-Kohler de informar acerca de su cargo directivo en UBS fue indicio de su falta de imparcialidad o independencia. Dicho deber surgió recién cuando el árbitro razonablemente creyera que existían circunstancias que podrían hacer que una persona razonable dudara de si ese árbitro actuaría de manera independiente e imparcial. La Profesora Kaufmann-Kohler había consultado a UBS sobre posibles conflictos de intereses y le dijeron que no había ninguno (salvo su participación en el Jurado de la Copa América); para la profesora, era razonable confiar en ese dato¹⁸⁷.

161. El Comité considera que tanto la Decisión sobre Recusación en este caso como la de *Suez II* están bien fundadas y ofrecen una amplia consideración de las cuestiones. La Decisión sobre Recusación en el presente caso analiza la importancia de las relaciones indirectas que el cargo directivo de la Profesora Kaufmann-Kohler en UBS creó con EDFI. El Comité considera que los Profesores Park y Remón tuvieron razón al identificar la titularidad por parte de UBS Foundation de acciones en la empresa matriz de EDFI, EDF, como cuestión fundamental. El hecho de que UBS y otra sociedad controlada de EDF tuvieran acciones en AEM Milan no otorgaba a UBS ningún tipo de interés en el éxito o fracaso de EDF o EDFI. *A fortiori*, no podría haber surgido ningún conflicto de intereses del hecho de que UBS tuviera acciones en Motor Columbus, en la cual EDF también tenía una participación importante, dado que había enajenado dichas acciones antes de que la Profesora Kaufmann-Kohler asumiera su cargo como directora de UBS. La participación de UBS en el consorcio financiero que ayudó a colocar las acciones de EDF en el Mercado francés tampoco creó ninguna comunidad de intereses entre UBS y EDF, mientras que el hecho de que UBS clasificara a EDF como una buena oportunidad de inversión es una conexión demasiado remota como para dar lugar a un conflicto de intereses. Se podría decir que cualquier tribunal razonable habría llegado a las conclusiones en la Decisión sobre Recusación sobre estos puntos.

¹⁸⁶ *Suez II*, párr. 40.

¹⁸⁷ *Suez II*, párr. 48.

162. El hecho de que UBS Foundation tuviera acciones en EDF, como señaló el Tribunal, “difiere un tanto de los demás argumentos”. No obstante, el Comité considera que, según afirmaron los Profesores Park y Remón, el hecho de que el principal beneficiario de cualquier aumento en el valor de esas acciones fueran los fondos suizos que participaban en la Fundación y no la propia UBS, la relativa importancia de la inversión en el contexto de la magnitud general de las inversiones de UBS y el hecho de que la Profesora Kaufmann-Kohler no tuviera responsabilidad o participación alguna en la gestión de esta y otras inversiones constituyeron causales por las que cualquier persona razonable podría haber concluido que no había motivos para sostener que la Profesora Kaufmann-Kohler carecía, de forma manifiesta, de las cualidades necesarias de independencia e imparcialidad. Cabe señalar que, al menos, una autoridad, es decir, el tribunal de *Suez II*, llegó a esa conclusión.
163. Lo mismo puede decirse acerca de la omisión por parte de la Profesora Kaufmann-Kohler de informar sobre su designación como miembro del Directorio de UBS. Los Profesores Park y Remón en este caso, y los Profesores Salacuse y Nikken en *Suez II*, explicaron detenidamente que esa omisión no fue suficiente para indicar que hubo falta de independencia o imparcialidad.
164. El Comité advirtió el hecho de que el Comité de *Vivendi II*, si bien finalmente decidió no anular el laudo, adoptó una visión bastante más crítica de la conducta de la Profesora Kaufmann-Kohler. Sin embargo, el Comité considera que la decisión de *Vivendi II* no lo lleva a concluir que la Decisión sobre Recusación en este caso no haya sido razonable. Es por eso que desestima la solicitud de anulación del Laudo a causa del cargo directivo de la Profesora Kaufmann-Kohler en UBS o la no divulgación de dicho cargo directivo.

3. El Profesor Remón

165. El Comité procede a ocuparse de la recusación del Profesor Remón por parte de Argentina. Tal como ya se ha explicado, es la primera vez que se propone esta recusación ante el Comité y, por lo tanto, se la debe considerar *de novo*. La recusación surgió como consecuencia de una carta escrita por el Profesor Remón a la Secretaria del Tribunal el día 18 de abril de 2012¹⁸⁸. Por ello, es conveniente transcribirla en su totalidad:

¹⁸⁸ RA 531.

Los medios de comunicación del 16 de abril de 2012 informan que Argentina ha anunciado la expropiación de la participación del 51% de la empresa española Repsol en Ypf. Por la presente, pongo en su conocimiento.

1. Que la firma de la que soy socio, Uría Menéndez, es una de las que tradicionalmente viene prestando servicios de asesoramiento y defensa jurídica a Repsol. Yo mismo he asumido en ocasiones la defensa de Repsol en algunos procedimientos.
2. Naturalmente, este hecho no afecta ni afectará a mi imparcialidad e independencia en este arbitraje (asunto CIADI N.º ARB/03/23).
3. Si Repsol pidiese algún tipo de colaboración de Uría Menéndez en relación con la decisión de expropiación antes mencionada, me abstendría de cualquier intervención en ese asunto mientras este procedimiento se mantenga abierto.

El Profesor Remón concluyó la carta expresando su intención de que se comunique dicha información a las Partes del procedimiento.

166. El día 27 de abril de 2012, Argentina solicitó, por escrito, la renuncia del Profesor Remón a causa del hecho de que su relación, a través de la firma Uría Menéndez, con Repsol, una empresa actualmente en conflicto con Argentina, generaba dudas razonables sobre su independencia e imparcialidad¹⁸⁹. El día 2 de mayo de 2012, las Demandantes también presentaron observaciones mediante las que rechazaban la sugerencia de que el Profesor Remón debía renunciar¹⁹⁰. El Profesor Remón respondió el día 11 de mayo de 2012 de la siguiente manera:

Tras analizar los comunicados entre las partes, de fechas 27 de abril y 2 de mayo, teniendo en cuenta que las deliberaciones del Tribunal y la redacción del laudo culminaron varias semanas antes del anuncio de la expropiación, confirmo que los hechos que, en aras de la transparencia, incluí en mi carta no afectan mi imparcialidad o independencia como árbitro en este procedimiento [Traducción del Comité].

El Laudo fue firmado por el Profesor Park, el Presidente, el día 8 de mayo de 2012, por la Profesora Kaufmann-Kohler el día 11 de mayo de 2012 y por el Profesor Remón el día 14 de mayo de 2012. Se entregó a las Partes el día 11 de junio de 2012. El día 4 de diciembre de

¹⁸⁹ RA 532.

¹⁹⁰ AC 9.

2012, Repsol inició un arbitraje contra Argentina. Uría Menéndez representó a Repsol en ese procedimiento.

167. Quienes tuvieron que tomar decisiones sobre la recusación de árbitros a causa de la participación de su estudio jurídico en procedimientos separados contra una de las partes han, de manera predecible, afirmado que el hecho de que el estudio jurídico del árbitro actúe contra una de las partes del arbitraje en procedimientos separados suscitará, con frecuencia, dudas razonables sobre la independencia e imparcialidad del árbitro, sobre todo cuando el arbitraje versa sobre cuestiones legales similares a las del otro procedimiento¹⁹¹. Sin embargo, tales casos involucraban a árbitros cuyos estudios jurídicos ya participaban en acciones en las que actuaban para una parte adversa a una de las partes del arbitraje antes de concluir el procedimiento arbitral. En este caso, el cronograma es muy distinto.
168. En la carta del Profesor Remón del día 18 de abril de 2012, no hay indicios de que Uría Menéndez estuviera en esa etapa representando o asesorando a Repsol de un modo que resultaba contrario a Argentina, sino sólo que se le podría solicitar dicho servicio en un futuro. Esa posibilidad no crea, por sí sola, un conflicto de intereses. El Comité tampoco acepta la alegación de Argentina de que el comentario del Profesor Remón de que “si Repsol pidiese algún tipo de colaboración de Uría Menéndez en relación con la decisión de expropiación, [se] abstendría de cualquier intervención en ese asunto *mientras* este procedimiento [es decir, entre las Demandantes de este caso y Argentina] se mantenga abierto” indique que una vez concluido el arbitraje del presente caso, estaría en una posición adversa frente a Argentina. El Comité acepta que el hecho de que Repsol no iniciara un arbitraje sino hasta el día 4 de diciembre de 2012, casi seis meses después de comunicar a las Partes el Laudo en este caso, no es de por sí decisivo. Si el estudio jurídico de un árbitro asesora a una entidad en los preparativos para el inicio de acciones legales contra una de las partes del arbitraje, ese hecho presentaría un conflicto de intereses sin perjuicio de si las acciones se iniciaron o no para ese entonces. Sin embargo, el conflicto de intereses recién surgiría cuando el estudio empieza a asesorar a dicha entidad o a actuar para ella en un asunto contra la parte del arbitraje.

¹⁹¹ Véase *Blue Bank*, nota 97, *supra*, párrs. 67-68 e *ICS Inspection Control Services Ltd. c. Argentina*, Decisión de la Autoridad Nominadora, 17 de diciembre de 2009, págs. 4-5.

169. Argentina señala la presencia de un socio de Uría Menéndez, en calidad de representante de Repsol, en una reunión de accionistas de YPF celebrada el día 6 de junio de 2012, cinco días antes de que se diera a conocer el Laudo a las Partes. Según el acta de dicha reunión¹⁹², ese socio hizo referencia a una disputa entre Repsol y Argentina. Argentina sostiene que el deber de un árbitro de actuar de manera independiente e imparcial no se extingue al redactarse el laudo, sino cuando este se da a conocer a las partes. Si bien el Comité está de acuerdo en que el deber de actuar de manera independiente e imparcial perdura hasta la entrega del laudo, no acepta la conclusión que Argentina pretende obtener con respecto a este caso. Para el día 6 de junio de 2012, los tres miembros del Tribunal habían terminado de redactar el Laudo. Aunque el árbitro sigue obligado a actuar de manera independiente e imparcial hasta la entrega del laudo, una vez que lo firma, por lo general, ya no tiene nada que hacer en relación con el procedimiento arbitral; lo cierto es que no se presentaron pruebas ante este Comité de que se hubiese solicitado al Profesor Remón realizar algún acto como árbitro después de firmar el Laudo el día 14 de mayo de 2012.
170. Además, por los motivos ya expuestos (párrafos 131 a 134, *supra*), un conflicto de intereses constituiría una causal de anulación sólo si podría haber tenido un efecto en el laudo. En este caso, la carta del Profesor Remón del día 11 de mayo de 2012 deja en claro que la redacción del Laudo se había completado varias semanas antes del anuncio del día 16 de abril de 2012. No hay motivos para dudar de la veracidad de dicha declaración, que sobre este punto queda confirmada mediante la carta de la Profesora Kaufmann-Kohler de la misma fecha. Al contrario, lo largo (más de 300 páginas) y complejo del Laudo, sumado al hecho de que se dictó en inglés y en español y, por lo tanto, tuvo que traducirse del idioma en el que se redactó, también permiten concluir que la redacción debe haberse terminado antes del día 16 de abril si el Laudo se iba a notificar el día 11 de junio de 2012. Por consiguiente, aun si Uría Menéndez se vio implicada al asesorar a Repsol sobre posibles acciones legales contra Argentina entre los días 16 de abril y el 11 de junio 2012, el conflicto de intereses que surgió para el Profesor Remón no pudo haber afectado el Laudo y, por eso, no puede constituir causal de anulación.

¹⁹² RA 542.

171. No obstante, hay otro punto que debe tenerse en cuenta. Argentina señala que la Notificación de Arbitraje de Repsol hacía referencia no sólo a la expropiación formal sino también a otros trámites realizados antes del anuncio del día 16 de abril de 2012 y durante las últimas semanas de 2011. Dado que Uría Menéndez era, según la carta del Profesor Remón del día 18 de abril de 2012, una de las firmas que “tradicionalmente viene prestando servicios de asesoramiento jurídico a Repsol”, debe inferirse que ya asesoraban a Repsol con respecto a sus relaciones con Argentina y la estrategia jurídica que debería adoptar ya en el mes de noviembre de 2011¹⁹³.
172. Las Demandantes contestan que esto es pura especulación y que, aun si estuviese bien fundado, Argentina sabía cuáles eran sus intenciones frente a Repsol y, por lo tanto, debe entenderse que renunció a cualquier objeción al Profesor Remón con respecto a cualquier conflicto de intereses resultante de eventos entre fines del año 2011 y principios del año 2012.
173. El Comité no acepta el argumento de la renuncia de las Demandantes. Ese argumento habría estado bien fundado si Uría Menéndez hubiese representado a Repsol en una acción judicial o arbitral entre los meses de noviembre de 2011 y marzo 2012, dado que Argentina habría sabido de la participación de la firma en una acción contra Argentina. Sin embargo, no se puede decir lo mismo del rol consultivo que podría haber tenido Uría Menéndez. No hay motivos para suponer que Argentina sabía cuál estudio jurídico, en su caso, estaba asesorando a Repsol sobre sus relaciones con Argentina durante ese período, a menos que esa firma intercambiara correspondencia o mantuviera reuniones abiertamente, y no hay pruebas que sugieran que eso fue lo que ocurrió.
174. A pesar de todo, el Comité coincide con las Demandantes en que el argumento de Argentina sobre el rol que Uría Menéndez pudo haber tenido antes del anuncio del día 16 de abril de 2012 es meramente especulativo. El Comité no recibió ninguna prueba que le permitiera concluir que Uría Menéndez asesoraba a Repsol sobre una estrategia jurídica en contra de Argentina durante ese período. El Comité está de acuerdo con la observación del Tribunal de SGS, que se cita en el párrafo 110, *supra*, y, en particular, con el comentario de ese tribunal de que “ningún árbitro, conforme al Artículo 57 del Convenio, puede ser recusado

¹⁹³ Memorial, párrs. 62-67.

sobre la base de inferencias a su vez fundadas en otras inferencias”¹⁹⁴. [Traducción del Comité]

175. Por todo lo expuesto, el Comité también desestima la solicitud de Argentina de anular el Laudo por una supuesta falta de independencia e imparcialidad de parte del Profesor Remón.

V. Cuestiones sobre derecho aplicable

A. Introducción

176. Argentina sostiene que, al decidir sobre el derecho aplicable, el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades (Artículo 52(1)(b) del Convenio CIADI), no indicó los motivos en los que se basaba el Laudo (Artículo 52(1)(e) del Convenio CIADI) y quebrantamiento grave de una norma de procedimiento (Artículo 52(1)(d) del Convenio CIADI)¹⁹⁵.
177. Estos alegatos versan sobre tres aspectos del Laudo. El primero se vincula con la decisión del Tribunal de que “las reclamaciones de las Demandantes pueden ser resueltas a la luz del TBI entre Argentina y Francia exclusivamente”¹⁹⁶, con lo cual se excluye la aplicación del TBI entre Argentina y Luxemburgo. El segundo tiene que ver con la falta de aplicación del derecho argentino por parte del Tribunal que, según alegó Argentina, era “esencial para determinar la naturaleza y el alcance de los derechos de las Demandantes en virtud del Tratado así como para decidir si se violaron dichos derechos”¹⁹⁷. Al abordar dicho argumento, el Tribunal concluyó lo siguiente:

...en el contexto del TBI entre Argentina y Francia, los términos de dicho Tratado contienen el principio rector de la decisión. Podría ocurrir que un juez nacional arribe a una conclusión diferente al resolver un caso análogo. No obstante, en la presente diferencia, el TBI ofrece los fundamentos y el marco principales para la consideración por parte del Tribunal de la protección del inversor¹⁹⁸.

¹⁹⁴ *SGS*, nota 145, *supra*, 8 Informes CIADI 402.

¹⁹⁵ Solicitud, párrs. 32-47.

¹⁹⁶ Laudo, párr. 887.

¹⁹⁷ Laudo, párr. 903.

¹⁹⁸ Laudo, párr. 904.

El tercer aspecto del Laudo que se cuestiona bajo este título es la conclusión del Tribunal de que, en su Decisión sobre Jurisdicción, “no estableció un requisito general de discriminación como base de la responsabilidad según las disposiciones del Tratado”¹⁹⁹.

B. Argumentos de las Partes

1. Argentina

178. Argentina alega que ahora quedó demostrado que el tribunal se excedió manifiestamente en sus facultades al no aplicar el derecho correspondiente²⁰⁰ en tres aspectos. En primer lugar, sostuvo que la reclamación de León se regía por el TBI entre Argentina y Francia, en lugar del TBI entre Argentina y Luxemburgo, a pesar de que León era una sociedad de Luxemburgo. En segundo lugar, no aplicó el derecho argentino y así violó una clara directiva de los TBI. Argentina afirma también que el Tribunal no indicó los motivos del Laudo en ese aspecto.
179. Argentina asevera que León, que fue Demandante durante todo el procedimiento y, en consecuencia, se beneficia con el Laudo, no pudo haber estado legitimada para reclamar en virtud del TBI entre Argentina y Francia, ya que siempre fue una sociedad de Luxemburgo. Es por eso que el hecho de aplicar el TBI entre Argentina y Francia a las reclamaciones de León fue una extralimitación manifiesta de facultades. Según Argentina, también fue contrario al enfoque que se adoptó en la Decisión sobre Jurisdicción, en que el Tribunal concluyó que tenía jurisdicción sobre las reclamaciones de León en virtud del TBI entre Argentina y Luxemburgo.
180. Además de extralimitarse en sus facultades en este aspecto, el Tribunal omitió explicar de qué manera podría aplicarse el TBI entre Argentina y Francia a León²⁰¹. Suponiendo que lo hubiera hecho, su razonamiento fue contradictorio por cuanto se refirió a la cesión de derechos de León a EDFI después de iniciado el procedimiento, ya que el Tribunal había dejado en claro en su Decisión sobre Jurisdicción que lo determinante fue la situación al comienzo del procedimiento.

¹⁹⁹ Laudo, párr. 920.

²⁰⁰ Memorial, párrs. 138-9.

²⁰¹ Transcripción, págs. 74-82.

181. Si bien la aplicación por parte del Tribunal del TBI entre Argentina y Francia fue uno de los aspectos de extralimitación manifiesta de facultades, otro fue la no aplicación del TBI entre Argentina y Luxemburgo a las reclamaciones de León. Según Argentina, ese tratado era el derecho aplicable a las reclamaciones de León y la decisión del Tribunal de no aplicarlo impidió a Argentina invocar la defensa del “orden público” en virtud del Artículo 3(2) del TBI entre Argentina y Luxemburgo, que el Tribunal reconoció expresamente podría haber impactado en el resultado del caso²⁰². De nuevo, esta decisión implicó no sólo una extralimitación manifiesta de facultades sino también una falta de motivación. En particular, Argentina alude a lo que caracteriza como contradicciones entre distintas partes del Laudo y entre el Laudo y la Decisión sobre Jurisdicción.
182. Como otra causal de anulación, Argentina cuestiona la decisión del Tribunal de que el caso debía resolverse exclusivamente por vía de referencia a las disposiciones del TBI entre Argentina y Francia y al derecho internacional, dejando de lado la legislación argentina. Según Argentina, este enfoque ignoró las disposiciones del Artículo 42(1) del Convenio, que exige al tribunal— a falta de acuerdo entre las partes— “[aplicar] 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”. El resultado fue que el Tribunal decidió no aplicar la legislación argentina como derecho aplicable al Contrato de Concesión y, lo que es más grave, ignoró las amplias facultades que la Constitución Argentina otorgó al Gobierno para afrontar emergencias como la de 2001-2002. El Tribunal tampoco indicó sus motivos ya que sólo hizo referencia al principio de derecho internacional de que, ante un conflicto, el derecho internacional prevalece sobre el nacional, sin indicar qué conflicto consideraba que existía entre el derecho internacional y el derecho argentino.
183. Por último, Argentina alude a lo que llama una supuesta contradicción entre la Decisión sobre Jurisdicción y el Laudo con respecto al tema de discriminación. Según Argentina, en la Decisión sobre Jurisdicción, el Tribunal sostuvo que las Demandantes debían probar que hubo discriminación para establecer un caso de violación de cualquiera de los dos TBI. Sin embargo, en el Laudo, repudió esa conclusión y sostuvo que la discriminación no era un

²⁰² Laudo, párr. 888.

requisito para demostrar que hubo violación del estándar de trato justo y equitativo u otras disposiciones de los tratados. De Nuevo, Argentina caracteriza esa decisión como una extralimitación manifiesta de facultades y alega que el Tribunal no indicó motivos coherentes y claros, y a la vez se apartó gravemente de una norma fundamental de procedimiento.

2. Las Demandantes

184. Las Demandantes rechazan la sugerencia de que el Tribunal se equivocó en un modo pasible de anulación en relación con el derecho aplicable. Sostienen que Argentina invoca tres párrafos separados del Artículo 52(1) pero los trata como si fueran prácticamente iguales. Según las Demandantes, aunque una solicitud de anulación puede relacionarse con más de un párrafo del Artículo 52(1), cada uno constituye una causal distinta de anulación que puede invocarse por separado²⁰³. En particular, las Demandantes señalan que Argentina no planteó correctamente, y menos aún justificó su argumento de que el Tribunal quebrantó gravemente una norma de procedimiento²⁰⁴. Por otra parte, según las Demandantes, los argumentos de Argentina no distinguen entre la no aplicación del derecho aplicable y la aplicación incorrecta de dicho derecho, además de ignorar las limitaciones de las partes relevantes del Artículo 52(1) sobre la anulación.
185. Si bien las Demandantes aceptan que el Artículo 52(1)(b) se refiere al hecho de no aplicar el derecho aplicable, alegan que no rige para casos de aplicación “incorrecta”, desviación de opiniones de otros tribunales sobre el mismo asunto o asuntos similares o el hecho de no citar texto alguno para sostener la proposición que, en su interpretación, se deriva del tratado²⁰⁵.
186. Las Demandantes alegan que se agregó como demandante en la Solicitud Modificada sólo porque Crédit Lyonnais, su empresa matriz francesa, había transferido a León sus acciones en MENDINVERT. La Solicitud Modificada invocó el TBI entre Argentina y Francia y sólo mencionó el TBI entre Argentina y Luxemburgo como segunda opción para ampararse

²⁰³ Memorial de Contestación, párrs. 119-120.

²⁰⁴ Dúplica, párr. 77.

²⁰⁵ Memorial de Contestación, párrs. 126-130.

en caso de que el Tribunal decidiera que León no podía invocar el TBI entre Argentina y Francia²⁰⁶.

187. Con respecto a la no aplicación del derecho argentino, las Demandantes afirman que las reclamaciones fueron por violación del TBI entre Argentina y Francia y, por lo tanto, debían resolverse necesariamente de acuerdo con las disposiciones de ese tratado y los principios de derecho internacional. El Tribunal había analizado y explicado detenidamente su decisión de no aplicar el derecho argentino.
188. Con respecto a la cuestión de la discriminación, las Demandantes alegan que Argentina tergiversa la Decisión sobre Jurisdicción y sostienen que el Laudo explicó claramente que la Decisión sobre Jurisdicción no establecía ningún requisito general de discriminación.
189. Por último, las Demandantes aducen que la afirmación de Argentina de que hubo un quebrantamiento grave de una norma de procedimiento es desacertada. No hay indicios de “cual aspecto se afectó seriamente del derecho de defensa de Argentina”²⁰⁷. De hecho, ambas Partes presentaron en detalle toda la cuestión del derecho aplicable²⁰⁸.

C. *La decisión del Comité*

1. El marco jurídico

190. Antes de abordar en detalle esta sección en particular de la Solicitud de Anulación del Laudo de Argentina, es menester hacer algunas observaciones respecto de los tres párrafos del Artículo 52(1) del Convenio CIADI invocado por Argentina, a pesar de que pareciera haber una muy leve diferencia –si la hubiera– entre las Partes en lo que concierne a los requisitos de cada párrafo (contrario a lo que ocurre respecto de su aplicación a los hechos del caso que nos ocupa).

a. Extralimitación manifiesta en las facultades (Artículo 52(1)(b) del Convenio)

191. Los términos del Artículo 52(1)(b) dejan en claro que el párrafo establece dos requisitos que se deben cumplir para que un laudo se anule fundado en esta causa. Primero, el tribunal se

²⁰⁶ Dúplica, párrs. 83-85.

²⁰⁷ Dúplica, párr. 106.

²⁰⁸ Dúplica, párr. 107.

debe haber extralimitado en sus facultades, y segundo, esta extralimitación debe ser “manifiesta”. El ejemplo más evidente de una extralimitación en las facultades por parte de un tribunal es la decisión sobre una cuestión que cae fuera de la jurisdicción del tribunal conforme al Convenio CIADI o al TBI pertinente (u otro instrumento que confiera la jurisdicción). No obstante, las decisiones de los comités *ad hoc* en otros casos han dejado claro que la falta de aplicación del derecho aplicable al caso o a una cuestión en particular del caso también conforma una extralimitación en las facultades del tribunal.

192. El requisito de que la extralimitación en las facultades sea “manifiesta” se refiere a qué tan evidente es la extralimitación, más que a su gravedad. En los términos de uno de los comentarios más destacados sobre el Convenio CIADI:

Conforme a su definición en el diccionario, “manifiesto” puede significar “simple”, “claro”, “obvio”, “evidente” y fácilmente comprendido y reconocido por la mente. Por ende, la naturaleza manifiesta de una extralimitación en las facultades no es necesariamente un indicio de su gravedad; sino que se refiere a la facilidad con que se percibe. ... Una extralimitación en las facultades es manifiesta si se puede advertir con poco esfuerzo y sin un análisis exhaustivo²⁰⁹ [Traducción del Comité].

Esta visión ha sido ratificada en diversas decisiones de comités *ad hoc*. Así, en *Wena Hotels Ltd. c. Egipto*, el comité afirmó lo siguiente:

La extralimitación en las facultades debe ser evidente por sí misma, más que el producto de una interpretación elaborada en un sentido u otro. Cuando esto último sucede, la extralimitación en las facultades deja de ser manifiesta²¹⁰ [Traducción del Comité].

Del mismo modo, el comité de *CDC Group c. Seychelles* estableció:

Como lo han interpretado varios comités *ad hoc*, el término “manifiesto” significa “claro” o “evidente por sí mismo”. Así, incluso si un tribunal se extralimita en sus facultades, la extralimitación debe ser obvia para que la anulación sea un recurso disponible. Una extralimitación aparente en la conducta de un tribunal deja de ser manifiesta si es susceptible de argumento “en uno u otro sentido”. Tal como lo expresara un relator, “si la cuestión es discutible o requiere el análisis del material en que se ha fundado la decisión

²⁰⁹ Schreuer, nota 53, *supra*, *Commentary*, Artículo 52, párr. 135.

²¹⁰ *Wena Hotels Ltd. c. Egipto* (Caso CIADI N.º ARB/98/4) 6 Informes CIADI 129, párr. 25 (“*Wena*”).

del tribunal, la determinación del tribunal es concluyente”²¹¹ [Traducción del Comité].

193. Si bien el Comité concuerda con que la extralimitación en las facultades solo será manifiesta si se puede identificar con facilidad, considera que esto no significa que la extralimitación deba saltar a la vista en la primera lectura del Laudo. El razonamiento que subyace a un caso puede ser tan complejo que se requiere cierto grado de análisis y estudio para determinar con claridad exactamente qué decidió el tribunal. En tal caso, la necesidad de análisis y estudio no privarán a la extralimitación de su carácter de “manifiesta”²¹². Además, de todos modos puede ser necesario analizar el material sobre el que se fundó la decisión del tribunal. El Comité de *Duke Energy Ltd c. Perú* lo explicó del siguiente modo:

Por ende, un comité *ad hoc* no anulará un laudo, si la decisión del tribunal sobre una cuestión de derecho es sostenible, aun si el comité considera que es incorrecta como cuestión de derecho. Un comité *ad hoc* solo puede evaluar la existencia de una extralimitación manifiesta en las facultades mediante la consideración de los elementos fácticos y jurídicos sobre los que el tribunal de arbitraje fundó su decisión y/o laudo sobre la base de las presentaciones de las partes. Sin reabrir el debate sobre cuestiones de hecho, un comité puede considerar los hechos del caso tal como constan en los archivos del tribunal para verificar si podría llegar a la misma solución, aunque pueda ser discutible. ¿La opinión del tribunal es tan insostenible que no existen argumentos razonables que la respalden? Una solución discutible no puede ser pasible de anulación, puesto que en tal caso la extralimitación en las facultades no sería “manifiesta”²¹³ [Traducción del Comité].

El Comité concuerda con este análisis, y señala también que en el marco del caso *Duke* el Comité estableció que:

En este respecto no debe trazarse una diferencia entre el estándar que se debe aplicar para determinar una extralimitación en las facultades sobre la base de una supuesta extralimitación en la jurisdicción y cualquier otra extralimitación en las facultades. En ambos casos, la extralimitación debe ser manifiesta²¹⁴ [Traducción del Comité].

²¹¹ *CDC*, nota 156, *supra*, párr. 41.

²¹² Véase, por ejemplo, la decisión del comité *ad hoc* en *Vivendi I*, nota 70, *supra*.

²¹³ *Duke Energy International Peru Investments N.º 1 Limited c. República del Perú* (Caso CIADI N.º ARB/03/28), Decisión sobre Anulación de 1 de marzo de 2011, párr. 99 (“*Duke*”).

²¹⁴ *Ibid.*, párr. 98.

b. Falta de expresión de motivos (Artículo 52(1)(e) del Convenio)

194. La disposición del Artículo 52(1)(e) de que un laudo se debe anular, si “no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde” está estrechamente vinculada a la disposición del Artículo 48(3), que exige que “[e]l laudo contendrá declaración sobre todas las pretensiones sometidas por las partes al Tribunal y será motivado”.
195. El requisito de la expresión de motivos es importante, pero igual de importante es que un comité *ad hoc* no se incline por utilizar el Artículo 52(1)(e) como medio para una apelación. El Artículo 52(1)(e) faculta al comité para anular un laudo, si hubo una *falta* de expresión de motivos sobre los que se funda el laudo; pero no faculta al comité para anular un laudo por considerar que el razonamiento no es convincente. El Comité de *Vivendi I* explicó este punto con elocuencia en el siguiente fragmento:

Una fuente de preocupación de mayor envergadura es el fundamento de la omisión de “expresar los motivos”, ya que no está calificada con un adjetivo como “manifiesta” o “seria”. Sin embargo, se 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. Cabe reiterar que un comité *ad hoc* no es un tribunal de apelaciones. 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 conflictivas²¹⁵.

²¹⁵ *Vivendi I*, nota 70, *supra*, párrs. 64-65.

196. Del mismo modo, en el marco del caso *Wena* el comité explicó que:

La causal de anulación del Artículo 52(1)(e) no permite revisión alguna del laudo impugnado, que llevaría al comité ad hoc a reconsiderar si los motivos que subyacen a la decisión del tribunal son adecuados o no, convincentes o no. Como lo afirmó el comité ad hoc en el marco del caso MINE, esta causal de anulación solo se refiere a un “requisito mínimo”. Este requisito se basa en el deber del tribunal de identificar, y de dar a conocer a las partes, las premisas legales y fácticas que llevaron al tribunal a su decisión. Si el tribunal ha expresado tal secuencia de motivos, no hay lugar para una solicitud de anulación con arreglo al Artículo 52(1)(e).

...

Ni el Artículo 48(3) ni el Artículo 52(1)(e) especifican el modo en que deben expresarse los motivos del Tribunal. El objeto de ambas disposiciones es garantizar que las partes podrán entender el razonamiento del tribunal. Este objetivo no requiere que cada motivo se detalle en forma expresa. Los motivos del tribunal pueden estar implícitos en la consideración y en las conclusiones contenidas en el laudo, siempre que se puedan inferir razonablemente de los términos utilizados en la decisión²¹⁶[Traducción del Comité].

197. El tribunal debe responder a cada “pretensión” planteada ante él, y por ende debe expresar suficientes motivos como para satisfacer el “requisito mínimo” al que se refiere el comité del caso *Wena* respecto de cada pretensión. Sin embargo, no se exige que el tribunal aborde en forma explícita cada detalle de cada argumento esgrimido por las partes o que se refiera a cada una de las fuentes que ellas hayan invocado. Tal como explicó el comité de *Enron*:

... un tribunal tiene el deber de abordar cada una de las *pretensiones* que se le han planteado, pero no tiene obligación de comentar todos los argumentos de las partes en relación con cada una de esas pretensiones. Del mismo modo, el Comité considera que el tribunal solo debe expresar los motivos de su decisión respecto de cada una de las *pretensiones*. Esto exige que el tribunal exprese sus conclusiones de hecho pertinentes, sus conclusiones pertinentes acerca de los principios legales aplicables y sus conclusiones acerca de la aplicación del derecho a los hechos. Si el tribunal ha expresado tales conclusiones, el laudo no se anulará sobre la base de que el tribunal podría haber expresado motivos más detallados y un análisis más profundo de sus conclusiones de hecho o de derecho, ni de que el tribunal no detalló en forma expresa su evaluación de

²¹⁶ *Wena*, nota 210, *supra*, párrs. 79 y 81.

cada elemento de prueba individual, cada fuente jurídica individual o cada precepto legal invocado por las partes, ni de que no expresó en forma explícita una opinión acerca de cada cuestión jurídica o fáctica planteada por las partes durante el procedimiento. El tribunal debe expresar los motivos de su *decisión*, pero no necesariamente los motivos de sus *motivos*²¹⁷[Traducción del Comité].

198. El Comité concuerda con estas observaciones acerca del alcance y el objetivo del Artículo 52(1)(e). No obstante, conserva su carácter fundamental para el procedimiento de anulación y, como lo demuestra la decisión del comité *ad hoc* en *CMS*, si un tribunal no ha expresado los motivos que le permitan a las partes comprender la decisión sobre una pretensión planteada al mismo tribunal, esa parte del laudo se puede someter a la anulación²¹⁸.

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

199. El texto en inglés del Artículo 52(1)(d) establece que un laudo puede anularse, si “*there has been a serious departure from a fundamental rule of procedure*”. El texto en francés tiene el mismo efecto, puesto que requiere “*inobservation grave d’une règle fondamentale de procedure*”. Sin embargo, el texto en español sólo habla de “quebrantamiento grave de una norma de procedimiento”. Si bien las tres versiones exigen que el quebrantamiento haya sido “grave” (este es el término utilizado en francés y español), solo las versiones en inglés y francés exigen que la norma de procedimiento involucrada sea “fundamental”. Las versiones en inglés, francés y español del Convenio son igualmente auténticas, por lo que la diferencia entre ellas debe resolverse por aplicación de los principios del derecho internacional respecto de la interpretación de los tratados. En general, se considera que el principio pertinente se encuentra codificado en el Artículo 33 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, párrafo (4), que reza “cuando la comparación de los textos auténticos revele una diferencia de sentido que no pueda resolverse con la aplicación de los artículos 31 y 39, se adoptará el sentido que mejor concilie esos textos, habida cuenta del objeto y fin del tratado”. En el caso del Artículo 52(1)(d) del Convenio CIADI, las versiones en inglés y francés inequívocamente requieren el quebrantamiento de una norma de procedimiento “fundamental” y, por ende, son más acotadas que la versión en español, que solo se refiere a una norma de procedimiento. Puesto que el denominador

²¹⁷ *Enron Creditors Recovery Corp. y Ponderosa Assets LP c. República Argentina* (Caso CIADI N.º ARB/01/3), Decisión sobre Anulación de 30 de julio de 2010, párr. 222 (“*Enron*”).

²¹⁸ *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina* (Caso CIADI N.º ARB/01/8), Decisión sobre Anulación de 25 de septiembre de 2007, párr. 96 (“*CMS*”).

común entre los tres textos es que todos permiten la anulación en el supuesto de un quebrantamiento grave de una norma de procedimiento “fundamental”, parecería que el sentido que mejor concilia los tres textos es uno que requiere un quebrantamiento “grave” de una norma de procedimiento “fundamental”. Asimismo el Comité considera que esta interpretación encuadra mejor con el objeto y fin del Convenio, que otorga un papel restringido a los procedimientos de anulación, tal como se analiza en la Parte III de la presente Decisión. Esta interpretación también es la consistentemente adoptada en la jurisprudencia de los comités *ad hoc*²¹⁹.

200. A la luz de lo expuesto, el Comité procede sobre la base de que el Artículo 52(1)(d) autoriza la anulación solo si se cumplen dos condiciones: la norma de procedimiento involucrada debe ser fundamental, y el quebrantamiento de esa norma debe ser grave. El Comité del caso *MINE* sintetizó las repercusiones de este doble requisito en los siguientes términos:

Un primer comentario respecto de esta disposición se refiere al término “grave”. A fin de constituir una causa 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 considerable y debe ser tal que prive a una de las partes del beneficio o la protección que la norma pretendía brindar.

Un segundo comentario se refiere al término “fundamental”; incluso un quebrantamiento grave de una norma de procedimiento no dará lugar a la anulación, a menos que la norma sea “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 a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos”. No debe entenderse que el término “norma de procedimiento fundamental” incluye necesariamente a todas las Reglas de Arbitraje adoptadas por el Centro²²⁰ [Traducción del Comité].

²¹⁹ Véase, en particular, *Repsol YPF Ecuador SA c. Petroecuador* (Caso CIADI N.ºARB/01/10), Decisión sobre Anulación de 8 de enero de 2007, párr. 81 (“*Repsol*”) y Schreuer, *Commentary*, nota 53, *supra*, Artículo 52, párrs. 280-281.

²²⁰ *MINE*, nota 70, *supra*, párrs. 5.05-5.06.

2. Aplicación del TBI Argentina-Francia y no aplicación del TBI Argentina-Luxemburgo

201. En su Laudo, el Tribunal señaló que “[l]as Partes están mayormente de acuerdo en que el presente caso puede y debería ser resuelto únicamente sobre la base del TBI entre Argentina y Francia”²²¹. Sin embargo, luego, observó que hay una importante excepción relativa a una

“excepción opuesta por la Demandada opuesta exclusivamente contra la Demandante León, es decir que el Artículo 3(2) del TBI entre Argentina y Luxemburgo expresamente exime a Argentina de toda responsabilidad que pueda resultar de “...medidas necesarias para el mantenimiento del orden público”²²².

202. No obstante, el Tribunal entendió que el caso en su totalidad debía decidirse conforme al TBI Argentina-Francia, y que no era necesario aplicar el TBI Argentina-Luxemburgo²²³. El Artículo 3(2) de este último tratado deviene irrelevante para la decisión, aunque el Tribunal destacó que:

Si el Tribunal hubiera decidido resolver esta diferencia sobre la base del Artículo 3(2) del TBI entre Argentina y Luxemburgo, la defensa del “orden público” podría haber prosperado. No obstante, este no es el caso²²⁴.

203. En su Solicitud y en sus alegatos escritos, Argentina denuncia la falta de aplicación del TBI Argentina-Luxemburgo²²⁵. En las audiencias orales, sin embargo, mientras sostenía esa queja, Argentina agregó un argumento de que el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades al decidir que el TBI Argentina-Francia se aplicaba a los reclamos de León; puesto que León era una sociedad constituida en Luxemburgo, alega Argentina, no existían motivos por los que su reclamo pudiera caer dentro del alcance de ese tratado²²⁶.

204. Las Demandantes sostienen que Argentina no podía formular este reclamo acerca del Laudo por este motivo a esta altura tan tardía del procedimiento²²⁷. El Comité disiente. Si bien es una pena que la cuestión no se alegara con mayor claridad, el Comité considera que la queja

²²¹ Laudo, párr. 179.

²²² Laudo, párr. 180.

²²³ Laudo, párrs. 884-887.

²²⁴ Laudo, párr. 888.

²²⁵ Solicitud, párr. 33-34; Memorial, párrs. 141-144; Réplica, párrs. 90-99.

²²⁶ Transcripción, pág. 66.

²²⁷ Transcripción, pág. 214.

acerca de la *aplicación* del TBI Argentina-Francia es solo la otra cara de la moneda de la queja acerca de la *falta de aplicación* del TBI Argentina-Luxemburgo a los reclamos de León. Por ende, la cuestión se planteó oportunamente²²⁸.

205. Las Demandantes también argumentan que la posición de León era irrelevante, porque en 2005 –mucho antes de la fecha del Laudo o incluso los alegatos sobre el fondo de la controversia– las participaciones de León en SODEMSA se habían transferido a IADESA así como su derecho a reclamar ante el CIADI se había transferido a EDFI, de modo que para el momento de la audiencia sobre el fondo, EDFI tenía los derechos sobre el reclamo ante el CIADI en su totalidad²²⁹. Así, las Demandantes alegan que “el Tribunal llegó a la conclusión lógica de que no necesitaba aplicar el TBI con Luxemburgo porque no había nada para lo cual había que aplicarlo”²³⁰. Argentina responde que León conservó su calidad de demandante durante el procedimiento, que la disposición del caso le otorgó una compensación –incluido el desagravio declarativo del primer párrafo– a “las Demandantes” sin distinguir entre ellas, y que la Decisión sobre Jurisdicción estableció que la fecha crítica era la de la solicitud de arbitraje, razón por la que León y SAURI conservaron su calidad de demandantes²³¹.

206. A fin de analizar este argumento, es necesario repasar los antecedentes de la participación de las Demandantes en EDEMSA. En el mes de julio de 1998, cuando el Gobierno de Mendoza celebró con EDEMSA el Contrato de Concesión que es parte central del caso planteado ante el Tribunal, un consorcio conformado por co-inversores argentinos de EDFI, SAURI y Crédit Lyonnais –todas las cuales eran y son sociedades francesas– compró el 51% de las acciones de EDEMSA. Estas participaciones quedaron en tenencia de SODEMSA, una sociedad constituida en Argentina. EDFI tenía el 45% de las acciones de SODEMSA y SAURI, el 15%. El 40% restante estaba en manos de otra sociedad argentina, MENDINVERT. Crédit Lyonnais tenía una participación del 70% en MENDINVERT, el 30% restante eran participaciones de inversores argentinos. Luego, Crédit Lyonnais

²²⁸ Las Demandantes también sugirieron que Argentina planteó la cuestión de la aplicación del TBI Argentina-Francia en respuesta a una pregunta del Comité (Transcripción, pág. 214). Sin embargo, la transcripción muestra que los representantes de Argentina habían planteado este punto poco antes de que el Comité formulara la pregunta a la que se refieren las Demandantes (véase, Transcripción, págs. 66-67).

²²⁹ Transcripción, págs. 214-217.

²³⁰ Transcripción, pág. 217.

²³¹ Transcripción, págs. 66-74 y 268-274.

transfirió sus participaciones en MENDINVERT a León, una sociedad constituida en Luxemburgo y totalmente controlada por Crédit Lyonnais. Esa era la situación al momento de la presentación de la Solicitud de Arbitraje Modificada el día 4 de agosto de 2003. La Solicitud Modificada buscó agregar a León como demandante al procedimiento ya comenzado por EDFI y SAURI el día 16 de junio de 2003. El Tribunal señaló que:

Se destaca que la Demandante León es una cesionaria de la inversión hecha en Argentina por la subsidiaria Crédit Lyonnais y, por ende, tiene legitimación para presentar arbitrajes en virtud del TBI entre Argentina y Francia. Véase Solicitud Modificada, nota al pie 1. No obstante ello, en cuanto al hecho de que la nacionalidad luxemburguesa de dicha entidad precluye la legitimación, León invoca las disposiciones del [...] TBI entre Argentina y Luxemburgo²³².

207. En el año 2004 León se convirtió en una subsidiaria totalmente controlada por EDFI²³³. Luego León vendió sus acciones en MENDINVERT a una empresa argentina, IADESA, pero transfirió su derecho a la presente reclamación ante el CIADI a EDFI²³⁴. A su vez, EDFI, que antes había adquirido acciones de SAURI en SODEMSA, vendió la totalidad de su participación accionaria en SODEMSA a IADESA, si bien conservó su derecho sobre los reclamos ante el CIADI²³⁵.
208. En su Decisión sobre Jurisdicción, el Tribunal entendió que “[c]omo cuestión general, la fecha en que se inicia el procedimiento sirve como la fecha relevante para establecer la jurisdicción”²³⁶ y citó jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y de arbitraje al efecto. Así, el Tribunal arribó a la conclusión de que, no obstante las transferencias de 2004, SAURI y León debían conservar su calidad de demandantes²³⁷. Sin embargo, agregó que “[s]i SAURI y León tienen todavía derechos sustantivos es una cuestión diferente, que el Tribunal tendrá que examinar conjuntamente con el fondo de la diferencia”²³⁸.

²³² Laudo, párr. 9.

²³³ Decisión sobre Jurisdicción, párr. 7.

²³⁴ Decisión sobre Jurisdicción, párr. 88.

²³⁵ Decisión sobre Jurisdicción, párr. 91. En la Decisión sobre Jurisdicción, el Tribunal desestimó el argumento de Argentina basado en el laudo de *Loewen Group c. Estados Unidos de América*, 128 *International Law Reports* 334, que planteaba que la falta de propiedad continua desde la fecha en que surgió la controversia hasta la finalización del procedimiento de arbitraje obstaba a la jurisdicción. En este procedimiento no se realiza impugnación alguna a aquella decisión.

²³⁶ Decisión sobre Jurisdicción, párr. 93.

²³⁷ Decisión sobre Jurisdicción, párrs. 92 y 95.

²³⁸ Decisión sobre Jurisdicción, párr. 95.

209. Al analizar el fondo de la diferencia en su Laudo, el Tribunal afirmó que:

884. El Tribunal nota que las Demandantes no basan su reclamo sustantivo en el TBI entre Argentina y Luxemburgo, salvo en lo referente a las disposiciones que podrían ser incorporadas por vía de la Cláusula de la Nación Más Favorecida del TBI entre Argentina y Francia. Véase Escrito Posterior a la Audiencia sobre el Fondo de las Demandantes, párrafo 59.

885. Si bien las Demandantes invocaron el TBI entre Argentina y Luxemburgo en su Solicitud de Arbitraje, así como en ciertos escritos posteriores, solo lo hicieron en la medida en que dicho TBI pueda ser aplicado a los reclamos de León. La Demandante [sic] también advierte que los intereses en cuestión fueron en un principio de titularidad plena de empresas francesas.

886. En la actualidad, inversores franceses son titulares nuevamente de las acciones consideradas por el Tribunal en la determinación de la responsabilidad y los daños, incluidas las acciones que fueron de titularidad de León en otro momento. Crédit Lyonnais (una sociedad constituida en Francia) fue la primera titular de las acciones referidas, que luego fueron transferidas a León, una empresa totalmente controlada por aquella. En última instancia, dichas acciones fueron adquiridas por EDFI, momento en que todos los derechos de León en relación con la diferencia dirimida ante el CIADI fueron cedidos a EDFI, un inversor francés que es titular de los derechos en cuestión. Véase Escrito Posterior a la Audiencia sobre el Fondo de las Demandantes, párrafos 59-60.

887. En consecuencia, las reclamaciones de las Demandantes pueden ser resueltas a la luz del TBI entre Argentina y Francia exclusivamente²³⁹.

210. No cabe duda de que este fragmento demuestra que el Tribunal consideró que la reclamación real que debía considerar era la de EDFI, que para el momento del Laudo, tenía todos los derechos pertinentes sobre los reclamos ante el CIADI. El Comité no encuentra contradicción alguna entre ese reconocimiento y la conclusión, en la Decisión sobre Jurisdicción, de que la fecha crítica para la determinación de la jurisdicción era la fecha en que se inició el procedimiento de arbitraje. Como el Tribunal dejó en claro en su Decisión sobre Jurisdicción, la cuestión de la jurisdicción es independiente de la cuestión de qué derechos sustantivos poseía cada Demandante, en su caso²⁴⁰. De todos modos, si bien el Tribunal se enfocó en la posición de EDFI con bastante acierto, el Comité no acepta el argumento de las Demandantes de que la posición de León (y por ende también la de

²³⁹ Véase también el Laudo, párrs. 1151-1152.

²⁴⁰ Decisión sobre Jurisdicción, párr. 95.

SAURI, aunque no se han presentado impugnaciones respecto de esta empresa) devino irrelevante. León y SAURI conservaron su calidad de demandantes y la compensación establecida en la disposición del caso se otorgó a las “Demandantes”, sin trazar distinción alguna entre ellas. Si bien quizás León no pueda ejecutar el laudo que le otorga una compensación, puesto que transfirió sus derechos a EDFI, puede afirmarse que las tres Demandantes tienen el beneficio del desagravio declarativo otorgado en el párrafo I de la disposición del caso, donde consta la decisión del Tribunal de que:

La Demandada ha violado sus obligaciones de (i) respetar los compromisos específicos asumidos en relación con la inversión de las Demandantes y (ii) otorgar a las Demandantes un Tratamiento Justo y Equitativo con respecto a su inversión.

El Comité no está convencido del argumento de las Demandantes de que no corresponda la caracterización de este párrafo como de recurso declaratorio, sino que “se trató de la articulación de la conclusión del Tribunal de que Argentina había violado el Tratado Bilateral de Inversión” y de que “no otorgó ningún recurso como tal”²⁴¹. La forma del párrafo y su ubicación dentro de la disposición del caso significan que no puede descartarse tan fácilmente. Además, la Réplica sobre el Fondo de las Demandantes en el marco del procedimiento ante el Tribunal concluyó con una sección titulada “Petitorio de las Demandantes”, donde se solicitó en forma expresa que el Tribunal tomara la determinación que contiene el párrafo I de la disposición del caso²⁴², y el Laudo citó correctamente esa petición²⁴³.

211. Por ende, lo que se debe determinar es si a la luz de su anterior decisión sobre jurisdicción, el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades al sostener que León gozaba de derechos en virtud del TBI Argentina-Francia. En la opinión del Comité, el Tribunal no se extralimitó.
212. Es necesario recordar que en todos los momentos pertinentes León era totalmente controlada por una sociedad con sede en Francia; primero, Crédit Lyonnais, y luego, EDFI. Tenía su inversión en Argentina (las acciones de MENDINVERT, que a su vez tenía acciones en

²⁴¹ Transcripción, págs. 216-217.

²⁴² Réplica sobre el Fondo de las Demandantes, párr. 712; AC 15.

²⁴³ Laudo, párr. 880.

SODEMSA, y que a su vez tenía acciones en EDEMSA) en virtud de una transferencia de su entonces sociedad controlante, Crédit Lyonnais, y luego transfirió sus derechos sobre los reclamos ante el CIADI a EDFI. En otras palabras, esta inversión era básicamente francesa, y en última instancia su propiedad y control siempre pertenecieron a una sociedad francesa. Implicaría adoptar un enfoque por demás formal el sostener que, en estas circunstancias, el reclamo quedaría por fuera del alcance del TBI Argentina-Francia a menos que los términos de aquél tratado llevaran a tal decisión; y el Comité considera que no lo hacen.

213. Por el contrario, el Comité observa que la legitimación para reclamar con arreglo al TBI Argentina-Francia se rige por el Artículo 8(1) del TBI, que cubre “[t]oda controversia relativa a las inversiones, en el sentido del presente Acuerdo, entre una Parte Contratante y *un inversor de la otra Parte Contratante*” (énfasis agregado). El término “inversor” se define en el Artículo 1(2) del TBI, párrafo (c), cuya parte pertinente establece que:

El término "inversores" designa:

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

El Comité considera que esta disposición contempla a León, porque al momento de la Solicitud Modificada estaba efectivamente controlada por Crédit Lyonnais y luego por EDFI, ambas sociedades constituidas de conformidad a la legislación francesa y con sede en Francia.

214. En este contexto, el Comité entiende que no es posible considerar que la decisión del Tribunal de que los reclamos de León caían dentro del alcance del TBI Argentina-Francia involucre una extralimitación manifiesta en sus facultades. Puesto que, como el Comité ha explicado –y como surge con claridad de las propias presentaciones de Argentina– la decisión del Tribunal de no aplicar el TBI Argentina-Luxemburgo es solo la otra cara de la moneda de su decisión de aplicar el TBI Argentina-Francia, el Comité concluye que tal decisión no involucró una extralimitación manifiesta en las facultades.
215. El Comité no acepta que el Tribunal omitiera la expresión de motivos en que fundó su decisión sobre la aplicación de un TBI y la no aplicación del otro. El Tribunal dejó en claro, primero, que el reclamo se presentaba en virtud del TBI Argentina-Francia, y que el TBI

Argentina-Luxemburgo se invocaba solo en subsidio²⁴⁴. El Tribunal estudió en detalle la propiedad de León y su posición respecto de las otras Demandantes²⁴⁵. Su razonamiento demuestra que su conclusión de que el único TBI por aplicar era el TBI Argentina-Francia se fundó en el hecho de que originalmente la tenencia de la inversión pertenecía por completo a sociedades francesas y de que León solo estuvo implicada en virtud de una transferencia que le hizo su sociedad controlante, que conservó su propiedad y control, y que para el momento de la audiencia EDFI gozaba de todos los derechos pertinentes. En la opinión del Comité este razonamiento es suficiente para permitir que el lector siga la lógica que subyace a este aspecto del Laudo.

216. El Comité tampoco está convencido del argumento de Argentina de que el Tribunal se contradijo. El Comité no ve contradicción alguna entre las referencias al TBI Argentina-Luxemburgo en la Decisión sobre Jurisdicción y la conclusión incluida en el Laudo de que el derecho aplicable a las cuestiones sustantivas era el contenido en el TBI Argentina-Francia. El hecho de que, incluso tras concluir que el presente caso debía determinarse por referencia al último tratado, el Tribunal siguió refiriéndose a la interpretación del TBI Argentina-Luxemburgo²⁴⁶ se debe a que las Demandantes invocaron la cláusula paraguas de aquél tratado; pero lo hicieron invocando la cláusula NMF del TBI Argentina-Francia, y fue en aquel TBI en que fundaron su reclamo. En lo que concierne al supuesto conflicto entre los párrs. 886 y 1099 del Laudo, a los que se refirió Argentina en la audiencia²⁴⁷, el Comité no puede ver la contradicción. Los dos párrafos tratan cuestiones distintas: el primero demuestra que en última instancia EDFI adquirió todos los derechos de León sobre el reclamo ante el CIADI; y el segundo deja en claro que León y EDFI no transfirieron los derechos sobre el reclamo ante el CIADI cuando vendieron sus acciones en MENDINVERT y SODEMSA respectivamente a IADESA.
217. Por último, el Comité no acepta el argumento de Argentina de que hubo un quebrantamiento grave de una norma de procedimiento fundamental respecto de esta cuestión. Si bien este quebrantamiento se alegó en la Solicitud y en el Memorial, no se desarrolló con seriedad hasta un breve fragmento en los párrafos 98-99 de la Réplica, donde Argentina alegó que “la

²⁴⁴ Laudo, párr. 9.

²⁴⁵ Decisión sobre Jurisdicción, párrs. 9, 82-92; Laudo, párrs. 72, 171-175, 884-887 y 1151.

²⁴⁶ Véase, por ejemplo, Laudo, párr. 889.

²⁴⁷ Transcripción, pág. 60.

decisión del Tribunal de no respetar la fecha crítica reconocida en la Decisión de Jurisdicción y de no aplicar el TBI Argentina-Luxemburgo, ocasionó una afrenta al debido proceso”. Se afirmó que esta afrenta resulta del hecho de que a Argentina se le negó la oportunidad de oponer excepciones (con arreglo al Artículo 3(2) del TBI Argentina-Luxemburgo) que podrían haber afectado el monto de la compensación. Este, sin embargo, no es en realidad un argumento sobre el debido proceso, sino sobre la sustancia de la decisión del Tribunal. Argentina considera que la decisión del Tribunal sobre el derecho aplicable fue desatinada, pero eso no la convierte en una extralimitación en sus facultades. No hay pruebas de que la cuestión no se debatiera en su totalidad ni de que a Argentina se le negara la oportunidad de presentar sus argumentos al respecto. Consecuentemente, no hay causal de anulación conforme al Artículo 52(1)(d).

3. No aplicación del derecho argentino

218. Argentina también impugna lo que caracteriza como falta de aplicación del derecho argentino por parte del Tribunal, y su omisión de los motivos para ello. En este contexto, es menester recordar las disposiciones del Convenio CIADI y del TBI en materia de derecho aplicable. 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 aplicables²⁴⁸.

El Artículo 8(4) del TBI Argentina-Francia dispone que:

²⁴⁸ El texto en francés dice:

Le Tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties. Faute d'accord entre les parties, le Tribunal applique le droit de l'Etat contractant partie au différend—y compris les règles relatives aux conflits de lois—ainsi que les principes de droit international en la matière.

El texto en inglés dice:

The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be available.

No parecen haber diferencias entre los tres textos.

The arbitration organization shall rule based on the provisions of this Agreement, on the laws of the Contracting Party that is a party to the dispute – including rules relating to the conflicts of laws – and on the terms of any special agreements made in connection with the investment, and on the principles of international law on the subject.

Los textos auténticos son los siguientes:

L'organe d'arbitrage statuera, sur la base des dispositions du présent Accord, du droit de la Partie contractante partie au différend – y compris les règles relatives au conflits de loi - , des termes des accords particuliers éventuels qui auraient été conclus au sujet de l'investissement ainsi que des principes de droit international en la matière.

y

El órgano arbitral decidirá en base a las disposiciones del presente Acuerdo, al derecho de la Parte Contratante que sea parte en la controversia – incluidas las normas relativas a conflictos de leyes – y a los términos de eventuales acuerdos particulares concluidos con relación a la inversión como así también a los principios del Derecho Internacional en la materia.

Si bien la traducción al inglés puede carecer de cierta elegancia (por ej., al utilizar el término “*laws*”, en lugar de “*law*” como traducción de “*droit*” y de “derecho”), no existen diferencias sustanciales entre los textos.

219. El Artículo 8(4) del TBI constituye el acuerdo entre las Partes respecto del derecho aplicable, dado que el TBI constituye el texto del acuerdo de arbitraje²⁴⁹. Por ende, el derecho aplicable consiste del texto del mismo TBI, el derecho argentino y los principios del derecho internacional, así como los términos de los acuerdos particulares que puedan ser pertinentes, como el Contrato de Concesión. No obstante, el hecho de que un sistema jurídico determinado suministre parte del derecho aplicable no significa que ese derecho rijan un aspecto específico de la diferencia entre las Partes. La naturaleza de cada pretensión en particular determinará cuál de los diversos derechos aplicables la rige. Por ende, la interpretación y aplicación del Contrato de Concesión claramente han de determinarse por referencia al derecho argentino como la legislación adecuada del contrato. En contraste, si la

²⁴⁹ Schreuer, *Commentary*, nota 53, *supra*, pág. 558, Artículo 42, párr. 23.

cuestión por determinar se refiere a la interpretación o aplicación del TBI, estas cuestiones se rigen conforme al derecho internacional.

220. Es sobre la base de lo que antecede que se deben entender las conclusiones del Tribunal de que “en el contexto del TBI entre Argentina y Francia, los términos de dicho Tratado contienen el principio rector de la decisión” y de que “en la presente diferencia, el TBI ofrece los fundamentos y el marco principales para la consideración por parte del Tribunal de la protección del inversor”²⁵⁰. Las cuestiones planteadas ante el Tribunal se referían a alegaciones de violaciones al TBI. Estas cuestiones sólo podían resolverse por referencia a los términos del TBI y a los principios del derecho internacional sobre materias como la interpretación de los tratados. Ante el Tribunal, Argentina argumentó que el derecho argentino confería amplias facultades para responder a una emergencia como la crisis económica a la que se enfrentó Argentina en los años 2001-2002. No obstante, el Tribunal concluyó que aun si el derecho argentino habría permitido las diversas acciones llevadas a cabo por las autoridades federales y mendocinas, que afectaron la inversión de las Demandantes, eso no habría obstado a que aquellas acciones conformaran una violación del TBI. Esa conclusión se fundó en la interpretación del derecho internacional, reflejado en el Artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969 y el Artículo 3 de los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad de los Estados, de que un Estado no puede invocar su derecho interno para justificar la falta de observancia de sus obligaciones con arreglo a un tratado, y de que la ilicitud de un acto conforme al derecho internacional no se ve afectada por la caracterización del acto como lícito conforme al derecho nacional²⁵¹. Por ello, no hubo una extralimitación manifiesta en las facultades en la forma de una falta de aplicación del derecho aplicable. El Tribunal había señalado los principios pertinentes del derecho argentino en su Laudo, pero concluyó que aquellos principios no afectaban las cuestiones específicas que el Tribunal debía decidir, porque aquellas cuestiones se regían por los términos del TBI interpretados y aplicados a la luz de los principios pertinentes del derecho internacional. Esta conclusión

²⁵⁰ Laudo, párr. 904.

²⁵¹ Laudo, párrs. 905-908.

tiene amplio respaldo doctrinario²⁵², y el Comité la considera irreprochable como cuestión lógica.

221. El Comité tampoco está convencido de que el Tribunal no haya expresado adecuadamente los motivos en que fundó su conclusión. Argentina argumenta que el Tribunal se refirió a la primacía del derecho internacional en el caso de un conflicto entre el derecho argentino y el derecho internacional, sin indicar cuál era el conflicto. Sin embargo, el razonamiento del Tribunal es claro. El Tribunal consideró que lo que el derecho argentino dispusiera no implicaría ninguna diferencia para el resultado de las cuestiones planteadas al Tribunal: si el derecho argentino llevaba al mismo resultado que el derecho internacional, sencillamente no habría diferencia; y si llevaba a un resultado distinto, entonces prevalecería el derecho internacional. Esta razón sencillamente no convenció a Argentina, pero el Artículo 52(1)(e) no permite la anulación a causa de que el razonamiento del Tribunal no parezca convincente. Como ya ha explicado el Comité (véanse, párrs. 194 a 195, *supra*), lo que importa es si “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”²⁵³.
222. El Comité no encuentra fundamentos por los que se pueda decir que el Tribunal haya incurrido en un quebrantamiento grave de una norma de procedimiento fundamental respecto de esta parte de su decisión.

4. Discriminación

223. La última impugnación de Argentina bajo este título se refiere a la decisión del Tribunal respecto de que las Demandantes debieran o no demostrar la discriminación para establecer la existencia de una violación al TBI.
224. Esta impugnación se basa en el párrafo 146 de la Decisión sobre Jurisdicción, donde el Tribunal afirmó lo siguiente:

Para establecer violaciones de un tratado, las Demandantes deberán demostrar que la promulgación y aplicación por la Demandada de las Medidas de Emergencia constituyó un comportamiento discriminatorio en la forma

²⁵² Véanse, por ejemplo, la doctrina citada en el párr. 908 del Laudo y los comentarios de Schreuer, *Commentary*, nota 53, *supra*, págs. 617-630, Artículo 42, párrs. 204-230.

²⁵³ *Vivendi I*, nota 70, *supra*, párr. 64.

definida en los tratados sobre inversiones celebrados con Francia y con Luxemburgo. El Tribunal tendrá que examinar, *inter alia*, los motivos de la Demandada y los efectos de las Medidas de Emergencia, así como si constituían o no una tentativa de privar a las Demandantes de sus derechos por el mero hecho de ser inversores extranjeros.

225. En el Laudo, el Tribunal desestimó la reclamación de las Demandantes de que las medidas implementadas violaron la prohibición de la discriminación²⁵⁴. No obstante, rechazó el argumento de Argentina de que el párrafo citado de la Decisión sobre Jurisdicción sentaba un requisito general de la intención de discriminar como requisito previo para la compensación en virtud de cualquier disposición del TBI. Cabe citar el párrafo completo del Laudo en que se abordó esta cuestión. El Tribunal citó el párrafo 146 de la Decisión sobre Jurisdicción (descrita arriba) y continuó:

916. En contexto, el citado texto no supedita la compensación a un requisito de discriminación. Más bien, el texto relevante hace referencia a la excepción a la jurisdicción de la Demandada según el Artículo 25(1) del Convenio CIADI.

917. En este punto, el Tribunal tuvo que evaluar si las Demandantes habían demostrado *prima facie* que la presente disputa guarda una vinculación directa con sus inversiones. Párrafo 142 de la Decisión sobre Jurisdicción del 5 de agosto de 2008.

918. Al concluir que dicha relación existía, y solo a esos efectos, el Tribunal tomó nota de las alegaciones de las Demandantes sobre un patrón de conducta discriminatoria.

919. El Tribunal luego procedió a afirmar que la Demandada tendría la oportunidad de poner a prueba dichas alegaciones, pero que las Demandantes tenían la carga probatoria respecto de la alegada discriminación.

920. El Tribunal no estableció un requisito general de discriminación como base de la responsabilidad según las disposiciones del Tratado, sino simplemente manifestó que cualesquiera alegaciones sobre una violación de un tratado basadas en una conducta discriminatoria deberían ser probadas por las Demandantes.

226. El Comité considera que la conclusión del Tribunal es absolutamente compatible con los términos del TBI y con las partes pertinentes de la Decisión sobre Jurisdicción. Por ende, no implicó ninguna extralimitación manifiesta en las facultades. El razonamiento es claro y

²⁵⁴ Laudo, párrs. 1101-1107.

permite al lector comprender la decisión del Tribunal, por lo que no hay una omisión de expresión de motivos que se pueda anular con arreglo al Artículo 52(1)(e) del Convenio CIADI. El Comité tampoco encuentra nada que pudiera sugerir un quebrantamiento grave de una norma de procedimiento fundamental.

227. En consecuencia, el Comité rechaza la solicitud de anulación del Laudo sobre la base de las causas abordadas en esta sección de la Decisión.

VI. Derechos derivados y la cláusula paraguas

A. Disposiciones pertinentes del Tratado

228. Esta parte del caso aborda la decisión del Tribunal de que, en virtud de la cláusula NMF del Artículo 4 del TBI Argentina-Francia, las Demandantes podían invocar las cláusulas paraguas del TBI Argentina-Luxemburgo y el TBI Argentina-Alemania. Luego concluyó que Argentina había violado su obligación de respetar los compromisos a los que se refieren estas cláusulas paraguas. La parte pertinente del Artículo 4 del TBI Argentina-Francia establece que (en su versión en inglés):

Within its territory and in its maritime zone, each Contracting Party shall provide to the investors of the other Party, with respect to their investments and activities associated with such investments, a treatment no less favourable than that accorded to its own investors or the treatment accorded to investors of the most favoured Nation if the latter is more advantageous. ...

No hay indicio alguno de que la versión en inglés no sea una traducción satisfactoria de los textos auténticos en francés y español.

229. La cláusula paraguas del TBI Argentina-Luxemburgo (Artículo 10(2)) reza:

Each of the Contracting Parties shall respect at all times the commitments it has undertaken with respect to investors of the other Party.

Esta traducción al inglés es la que se utilizó a lo largo del procedimiento de arbitraje. Las Demandantes se refirieron a ella como una traducción acordada²⁵⁵, pero Argentina la

²⁵⁵ Transcripción, pág. 329-330.

cuestionó²⁵⁶, y a partir de la Decisión sobre Jurisdicción parece, en efecto, que se trataba de una traducción proporcionada por las Demandantes²⁵⁷. No obstante, es cierto que fue la traducción utilizada, aparentemente sin recibir comentarios adversos, por ambas Partes a lo largo del procedimiento ante el Tribunal y, de hecho, se incluyó una copia de dicha versión en el carpeta de materiales principales que Argentina presentó al Comité durante las audiencias sobre anulación. Sin embargo, durante el transcurso de las audiencias, Argentina sugirió que la traducción no era un reflejo completamente fiel de los textos auténticos. El texto en español dice:

Cada una de las Partes Contratantes respetará en todo momento los compromisos contraídos con los inversores de la otra Parte Contratante.

Según Argentina, la siguiente sería una traducción más exacta:

Each Contracting Party shall respect at all times the commitments entered into with the investors of the other Contracting Party²⁵⁸.

230. Se planteó una cuestión similar respecto de la cláusula paraguas del TBI Argentina-Alemania (Artículo 7(2)). La traducción utilizada en el procedimiento ante el Tribunal reza:

Each Contracting Party shall comply with any other commitment undertaken in connection with the investments made by nationals or companies from the other Contracting Party in the former's territory.

El texto en español dice:

Cada Parte Contratante cumplirá cualquier otro compromiso que haya contraído con relación a las inversiones de nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante en su territorio.

Según Argentina, la siguiente sería una traducción más exacta:

²⁵⁶ Transcripción, pág. 332.

²⁵⁷ Decisión sobre Jurisdicción, pág. 21, nota al pie 14.

²⁵⁸ Transcripción, pág. 239 y diapositiva 9 de la carpeta con el alegato de cierre de la Demandada.

Each Contracting Party shall comply with any other commitment it has entered into in relation to the investments of nationals or companies of the other Contracting Party in the former's territory²⁵⁹.

231. Las Demandantes objetan a la introducción de estas nuevas traducciones durante el procedimiento oral por parte de Argentina, en particular porque las introdujo durante la segunda ronda de argumentos²⁶⁰. El Comité concuerda en que es muy desafortunado que, si hubo un problema con las traducciones al inglés, esto no se planteara mucho antes en el curso del procedimiento. Sin embargo, no considera que esto pueda impedir que Argentina lo plantee en este momento. El TBI Argentina-Luxemburgo es auténtico en holandés, francés y español, mientras que el TBI Argentina-Alemania es auténtico en alemán y español. En ambos casos, la traducción al inglés no es oficial. En la medida en que lo que se debe determinar es si el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades o no, el Comité considera que no puede pasar por alto una posible diferencia entre la traducción no oficial y los textos auténticos. La cuestión difiere si lo que se debe determinar es si hubo una omisión de expresión de motivos del Tribunal. El Comité considera que no puede penalizarse a un tribunal, en lo que concierne a la falta de expresión adecuada de motivos, por haber utilizado una traducción que ninguna de las Partes sugirió que pudiera ser inexacta en ningún momento del procedimiento ante el Tribunal. A fin de cuentas, por los motivos expresados a continuación, nada depende de las diferencias entre las diversas traducciones proporcionadas.

B. Las cuestiones planteadas por Argentina y la Decisión del Comité

232. La impugnación de la Argentina bajo este título tiene tres ramificaciones diferentes. Como cada una de estas ramificaciones plantea cuestiones distintas, es más conveniente organizar esta parte de la Decisión abordando cada ramificación en una sección independiente, en lugar de revisar los argumentos de las Partes sobre los tres puntos y luego proceder al análisis del Comité.

233. Respecto de cada ramificación, Argentina parece argumentar que el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades, no expresó los motivos de su decisión, y cometió un

²⁵⁹ Transcripción, pág. 241 y diapositiva 9 de la carpeta con el alegato de cierre de la Demandada.

²⁶⁰ Transcripción, pág. 330.

quebrantamiento grave de una norma de procedimiento fundamental²⁶¹. Sin embargo, no se proporcionaron detalles específicos ni se esgrimieron argumentos que respaldaran el reclamo de que hubo un quebrantamiento grave de una norma de procedimiento fundamental. Por ello, el Comité desestima este aspecto de la impugnación de Argentina, si bien agrega, en aras de la integridad, que considera que nada consta en el expediente que pueda sugerir –menos aún demostrar– un quebrantamiento grave de una norma de procedimiento fundamental.

a. La cláusula NMF y las cláusulas paraguas

(1) Las posiciones de las Partes

234. El primer argumento de Argentina consiste en que una cláusula NMF no puede utilizarse para importar en el tratado en el que se encuentra una forma de protección diferente de las formas ya previstas en el tratado²⁶². En ese sentido, presenta un argumento *ejusdem generis* e invoca la decisión de *Hochtief c. República Argentina*²⁶³, en la que un tribunal CIADI, convocado para determinar el alcance de la cláusula NMF del TBI Argentina-Alemania, señaló:

... no puede suponerse que Argentina y Alemania tenían la intención de que la cláusula NMF generara derechos enteramente nuevos, cuando los mismos no estaban contemplados en el TBI Argentina-Alemania. ...La cláusula NMF no constituye un *renvoi* a una gama de fuentes y sistemas de derechos y obligaciones totalmente diferentes, sino un principio aplicable al ejercicio de derechos y obligaciones efectivamente garantizados por el TBI que contenga la cláusula NMF²⁶⁴.

235. Según Argentina, la aplicación de la cláusula NMF por parte del Tribunal implicó una extralimitación manifiesta en sus facultades. Además, Argentina se queja de que el Tribunal nunca expresó adecuadamente los motivos de su decisión sobre este punto.

236. Las Demandantes replican que este argumento es justamente el que se rechazó en la Decisión sobre Jurisdicción²⁶⁵. Si bien *Hochtief* se refería al uso de una cláusula NMF para

²⁶¹ Solicitud, párrs. 23-25.

²⁶² Solicitud, párr. 23; Memorial, párr. 95; Transcripción, págs. 40-43 y 245-248.

²⁶³ *Hochtief Aktiengesellschaft c. República Argentina* (Caso CIADI N.º ARB/07/31), Decisión sobre Jurisdicción de 24 de octubre de 2011 (“*Hochtief*”).

²⁶⁴ *Ibid.*, párr. 81.

²⁶⁵ Memorial de Contestación, párrs. 87-89; Dúplica, párrs. 55-57; Transcripción, págs. 335-336.

importar una disposición en materia de arbitraje entre inversor y Estado de otro TBI (una cuestión que resultó ser muy controversial), en el caso que nos ocupa el Tribunal utilizó la cláusula NMF del TBI Argentina-Francia para importar un estándar de protección sustantivo completamente compatible con aquellos ya previstos en el TBI Argentina-Francia. Según las Demandantes, esto es justamente aquello para lo cual siempre se han utilizado estas cláusulas, y no existe controversia alguna respecto de la licitud de este uso. Además, el Tribunal explicó, de manera detallada en el Laudo, el razonamiento que lo llevó a su conclusión acerca de la cláusula NMF.

(2) *La decisión del Comité*

237. El Comité considera que el empleo de la cláusula NMF por parte del Tribunal no involucró un error pasible de anulación. La redacción de la cláusula NMF, que se cita en el párrafo 228, *supra*, es lo suficientemente amplia como para abarcar el uso de una cláusula paraguas de otro TBI. La cláusula se refiere al “tratamiento” acordado a los inversores de la nación más favorecida. Si los inversores alemanes en Argentina gozan del beneficio de una disposición del tratado que exige que el Estado receptor cumpla los compromisos asumidos (o celebrados) en relación con su inversión, entonces se les está acordando un tratamiento que no se otorga expresamente a los inversores franceses conforme al TBI Argentina-Francia. Esa situación cae claramente dentro de los términos de la cláusula NMF. Aun si Argentina acierta al argumentar que las cláusulas NMF deberían sujetarse a una limitación *ejusdem generis* –respecto de lo que es innecesario que el Comité se expida–, la cláusula paraguas es parte del mismo *genus* de disposiciones sobre la protección sustantiva de las inversiones que la cláusula de tratamiento justo y equitativo y otras disposiciones similares contempladas en el TBI Argentina-Francia.
238. El Comité considera que el caso *Hochtief* versó sobre una cuestión totalmente diferente, a saber, si una cláusula NMF se puede emplear para otorgar a un inversor que reclama con arreglo a un TBI el beneficio de una disposición sobre arbitraje más generosa de otro TBI. La cuestión ha dividido a los tribunales en números prácticamente iguales de decisiones que aceptan o rechazan la aplicación de una cláusula NMF a una disposición sobre arbitraje²⁶⁶.

²⁶⁶ Comparar las decisiones sobre este punto de *Siemens AG c. Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/02/8, 3 de agosto de 2004, y *Hochtief*; con las de *Wintershall AG c. Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/04/14, 8 de

Este caso, sin embargo, se refiere al uso de una cláusula NMF para aprovechar una disposición sobre tratamiento sustantivo. En este respecto, ha habido un grado mucho mayor de unanimidad. Es cierto que el comentario realizado en el marco de *Hochtief* citado *supra* (véase párrafo 234) se realiza en términos más generales, pero debe analizarse en el contexto de la cuestión efectivamente planteada ante el tribunal en ese caso. Asimismo, como ya ha afirmado el Comité, la obligación de cumplir con los compromisos contraídos respecto de las inversiones es parte del mismo *genus* del tratamiento de las inversiones protegidas por las disposiciones del TBI Argentina-Francia. Por ello, el Comité rechaza el argumento de que hubo una extralimitación manifiesta en las facultades cuando el Tribunal aplicó la disposición de la NMF para permitir que las Demandantes invocaran las cláusulas paraguas de otros TBI de los que Argentina es parte.

239. Tampoco hubo una omisión de expresión de motivos del Tribunal acerca de su decisión sobre este punto. Por el contrario, estos motivos se detallan con cierto grado de detalle en los párrafos 921 a 937 del Laudo.

b. Derechos derivados

(1) Posiciones de las Partes

240. La segunda ramificación del argumento de Argentina bajo este título se encapsula en el siguiente fragmento del Memorial:

El derecho internacional general no permite las acciones indirectas como la que ejercieron las Demandantes en este arbitraje y admitió el Tribunal. Para poder hacer el reclamo, las Demandantes debían ser titulares de los derechos invocados²⁶⁷.

241. Argentina sostiene que este principio se funda en las decisiones de la Corte Internacional de Justicia en *Barcelona Traction*²⁶⁸, *ELSI*²⁶⁹ y *Diallo*²⁷⁰. Según Argentina, estos casos, que reflejan la postura en virtud del derecho interno, trazan una clara distinción entre el

diciembre de 2008, y *Daimler Financial Services c. Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/05/01, 22 de agosto de 2010. Los cuatro casos se decidieron con arreglo al TBI Argentina-Alemania.

²⁶⁷ Memorial, párr. 70. Véase también la Réplica, párr. 61.

²⁶⁸ *Barcelona Traction*, nota 12, *supra*.

²⁶⁹ *ELSI*, nota 13, *supra*.

²⁷⁰ *Diallo*, nota 14, *supra*.

accionista y la sociedad, y el Tribunal la debería haber aplicado para impedir que las Demandantes reclamaran por daños supuestamente cometidos contra EDEMSA.

242. Además, Argentina sostiene que el enfoque del Tribunal tuvo el efecto de tornar superflua la cláusula final del Artículo 25(2)(b) del Convenio CIADI, que establece que:

Se entenderá como “nacional de otro Estado Contratante”:

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

Según Argentina, esta disposición se incluyó en el Convenio precisamente porque la regla general era que los accionistas no pudieran reclamar por daños cometidos contra la sociedad, por lo que debía hallarse un medio para que una sociedad constituida en el Estado demandado pudiera reclamar por derecho propio.

243. Permitir que los accionistas reclamen, sostiene Argentina, conlleva el riesgo de una doble compensación por el mismo daño. Argentina acusa al Tribunal de no haber reconocido este riesgo en su Laudo. También afirma que el razonamiento del Tribunal es contradictorio porque “[e]l Tribunal, sin embargo, primero mezcló y luego separó a EDEMSA y sus accionistas de una manera completamente arbitraria”²⁷¹. En particular, se queja de que el Tribunal ignoró el aumento de las tarifas permitido a EDEMSA en 2005 sobre la base de que las Demandantes ya habían dispuesto de sus participaciones en la sociedad para ese momento²⁷².
244. Argentina sostiene que, al permitir que las Demandantes reclamaran por daños supuestamente cometidos contra EDEMSA en lugar de contra ellas, el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades y no expresó los motivos para ello.

²⁷¹ Memorial, párr. 74.

²⁷² Memorial, párr. 75.

245. Las Demandantes aducen que el Tribunal acertó al desestimar el argumento de Argentina sobre este punto en su Decisión sobre Jurisdicción²⁷³. Según las Demandantes, las decisiones de la Corte Internacional de Justicia se referían al derecho de un Estado a la protección diplomática de sus nacionales, y no al derecho de los inversores a presentar reclamos por derecho propio con arreglo a disposiciones de un TBI. Las disposiciones del TBI Argentina-Francia definen “inversor” e “inversión” en términos suficientemente amplios como para que los inversores, tales como las Demandantes, estuvieran facultados para incoar reclamos respecto de sus inversiones no obstante la existencia de una sociedad local como vehículo de inversión. Asimismo, las Demandantes sostienen que fue Argentina quien insistió en que la Concesión solo pudiera perfeccionarse a través de una sociedad constituida en forma local²⁷⁴.
246. Las Demandantes también rechazan la sugerencia de que el Tribunal ignoró las medidas adoptadas en beneficio de EDEMSA una vez que las Demandantes habían dispuesto de sus participaciones. Por el contrario, afirman que el Tribunal rechazó el argumento de las Demandantes de que debía ignorar los eventos posteriores a esa fecha e insistió en reducir la cuantía de la indemnización por daños que debía pagarse en consecuencia²⁷⁵.
247. Las Demandantes niegan la existencia de una extralimitación manifiesta en las facultades y afirman que el Tribunal expresó los motivos de su decisión en forma adecuada.

(2) *La decisión del Comité*

248. El Tribunal consideró acertadamente que el hecho de que las Demandantes pudieran o no reclamar respecto de medidas que afectaron a EDEMSA en forma directa es una cuestión que rigen los términos del Convenio CIADI y el TBI Argentina-Francia.
249. Dentro del Convenio, la disposición que rige esta cuestión es el Artículo 25, cuya parte pertinente dice:

(1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado

²⁷³ Memorial de Contestación, párrs. 109-111.

²⁷⁴ Transcripción, pág. 212-213.

²⁷⁵ Memorial de Contestación, párrs. 112-116.

Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.

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

...

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

250. El hecho de que las Demandantes son todas personas jurídicas que, a la fecha pertinente, tenían la nacionalidad de un Estado Contratante distinto de Argentina no está controvertido. Tampoco está en duda el hecho de que EDEMSA era una persona jurídica argentina y de que no existía ningún acuerdo del tipo que se menciona en la cláusula final del Artículo 25(2)(b) que habría permitido a EDEMSA ser parte del procedimiento. Por último, el Comité recuerda que, en su Decisión sobre Jurisdicción, el Tribunal entendió que el Artículo 25 exigía que “[l]a diferencia debe surgir directamente de una inversión, pero la inversión misma no tiene necesidad de ser directa”²⁷⁶. Esta es sencillamente la lectura correcta del texto de la disposición.
251. El Comité disiente respecto de que el enfoque del Tribunal haya vuelto redundante la cláusula final del Artículo 25(2). La cláusula se refiere a las situaciones en que una sociedad, como EDEMSA, constituida en el Estado demandado, puede reclamar con arreglo al Convenio. Afirmar, como lo hizo el Tribunal, que los inversores que controlaban a EDEMSA en última instancia puedan reclamar por derecho propio por una violación al tratado cometida presuntamente contra EDEMSA no es en absoluto equivalente a permitir que reclame la misma EDEMSA. Por ejemplo, si hubiera existido un acuerdo del tipo que se contempla en la cláusula final del Artículo 25(2), EDEMSA podría haber reclamado por incumplimiento contractual, a diferencia de las Demandantes.

²⁷⁶ Decisión sobre Jurisdicción, párr. 159.

252. Por ello, el Comité concluye que el Tribunal no se extralimitó manifiestamente en sus facultades al decidir que se habían satisfecho los requisitos del Artículo 25 del Convenio.

253. El Artículo 8(1) del TBI dispone que las disposiciones sobre la resolución de controversias del Artículo 8 son aplicables a “[t]oda controversia relativa a las inversiones, en el sentido del presente Acuerdo, entre una Parte Contratante y un inversor de la otra Parte Contratante”. El “sentido del presente Acuerdo” que rige el significado de las “inversiones” es el del Artículo 1(1), que establece:

El término "inversiones" designa los activos tales como los bienes, derechos e intereses de cualquier naturaleza y, en particular, aunque no exclusivamente:

(a) los bienes muebles e inmuebles y todos los derechos reales como hipotecas, privilegios, usufructos, cauciones y derechos análogos;

(b) las acciones, primas de emisión y otras formas de participación, aún minoritarias o indirectas, en las sociedades constituidas en el territorio de una de las Partes Contratantes;

(c) las obligaciones, acreencias y derechos a toda prestación que tenga un valor económico;

(d) los derechos de autor, los derechos de propiedad industrial (tales como las patentes de invención, licencias, marcas registradas, modelos y diseños industriales), procedimientos técnicos, los nombres registrados y la clientela;

(e) las concesiones acordadas por la ley o en virtud de un contrato, en particular las concesiones relativas a la prospección, el cultivo, la extracción o la explotación de recursos naturales, inclusive aquéllas que se sitúan dentro de la zona marítima de las Partes Contratantes.

En el entendimiento que dichos activos deben ser o haber sido invertidos y, respetando las disposiciones del presente Acuerdo, los derechos relativos definidos de conformidad con la legislación de la Parte Contratante en cuyo territorio o zona marítima se efectuó la inversión con anterioridad o posterioridad a la entrada en vigor del presente Acuerdo.

254. El término “inversores” se define en el Artículo 1(2), cuya parte pertinente dispone lo siguiente:

El término "inversores" designa:

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

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

255. El Comité considera que está claro que esta redacción es lo suficientemente amplia como para incluir un reclamo de las Demandantes respecto de daños supuestamente cometidos contra su inversión, de la que son titulares a través de SODEMSA (y en un caso a través de MENDINVERT y SODEMSA) en EDEMSA.

256. El Comité no cree que la línea de decisiones de la Corte Internacional de Justicia, a partir de *Barcelona Traction*, sienta un principio general de derecho internacional que impida que inversores como las Demandantes reclamen con arreglo a los términos de un TBI, si estos son lo suficientemente amplios como para permitirlo. En aquellos casos, la Corte Internacional de Justicia no trataba reclamos presentados por accionistas conforme a los términos de un TBI, sino al ejercicio de la protección diplomática de un Estado que afirma que se ha ocasionado un daño al Estado mismo a través del tratamiento acordado a su nacional. Queda claro que estos casos no se refieren a la situación de inversores que reclaman con arreglo a un TBI en el siguiente fragmento de la sentencia pronunciada en el año 2007 en el marco del caso *Diallo*:

La Corte debe señalar que, en el derecho internacional contemporáneo, la protección de los derechos de las sociedades y los derechos de sus accionistas, y la resolución de las controversias relacionadas, se rigen principalmente por acuerdos bilaterales o multilaterales para la protección de la inversión extranjera, como los tratados para la promoción y protección de la inversión extranjera, y el Convenio de Washington del 18 de marzo de 1965 sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, que creó el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), así como por contratos entre Estados e inversores extranjeros. En este contexto, el papel de la protección diplomática se atenuó en cierta medida, puesto que en la práctica solo se recurre a ella en casos peculiares en que los regímenes de los tratados no existen o han resultado inoperantes. Es en este contexto particular y relativamente limitado que se podría plantear la cuestión de la protección por sustitución. La teoría de la protección por sustitución busca, en efecto, ofrecer protección a los accionistas extranjeros de una sociedad que no podrían invocar

el beneficio de un tratado internacional y a quienes no les asisten otros recursos, en casos donde se alega que los actos ilícitos se han cometido contra la sociedad del Estado de su misma nacionalidad. La protección por “sustitución” parecería entonces constituir el último recurso para la protección de las inversiones extranjeras²⁷⁷. [Traducción del Comité]

Las sentencias pronunciadas en *Barcelona Traction* y *Diallo* establecen que no existe el derecho *conforme al derecho internacional consuetudinario* de que un Estado ejerza la protección diplomática respecto de un daño efectuado a una sociedad sobre la base de que los accionistas de la sociedad son nacionales de ese Estado. De ningún modo anulan la posibilidad de que los Estados acuerden un tratado para otorgar tal derecho a un Estado (como la Corte lo determinó en el caso *ELSI*) o a los mismos accionistas. El hecho de que se considere que así lo han hecho dependerá de los términos del tratado, que en este caso son claros.

257. El Comité señala que la práctica consistente de otros tribunales y comités *ad hoc* ha sido la misma respecto del enfoque adoptado por el Tribunal en el presente caso. Así, el comité *ad hoc* de *CMS* entendió que:

... nada en el derecho internacional general prohíbe celebrar tratados que permitan “reclamaciones de los accionistas en forma independiente de la sociedad relevante...ni siquiera si esos accionistas son minoritarios o no controladores.” Dichos tratados, y en particular el Convenio del CIADI, deben ser aplicados como *lex specialis*²⁷⁸.

En los otros casos que han considerado esta cuestión se puede encontrar un enfoque similar²⁷⁹.

258. El Comité comprende la inquietud señalada por Argentina de que los reclamos de accionistas por daños causados a la sociedad podrían llevar a una doble compensación. Sin embargo, se trata de un riesgo contra el que cualquier tribunal competente estará alerta. En

²⁷⁷ *Informes de la C.I.J.*, 2007, págs. 614-615, párr. 88.

²⁷⁸ *CMS*, nota 218, *supra*, párr. 69 (donde se cita la Decisión sobre Jurisdicción en ese caso).

²⁷⁹ Véase, por ejemplo., *Azurix Corporation c. República Argentina* (Caso CIADI N.º ARB/01/12) Decisión sobre Jurisdicción de 8 de diciembre de 2003, párrs. 64-65; *El Paso Energy International Company c. República Argentina* (Caso CIADI N.º ARB 03/15), Decisión sobre Jurisdicción de 27 de abril de 2006, párr. 138; *Siemens AG c. República Argentina* (Caso CIADI N.º ARB/02/8), Decisión sobre Jurisdicción de 3 de agosto de 2004; *Hochtief*, Decisión sobre Responsabilidad de 29 de diciembre de 2014, párrs. 172.

este caso, el Tribunal estaba claramente atento a este riesgo y tomó medidas para atenuarlo. Por ello, consideró en forma exhaustiva el tema de la doble compensación en los párrafos 1098-1100 y 1137-1143. No hay indicios en el Laudo ni en los alegatos presentados ante el Comité de que haya habido doble compensación alguna.

259. Por ello, el Comité concluye que no ha habido una extralimitación manifiesta en las facultades en este aspecto de la decisión del Tribunal.
260. El Comité también considera que el Tribunal ha cumplido con los requisitos del Convenio de expresar los motivos en que fundó su decisión. Estos motivos se detallan minuciosamente en los párrafos 164-176 de la Decisión sobre Jurisdicción y se reflejan en el Laudo. El Comité no concuerda con que el razonamiento del Tribunal en este respecto sea contradictorio en ningún sentido. Observa el argumento de Argentina de que existe una contradicción entre los párrafos 930 y 939 del Laudo. El párrafo 930 dice:

En este sentido, es necesario rechazar el argumento de la Demandada basado en la cláusula de elección de foro del Artículo 40 del Contrato de Concesión. Las Demandantes no fueron parte del Contrato. Su reclamo parte de una violación de los tratados de inversión, que como tal sí cae dentro de la jurisdicción del Tribunal.

El párrafo 939 dice:

Los contratos de concesión otorgados a inversores extranjeros para inversiones específicas, como el que se analiza en este arbitraje, entran en la protección de una —cláusula paraguas.

261. Argentina aduce que el último párrafo sugiere, contrario al razonamiento del primero, que las propias Demandantes fueron parte del Contrato de Concesión. El Comité disiente. En contexto, el párrafo 939 del Laudo está describiendo lo que el Tribunal consideró como la realidad económica subyacente, es decir que las Demandantes habían invertido en la Concesión (en este sentido, ver también párrafos 174-175 de la Decisión de Jurisdicción citado en párrafo 28 arriba). No estaba analizando la cuestión de quién fue parte del contrato en sentido estricto. El Comité observa que la propia Argentina ha utilizado términos en el mismo sentido general en algunas ocasiones. Por ejemplo, en su Memorial de Contestación en el procedimiento ante el Tribunal, Argentina se refirió a “[e]l año en el que se adjudica a

SODEMSA la Concesión”²⁸⁰, si bien era EDEMSA, no SODEMSA, quien era parte del Contrato de Concesión.

262. Por ende, el Comité desestima el reclamo de Argentina para anular el Laudo sobre la base de esta causal.

c. Relación contractual

(1) Posiciones de las Partes

263. Por último, Argentina alega que si pudieran incorporarse las cláusulas paraguas en el TBI entre Argentina y Francia, no alterarían la naturaleza de los compromisos asumidos (o celebrados) en el Contrato de Concesión, que consistían en obligaciones contraídas por la Provincia de Mendoza frente a EDEMSA y no frente a las Demandantes. Según Argentina, la aplicación de una cláusula paraguas no altera el requisito de relación contractual²⁸¹.

264. El argumento principal de Argentina al respecto es que el Tribunal jamás expresó los motivos de su decisión²⁸². Invoca la decisión del comité *ad hoc* en *CMS*, en cuyo caso se plantearon cuestiones similares en relación con el efecto de la cláusula paraguas en el TBI entre Argentina y Estados Unidos. El Comité de *CMS* dispuso lo siguiente:

El efecto de la cláusula paraguas no es transformar la obligación en que se basa en algo distinto; el contenido de la obligación se mantiene inalterado, tal como su derecho aplicable. Si esto es así, pareciera que las partes de la obligación (i.e., las personas vinculadas por ella y facultadas para basarse en ella) tampoco son afectadas en razón de la cláusula paraguas²⁸³.

Consideró que el tribunal en ese caso no trató el caso debidamente, de modo que “[e]n definitiva, no es para nada clara la forma en que el Tribunal concluyó que CMS podía exigir las obligaciones de Argentina para con TGN”²⁸⁴ y, en consecuencia, “el Laudo exhibe una omisión importante, que impide al lector seguir el razonamiento en este aspecto”²⁸⁵.

²⁸⁰ Memorial de Contestación sobre el Fondo, párr. 179, citado en el Laudo, párr. 958.

²⁸¹ Solicitud, párrs. 23-25; Memorial, párrs. 72-91; Réplica, párrs. 43-70.

²⁸² Transcripción, pág. 239.

²⁸³ *CMS*, nota 218, *supra*, párr. 95(c).

²⁸⁴ *CMS*, nota 218, *supra*, párr. 96.

²⁸⁵ *CMS*, nota 218, *supra*, párr. 97.

265. Según Argentina, ese mismo defecto se percibe en el Laudo del caso que nos ocupa. Argentina alega que el Tribunal confunde el hecho de si las obligaciones en cuestión surgen del Contrato de Concesión del TBI. Argentina hizo hincapié en que “no [estaba] cuestionando la naturaleza de los reclamos presentados, sino quién los ha presentado, es decir EDF en vez de EDEMSA”²⁸⁶. Invoca otros dos casos en que los tribunales, ante lo que describe como cláusulas paraguas en términos similares a los de los TBI en cuestión en este caso, sostuvieron que la cláusula paraguas no legitimaba al demandante a exigir el cumplimiento de obligaciones derivadas de contratos en los que no era parte, como si se tratara de obligaciones resultantes de tratados²⁸⁷. Cuestionó por qué el Laudo en este caso no hizo referencia al primero de esos dos casos²⁸⁸. Por último, Argentina aseveró que “la República Argentina no contrajo ninguna obligación frente a las Demandantes”²⁸⁹.
266. Si bien el argumento principal de Argentina se refería a la supuesta falta de motivación por parte del Tribunal, también sostuvo que la decisión del Tribunal de aplicar las cláusulas paraguas de los TBI entre Argentina y Luxemburgo y entre Argentina y Alemania para permitir a las Demandantes exigir el cumplimiento de obligaciones de Argentina, respecto de las cuales las Demandantes no eran parte, significó una extralimitación manifiesta de facultades.
267. Las Demandantes niegan que haya habido falta de motivación o extralimitación manifiesta de facultades por parte del Tribunal²⁹⁰. En primer lugar, señalan lo que, a su criterio, son diferencias importantes entre las cláusulas paraguas cuestionadas en este caso y las de *CMS*, *Azurix* y *Burlington*, en particular, el hecho de que las cláusulas paraguas en este caso hablan de compromisos “undertaken”, mientras que las de los otros casos utilizan el término “entered into”²⁹¹. También mencionan que el laudo de *Continental Casualty*²⁹² abordó el

²⁸⁶ Réplica, párr. 58.

²⁸⁷ Véase Memorial, párr. 88, y Transcripción, págs. 30-31, con cita de *Azurix Corporation c. La República Argentina* (Caso CIADI N.º ARB/01/12) Laudo de 14 de julio de 2006, 14 Informes CIADI 374, párr. 384, y *Burlington c. Ecuador* (Caso CIADI N.º ARB/08/05), Decisión sobre Responsabilidad de 24 de diciembre de 2012. Argentina también hizo referencia al laudo de *Hamester c. Ghana* (Caso CIADI N.º ARB/07/24), Laudo de 18 de junio de 2010, aunque sin un análisis detenido de la cláusula paraguas objeto de controversia en ese caso.

²⁸⁸ Transcripción, pág. 31, con referencia al laudo de *Azurix*; la decisión en *Burlington* recién apareció después del Laudo en este caso.

²⁸⁹ Memorial, párr. 87.

²⁹⁰ Memorial de Contestación, párrs. 78-117; Dúplica, párrs. 47-67; Transcripción, págs. 206-210 y 327-335.

²⁹¹ Transcripción, págs. 206-7.

alcance de las cláusulas paraguas desde otro punto de vista, si bien la reclamación por violación de cláusula paraguas en dicho caso no prosperó.

268. Las Demandantes sostienen que el Tribunal expresó los motivos de su decisión sobre el alcance de las cláusulas paraguas, sobre la base del razonamiento del Profesor Dolzer, quien compareció como perito de las Demandantes, de que la aplicación de la cláusula no dependía de la relación contractual. Afirman que Argentina discutió expresamente el punto de *CMS* ante el Tribunal, que lo tuvo en cuenta en su totalidad. Con respecto a la omisión de citar el laudo de *Azurix*, las Demandantes destacan que el deber de fundamentar no implica tener que hacer mención expresa de cada una de las autoridades citadas por las partes.

(2) *La decisión del Comité*

269. El Comité considera que debería abordar la cuestión a partir de las presentaciones de las Partes acerca de la redacción de las diversas cláusulas paraguas involucradas en este caso y en los casos de *CMS*, *Azurix* y *Burlington*. En *CMS* y *Azurix*, la cláusula paraguas era la del TBI Argentina-Estados Unidos. En *Burlington*, era la cláusula paraguas del TBI Ecuador-Estados Unidos. En el presente caso, por supuesto, las cláusulas paraguas son las de los TBI Argentina-Luxemburgo y Argentina-Alemania. Si bien el Laudo hace referencia al texto en inglés de dichas cláusulas, ese texto no es el oficial, a diferencia de lo que ocurre en los TBI Argentina-Estados Unidos y Ecuador-Estados Unidos. En cambio, los cuatro tratados son auténticos en su versión en español. Por ese motivo, el Comité ya sostuvo (véase párrafo 231, *supra*) que, a pesar de que la etapa tardía en que Argentina planteó este punto, no puede excluir el argumento de Argentina de que el texto en inglés al que aludía el Laudo no es una traducción completamente precisa.
270. Las cláusulas relevantes de los TBI en cuestión en *CMS*, *Azurix* y *Burlington* tienen la misma redacción:

Cada Parte cumplirá los compromisos que hubiera contraído con respecto a las inversiones.

²⁹² *Continental Casualty*, nota 5, *supra*, párrs. 286-303.

271. Las Demandantes procuraron distinguir dichos casos destacando el hecho de que los dos TBI cuestionados en este caso utilizan el término “undertaken”, en vez de “entered into”. El Comité no le da mucha importancia a este punto. Los textos en español de los cuatro tratados utilizan el término “contraído” (o “contraídos”). Por lo tanto, no se puede dar mucha relevancia al hecho de que la versión en inglés no oficial de los TBI de Argentina-Luxemburgo y Argentina-Alemania usen el vocablo “undertaken” como traducción. De cualquier manera, el Comité no ve que haya una diferencia importante entre “entered into” y “undertaken” en el contexto de las cuestiones de este caso.
272. Si bien el punto no se debatió en el procedimiento de anulación de este caso, el Comité también considera que el uso del término “commitments” en los TBI cuestionados en el presente caso, en lugar de “obligations” (el término utilizado en los TBI en cuestión en *CMS, Azurix y Burlington*), es irrelevante ya que, de nuevo, el texto en español de los cuatro tratados emplean el mismo término: “compromisos”.
273. Por lo tanto, el Comité procedió sobre la base de que las cláusulas paraguas en este caso son, en esencia, las mismas que las de los casos *CMS, Azurix y Burlington*.
274. Dado que Argentina invocó principalmente el Artículo 52(1)(e) del Convenio, el Comité comenzará por considerar si el Tribunal expresó o no los motivos de su decisión de que Argentina incumplió su obligación de “respetar los compromisos específicos asumidos en relación con la inversión de las Demandantes”²⁹³.
275. El Laudo aborda los motivos que sustentan la conclusión del Tribunal de la siguiente manera:
- (1) el reclamo de las Demandantes parte de la violación de un tratado, no de un contrato²⁹⁴;
 - (2) Los contratos de concesión representan compromisos contraídos con respecto a las inversiones²⁹⁵;
 - (3) no todos los incumplimientos contractuales necesariamente se elevan *al nivel de una violación de un tratado, sino que* “el repudio serio de las

²⁹³ Decisión del caso, párr. I(i).

²⁹⁴ Laudo, párr. 930.

²⁹⁵ Laudo, párr. 939.

obligaciones emanadas de concesiones originadas en el incumplimiento de la Cláusula de tipo de moneda [...] debe ser vista sin duda como una violación de los compromisos [...] contraídos con los inversores (Artículo 10(2) del TBI Argentina-Luxemburgo) y “cualquier otro compromiso que haya contraído con relación a las inversiones de nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante” (Artículo 7(2) del TBI Argentina-Luxemburgo)²⁹⁶;

(4) la Concesión se elaboró cuidadosamente de modo de atribuir los riesgos asociados a la fluctuación de la divisa, en el sentido de poner un fin a la paridad cambiaria y a la convertibilidad, a la Provincia y no a los inversores²⁹⁷;

(5) los actos objeto de reclamación fueron actos soberanos, no actos que llevó a cabo Mendoza como parte del Contrato de Concesión²⁹⁸;

(6) el Contrato de Concesión, aunque se celebró con EDEMSA, claramente se adoptó teniendo en cuenta a los accionistas. El Artículo 12 del Contrato prohibía transferir acciones sin el previo consentimiento durante un cierto tiempo²⁹⁹;

(7) las principales garantías del Contrato de Concesión se utilizaron específicamente para atraer a las Demandantes como inversores. Según expresó el Tribunal:

La provincia de Mendoza se embarcó claramente en una campaña para inducir a inversores extranjeros a comprar el 51% de las acciones “Clase A” de EDEMSA. [...] Las características principales de la estrategia de venta eran (i) la creación de una agencia regulatoria; (ii) la Cláusula de tipo de moneda; (iii) la Cláusula de Actualización de los Costos; (iv) la Cláusula de ajuste tarifario extraordinario; (v) un régimen tarifario inicial con un período quinquenal fijo; y (vi) una concesión con una vigencia de treinta años³⁰⁰.

276. Para el Comité, estas partes del Laudo, en conjunto, indican los motivos de la conclusión del Tribunal de un modo que permite al lector seguir el razonamiento, lo cual lo diferencia del laudo de *CMS*. En particular, el Laudo acentúa la medida en que la Provincia de Mendoza, cuyos actos son—a los fines del derecho internacional—atribuibles a la República

²⁹⁶ Laudo, párr. 940.

²⁹⁷ Laudo, párrs. 943-969.

²⁹⁸ Laudo, párr. 941.

²⁹⁹ Laudo, párr. 942.

³⁰⁰ Laudo, párr. 1008.

Argentina, hizo todo lo posible por atraer a las Demandantes como posibles inversores extranjeros mediante compromisos de que el régimen de la Concesión sería estable³⁰¹.

277. También se hizo hincapié en la redacción amplia de las cláusulas paraguas, sobre todo las del TBI Argentina-Alemania, que hablaban de compromisos contraídos con relación a *inversiones*, en vez de con *inversores*³⁰².
278. En estas circunstancias, el Comité no puede concluir que en este Laudo, como afirmó el Comité de *CMS*, “no es para nada clara la forma en que el Tribunal [llegó a su conclusión]”. Esa conclusión no se ve afectada por el hecho de que el Laudo no distinga expresamente el laudo de *Azurix* o la decisión de *CMS*. Como ya explicó el Comité (véanse párrafos 194 a 198, *supra*), no es necesario que el laudo mencione cada una de las autoridades citadas para cumplir el requisito de expresar los motivos en los que se basa.
279. Tampoco considera el Comité que haya habido extralimitación manifiesta de facultades. Es cierto que el razonamiento del Laudo sobre este aspecto difiere, en cierta medida, de los laudos de *CMS*, *Azurix* y *Burlington*. Sin embargo, cada uno de estos casos debe analizarse a la luz de sus respectivos hechos. Por otra parte, el Laudo es similar en su razonamiento a las declaraciones del tribunal de *Continental Casualty*, si bien dicho tribunal llegó a una conclusión distinta sobre los hechos. A lo sumo, se puede decir que un enfoque opuesto a ese adoptado es también discutible y la extralimitación manifiesta de facultades no es causal suficiente de anulación.
280. Por lo tanto, el Comité desestima esta parte de la solicitud de anulación de Argentina. En aras de integridad, agregaría que, si hubiera adoptado una postura diferente, sólo habría anulado la parte del párrafo I de la disposición del caso y no, como insiste Argentina, todo el Laudo. Argentina señala el pasaje al principio de esa parte del Laudo en el que el Tribunal afirma que “el incumplimiento por parte [Argentina] de algunas obligaciones contraídas en virtud de la “cláusula paraguas” aplicable opera en conjunción con el incumplimiento del Artículo 3 del TBI entre Argentina y Francia, que establece un deber de otorgar un tratamiento justo y equitativo”³⁰³. Argentina alega que este pasaje demuestra que la

³⁰¹ Además del Laudo, párr. 1008, véanse párrs. 63-66.

³⁰² Laudo, párr. 938.

³⁰³ Laudo, párr. 994.

determinación de incumplimiento del deber de otorgar trato justo y equitativo depende de la determinación de incumplimiento de las cláusulas paraguas. El Comité no lo interpreta de esa forma. Al contrario, el Comité considera que este pasaje, junto con la sección siguiente sobre trato justo y equitativo, demuestra que los incentivos ofrecidos a los inversores—y específicamente a las Demandantes—para invertir en EDEMSA fueron uno de los motivos por los que el Tribunal consideró que hubo incumplimiento del estándar de trato justo y equitativo. Aun si se hubiera adoptado un enfoque más estricto con respecto a las cláusulas paraguas, como en otros casos, el Comité considera que la importancia de tales incentivos y las expectativas que generaron habrían sido válidas de todas maneras, según lo reconoció el Comité de *CMS*³⁰⁴. Dado que la compensación en virtud del párrafo II de la disposición del caso respondería al incumplimiento de la obligación de otorgar trato justo y equitativo, sin haberse determinado el incumplimiento de las cláusulas paraguas, aun si el Comité hubiera hecho lugar al reclamo de Argentina con respecto a las cláusulas paraguas, no habría habido fundamento para anular todo el Laudo.

VII. La cuestión del Estado de Necesidad

A. *Las cuestiones planteadas por Argentina*

281. El siguiente argumento de Argentina versa sobre el trato por parte del Tribunal de las tres “defensas afirmativas” que planteó Argentina, cada una de las cuales aludía a los efectos de la emergencia económica que surgió en Argentina y a la que el Comité ya hizo referencia³⁰⁵. Argentina se queja de lo siguiente:

(1) la no aplicación por parte del Tribunal del Artículo 3(2) del TBI Argentina-Luxemburgo³⁰⁶, que el Tribunal admitió que “podría haber prosperado”³⁰⁷ si el Tribunal hubiera considerado aplicable el TBI Argentina-Luxemburgo;

³⁰⁴ *CMS*, nota 218, *supra*, párr. 89.

³⁰⁵ Véase párrs. 39-41 *supra*.

³⁰⁶ El Artículo 3(2) establece lo siguiente: “Sin perjuicio de las medidas necesarias para el mantenimiento del orden público, las inversiones gozarán de una seguridad y protección permanentes, con exclusión de toda medida injustificada o discriminatoria que pudiera obstaculizar de hecho o de derecho, su gestión, mantenimiento, uso, goce o liquidación”.

³⁰⁷ Laudo, párr. 888.

(2) la no aplicación por parte del Tribunal del Artículo 5(3) del TBI Argentina-Francia³⁰⁸ que, según Argentina, le otorgaba una defensa; y

(3) el trato de la defensa de Argentina por parte del Tribunal, de acuerdo con los principios del derecho internacional consuetudinario sobre el estado de necesidad.

282. El Comité ya ha manifestado (véanse párrafos 201 a 217, *supra*) que el Tribunal no incurrió en ningún error anulable al decidir que el caso debía resolverse por referencia al TBI Argentina-Francia y que el TBI Argentina-Luxemburgo era inaplicable. Por lo tanto, no es necesario abordar en esta parte de la Decisión el primer punto que planteó Argentina. Es por eso que el Comité se limitará a los puntos segundo y tercero enunciados en el párrafo anterior.

B. Argumentos de las Partes

1. Argentina

283. Según Argentina, debido a que las medidas que fueron objeto del caso principal de las Demandantes se adoptaron en respuesta a la emergencia nacional que confrontó Argentina, el Tribunal debería haber aplicado el Artículo 5(3) del TBI Argentina-Francia, cuya traducción en inglés dispone:

Investors of one Contracting Party whose investments have suffered losses owing to war or any other armed conflict, revolution, state of national emergency, or rebellion occurring in the territory or in the maritime zone of the other Contracting Party shall be accorded by the latter Contracting Party treatment no less favourable than that granted to its own investors or to those of the most favoured Nation.

Aunque no pareciera existir motivo alguno de crítica de esta traducción, la importancia de la disposición torna útil citar los textos originales del Artículo 5(3) en francés y en español, que disponen:

Les investisseurs de l'une des Parties contractantes dont les investissements auront subi des pertes dues à la guerre ou à tout autre conflit armé, révolution, état d'urgence nationale ou révolte survenu sur le territoire ou dans la zone maritime de l'autre Partie contractante, bénéficient, de la part de cette

³⁰⁸ Véanse párr. 286, *infra*.

dernière, d'un traitement non moins favorable que celui accordé à ses propres investisseurs ou à ceux de la nation la plus favorisée.

y

Los inversores de una Parte Contratante cuyas inversiones hubiesen sufrido pérdidas a causa de una guerra o de cualquier otro conflicto armado, revolución, estado de emergencia nacional o rebelión ocurrido en el territorio o en la zona marítima de la otra Parte Contratante, recibirán de esta última un tratamiento no menos favorable que el acordado a sus propios inversores o a los de la Nación más favorable.

284. Argentina sostiene que la situación que enfrentó constituyó una “estado de emergencia nacional” dentro del sentido de esta disposición y que, en consecuencia, al adoptar medidas para hacer frente a esa emergencia, la única obligación de Argentina hacia las Demandantes era la obligación de no discriminación³⁰⁹. En otras palabras, el efecto del Artículo 5(3) era que las medidas adoptadas para hacer frente a una emergencia nacional no se encontraban sujetas a las obligaciones de tratamiento justo y equitativo, plena protección y seguridad y a la prohibición de expropiación establecida en el Artículo 5(1) y (2), o a cualquier obligación que surja de una cláusula paraguas en otro TBI que podría haber tenido efecto en virtud del Artículo 4 del TBI Argentina-Francia. Ese fue el análisis al que arribó el tribunal en *L.E.S.I. S.p.A. y Astaldi S.p.A. c. Algeria*³¹⁰ con respecto a una disposición sustancialmente idéntica al Artículo 5(3). Sin embargo, el Tribunal, rechazó el argumento de Argentina, al sostener que –

La redacción sencilla del Artículo 5(3) deja en claro que funciona como una disposición de no discriminación y no como un escudo para el Estado receptor contra la responsabilidad por violaciones del tratado³¹¹.

285. Argentina sostiene que esta decisión torna superfluo el Artículo 5(3), porque las Demandantes ya tenían derecho a la no discriminación en virtud de las disposiciones del Artículo 4 del TBI³¹². Argentina sostiene que había presentado ese argumento al Tribunal,

³⁰⁹ Memorial, párrs. 162-163.

³¹⁰ *L.E.S.I. S.p.A. and Astaldi S.p.A. c. República Argelina Democrática y Popular* (Caso CIADI N.º ARB/05/03), Laudo de 12 de noviembre de 2008 (“*L.E.S.I.*”).

³¹¹ Laudo, párr. 1157.

³¹² Réplica, párr. 114.

quien no lo había abordado en el Laudo. El Tribunal no había explicado por qué razón el Artículo 5(3) no era aplicable y no había tratado la cuestión de las autoridades invocadas por Argentina³¹³. Además, el Tribunal se había contradicho al afirmar que, aunque el Artículo 5(3) no operaba para exonerar a Argentina de responsabilidad con respecto a las medidas no discriminatorias adoptadas para hacer frente al estado de emergencia nacional, sin embargo la disposición debía entenderse contrastándola con el contexto de las normas del Derecho internacional consuetudinario sobre responsabilidad del Estado en períodos de guerra o emergencia nacional³¹⁴, aunque el propio perito de las Demandantes³¹⁵ hubiera aceptado que las normas preveían un grado de exoneración de responsabilidad³¹⁶.

286. Además, Argentina sostiene que el Tribunal distorsionó su argumento al afirmar que Argentina había comparado el Artículo 5(3) del TBI Argentina-Francia con el Artículo XI del TBI Argentina-Estados Unidos³¹⁷. El Artículo XI dispone que:

El presente Tratado no impedirá la aplicación por cualquiera de las Partes de las medidas necesarias para el mantenimiento del orden público, el cumplimiento de sus obligaciones para el mantenimiento o la restauración de la paz o seguridad internacionales, o la protección de sus propios intereses esenciales de seguridad.

Esta disposición se encontraba en el corazón de los laudos en *Continental Casualty Company c. República Argentina*³¹⁸ y *LG&E c. República Argentina*³¹⁹, en los cuales los tribunales que evaluaron las medidas de emergencia comparándolas con el criterio del TBI Argentina-Estados Unidos. Sostuvieron que Argentina se encontraba exonerada de su responsabilidad con respecto a esas medidas en virtud de las disposiciones del Artículo XI. El Tribunal en el presente caso sostuvo que “la esencia del Artículo 5(3) no guarda semejanza con el Artículo XI del TBI entre Argentina y los Estados Unidos”³²⁰. Sin embargo, Argentina sostiene que, no alegó que el Artículo 5(3) y el Artículo XI fueran

³¹³ En particular, el Laudo en *L.E.S.I.*, nota 310, *supra*; véase Memorial, párr. 167.

³¹⁴ Laudo, párr. 1158.

³¹⁵ Profesor Dolzer, cuyo primer informe constituye el apéndice RA 543.

³¹⁶ Memorial, párr. 168; Transcripción, pág. 103.

³¹⁷ Véase, por ejemplo, Laudo, párr. 1155.

³¹⁸ *Continental Casualty*, nota 5, *supra*.

³¹⁹ *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. c. República Argentina* (Caso CIADI N.º ARB/02/1), Decisión sobre Responsabilidad de 3 de octubre de 2006 (“*LG&E*”).

³²⁰ Laudo, párr. 1161.

análogos sino que hizo referencia a los laudos en *Continental Casualty* y *LG&E* en aras de encontrar similitudes con los presupuestos fácticos analizados en esos casos³²¹.

287. Argentina critica de manera similar el enfoque del Tribunal respecto del estado de necesidad en virtud del derecho internacional consuetudinario. El Tribunal sostuvo que el derecho internacional consuetudinario reconocía el estado de necesidad como una circunstancia que precluye la ilicitud. Al aplicar este aspecto del derecho internacional consuetudinario, invocó el Artículo 25 de los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) sobre Responsabilidad del Estado. El Artículo 25 dispone:

(1) Ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho que no esté de conformidad con una obligación internacional de ese Estado a menos que ese hecho:

(a) Sea el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente; y

(b) No afecte gravemente a un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto.

(2) En todo caso, ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud si:

(a) La obligación internacional de que se trate excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad; o

(b) El Estado ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad.

El Tribunal observó que la cuestión de hasta qué punto las disposiciones del Artículo 25 codificaban el derecho internacional consuetudinario era objeto de debate³²² pero consideró que no era necesario involucrarse en ese debate, debido a que

... ambas partes en el presente arbitraje sostienen que el análisis del Tribunal debería considerar como normas aplicables la defensa del estado de necesidad presentada por el contenido del Artículo 25 de los Artículos de la CDI. Ninguna de las partes se ha expresado a favor de la aplicación de un estándar

³²¹ Réplica, párr. 116.

³²² Laudo, párr. 1167.

más favorable para los Estados receptores que las normas contenidas en el Artículo 25³²³.

288. El Tribunal concluyó que la conducta de Argentina se encontraba fuera del alcance de la defensa del estado de necesidad por tres motivos. Primero, “no está convencido de que tales medidas, tal como han sido presentadas y explicadas en este arbitraje, fueran el único modo a través del cual [Argentina] podría haber protegido sus intereses públicos”³²⁴. Segundo, e “igualmente importante” según el Tribunal, fue “difícil para el Tribunal observar que [Argentina] no contribuyera a la situación que produjo la crisis de 2001”³²⁵. Por último, el Tribunal consideró que incluso si la conducta de Argentina pudiera haber sido justificada en virtud del estado de necesidad, aun así, Argentina se encontraba obligada a restablecer el *statu quo* una vez que fuera posible y que Argentina no lo había hecho³²⁶.
289. Argentina sostiene que el Tribunal tergiversó su posición. Aunque Argentina había hecho referencia al Artículo 25, niega haber aceptado que el Artículo 25 codificara al derecho internacional consuetudinario respecto del estado de necesidad. Por lo tanto, el Tribunal no había estado justificado a proceder a tratar la defensa del derecho internacional consuetudinario de Argentina en base al Artículo 25 sin explicar por qué razón esa disposición era acreditada, o al aplicar sus disposiciones como si se tratara de un tratado³²⁷.
290. Argentina critica asimismo la aplicación del estándar del estado de necesidad por parte del Tribunal. Al invocar la decisión del comité *ad hoc* en *Enron c. República Argentina*³²⁸, Argentina sostiene que el Tribunal no identificó el estándar jurídico que había de aplicarse en pos de determinar si las medidas de emergencia constituyeron el “único modo” por el cual Argentina podía salvaguardar sus intereses esenciales, no evaluó las pruebas presentadas por Argentina y no expresó los motivos en que se fundaron sus decisiones. En particular, no planteó las medidas alternativas que considera se podrían haber adoptado³²⁹. Con respecto al requisito de “no contribución”, Argentina alega que el Tribunal no identificó el estándar jurídico que se debía aplicar y no explicó correctamente sus motivos.

³²³ Laudo, párr. 1168.

³²⁴ Laudo, párr. 1172.

³²⁵ Laudo, párr. 1173.

³²⁶ Laudo, párr. 1177.

³²⁷ Memorial, párrs. 170-176; Réplica, párrs. 120-122.

³²⁸ *Enron*, nota 217, *supra*.

³²⁹ Transcripción, págs. 104-105; Memorial, párrs. 177-178.

Sostiene que el Tribunal consideró de manera incorrecta, sobre la base de un informe pericial ofrecido por Argentina, que Argentina había aceptado que en parte era responsable de la crisis y no debería haberle asignado tanto valor a una declaración del Presidente de Argentina a comienzos del año 2002, con referencia al cual los abogados de Argentina se referieron al “poco peso relativo que debieran tener en todo caso las palabras de los políticos”³³⁰.

291. Por último, Argentina sostiene que el Tribunal inventó una nueva excepción a la defensa del estado de necesidad, más allá de aquellas establecidas en el Artículo 25, al sostener que incluso si hubiera existido un estado de necesidad, Argentina se encontraba obligada a restablecer el *statu quo*, una vez que hubiera pasado la emergencia³³¹.
292. En resumen, en lo que respecta tanto al Artículo 5(3) como al derecho internacional consuetudinario, Argentina sostiene que “el Tribunal no sólo no fundamentó su decisión en lo que aquí respecta, sino que se excedió manifiestamente en su competencia al no considerar las normas que debía aplicar y al tergiversar los argumentos vertidos por la República Argentina, quebrantando así una norma de procedimiento”³³².

2. Las Demandantes

293. Las Demandantes contestaron que el Tribunal no cometió error alguno pasible de anulación con respecto a esta parte del caso. En lo que se refiere al Artículo 5(3) del TBI Argentina-Francia, las Demandantes alegan que el Tribunal tuvo razón al concluir, después de una consideración pormenorizada, que el Artículo 5(3) constituía una disposición de no discriminación y no un decreto para prescindir de las protecciones acordadas por otras disposiciones del TBI³³³. El Tribunal no tergiversó el argumento de Argentina en lo que se refiere al Artículo 5(3) y el Artículo XI del TBI Argentina-Estados Unidos; por el contrario, registró con exactitud la posición de Argentina de que el Tribunal debería aplicar, *mutatis mutandis*, el análisis en los laudos de *Continental Casualty* y *LG&E*, que habían invocado el Artículo XI³³⁴. Así Argentina había pretendido persuadir al Tribunal de que le otorgara al

³³⁰ Transcripción, págs. 106-107; Memorial, párrs. 177-179; Réplica, párrs. 123-124.

³³¹ Memorial, párrs. 175-176; Réplica, párr. 121.

³³² Memorial, párr. 180.

³³³ Transcripción, pág. 219.

³³⁴ Memorial de Contestación, párrs. 180-181; Dúplica, párrs. 114-119; Transcripción, págs. 219-220.

Artículo 5(3) el mismo efecto que los tribunales en *Continental Casualty* y *LG&E* le habían acordado al Artículo XI. El Tribunal había analizado asimismo el argumento de Argentina de que una interpretación restrictiva del Artículo 5(3) volvía superflua a dicha disposición dada la obligación de no discriminación ya inherente en el Artículo 4³³⁵, y la rechazó. Por último, las Demandantes sostienen que, incluso si este análisis fuere equivocado (que las Demandantes sostienen que no fue el caso), no constituía una causal de anulación³³⁶.

294. Respecto al estado de necesidad en el derecho internacional consuetudinario, las Demandantes sostienen que, en efecto, Argentina había aceptado que el Artículo 25 de los Artículos de la CDI reflejaba el derecho internacional consuetudinario y había presentado argumentos respecto de cada una de las partes de las disposiciones del Artículo 25³³⁷. Las Demandantes niegan que el Laudo no se encuentre completamente fundado. Sostienen que el Tribunal fue claro en cuanto al estándar que había de aplicarse y sostuvo que “el estado de necesidad debe interpretarse de manera rigurosa y objetiva y no como una vía de escape sencilla disponible para los Estados receptores que desean evitar las obligaciones contenidas en los tratados que resulten difíciles”³³⁸. Con respecto a la decisión del Comité en *Enron*, las Demandantes la critican alegando que contiene contradicciones internas³³⁹ y hacen hincapié en que incluso esa decisión demuestra que los motivos pueden estar implícitos³⁴⁰. Según las Demandantes, el Tribunal trató minuciosamente los argumentos respecto de si las medidas adoptadas por Argentina constituyeron el único modo de hacer frente a la crisis y si Argentina había contribuido a la crisis por sus propias acciones. La declaración del Presidente en lo que se refiere al último punto fue sólo uno de los factores que se tuvieron en cuenta y, en cualquier caso, el Comité carece de jurisdicción para volver a ponderar el valor probatorio que el Tribunal le acordó a las pruebas ante sí³⁴¹.

³³⁵ Dúplica, párrs. 112-113, que citan el párr. 1157 del Laudo.

³³⁶ Dúplica, párr. 113.

³³⁷ Memorial de Contestación, párrs. 162-165; Dúplica, párrs. 122-123; Transcripción, págs. 220-221.

³³⁸ Laudo, párr. 1171.

³³⁹ Transcripción, págs. 221-222.

³⁴⁰ Transcripción, pág. 222.

³⁴¹ Dúplica, párr. 126.

C. *Decisión del Comité*

1. *Las decisiones en CMS y Enron*

295. El Comité comienza observando que las cuestiones planteadas en esta parte del caso han sido objeto de atención considerable por parte de tribunales y comités *ad hoc* en otros casos. En particular, las Partes han hecho referencia con cierto detalle a las decisiones de los comités *ad hoc* en *CMS* y *Enron*, que se referían a la misma crisis de Argentina. Aunque no existe el concepto de precedente vinculante en la jurisprudencia del CIADI, es importante que el Comité tome nota de lo que otros comités han expresado con respecto a las cuestiones que debe considerar en este momento. Por lo tanto, el Comité comenzará con un breve análisis de las decisiones en *CMS* y *Enron*.
296. El caso *CMS* se refería a un reclamo incoado en virtud del TBI Argentina-Estados Unidos en respuesta al cual Argentina planteó argumentos en virtud del Artículo XI de ese tratado y el estado de necesidad en el derecho internacional consuetudinario. Esos argumentos fueron rechazados por el Tribunal y planteados nuevamente por Argentina en el procedimiento de anulación en el que Argentina alegó que el tribunal no había fundamentado su decisión y se había extralimitado manifiestamente en sus facultades. El Comité en *CMS* rechazó la solicitud de anulación por esas causales (aunque anuló el laudo en parte en razón de otra causal).
297. El Comité de *CMS* fue crítico de lo que observó como la omisión grave del tribunal de analizar la relación entre el Artículo XI del TBI y el derecho internacional consuetudinario sobre el estado de necesidad. En la opinión del Comité, el Artículo XI del TBI constituía un requisito de umbral en el cual, de ser aplicado, devenían inaplicables las obligaciones sustantivas en virtud del resto del TBI. En cambio, el Artículo 25 de los Artículos de la CDI sobre Responsabilidad del Estado brindaban una excusa que devenía aplicable una vez que se estableciera que de otro modo hubiese habido una violación de obligaciones en virtud del TBI³⁴². Consideró que el Tribunal no había comprendido ni explicado esta relación y por lo tanto había cometido un error de derecho³⁴³. Además, al tratar el estado de necesidad y el Artículo XI como si existieran en el mismo plano había cometido otro error, en tanto si el

³⁴² *CMS*, nota 218, *supra*, párr. 129.

³⁴³ *CMS*, nota 218, *supra*, párrs. 131-132.

estado de necesidad significaba que ni siquiera había existido una violación *prima facie* del tratado, entonces ocupaba el mismo ámbito que el Artículo XI, que constituía *lex specialis* y al que se le debería haber acordado prioridad³⁴⁴. El hecho de que el tribunal no apreciara esta relación importó una interpretación errónea del Artículo XI. No obstante ello, aunque reconoció que estos errores “podrían haber tenido un impacto decisivo en la parte resolutive del Laudo”³⁴⁵, el Comité en *CMS* sostuvo que no se encontraba facultado para anular el laudo. Resumió su posición en los siguientes términos:

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 facultades³⁴⁶.

298. El Comité rechazó asimismo la anulación del laudo por falta de expresión de motivos. Fue crítico de la explicación concisa del tribunal en cuanto a los motivos por los cuales el Artículo XI no se consideraba aplicable a los hechos³⁴⁷ pero sostuvo que “aunque la fundamentación del Laudo ciertamente pudo haber sido más clara, un lector atento puede seguir el razonamiento implícito del Tribunal”³⁴⁸.
299. De igual modo, el caso *Enron* se refería a un reclamo incoado en virtud del TBI Argentina-Estados Unidos. Nuevamente, el Tribunal había rechazado los argumentos de Argentina en base a los Artículos IV(3) y XI de ese TBI y el estado de necesidad en virtud del derecho internacional consuetudinario, y nuevamente Argentina pretendió la anulación del laudo por falta de expresión de motivos y extralimitación manifiesta de facultades. Sin embargo, a diferencia del Comité en *CMS*, el Comité en *Enron* anuló el laudo por extralimitación manifiesta de facultades con relación a las conclusiones sobre el Artículo XI y el estado de

³⁴⁴ *CMS*, nota 218, *supra*, párrs. 133-134.

³⁴⁵ *CMS*, nota 218, *supra*, párr. 135.

³⁴⁶ *CMS*, nota 218, *supra*, párr. 136.

³⁴⁷ *CMS*, nota 218, *supra*, párr. 125.

³⁴⁸ *CMS*, nota 218, *supra*, párr. 127.

necesidad en el derecho internacional consuetudinario, así como por falta de expresión de motivos³⁴⁹.

300. El Comité en *Enron* comenzó por observar que ambas Partes habían considerado que el Artículo 25 de los Artículos de la CDI sobre Responsabilidad del Estado representaba el derecho internacional consuetudinario en materia de estado de necesidad y el tribunal había procedido sobre esa base. El Comité en *Enron* observó que, incluso si el Comité hubiese adoptado una visión diferente de la condición del Artículo 25, “no podría equivaler a un error pasible de anulación que un Tribunal asigne a una norma jurídica aplicable una interpretación con la cual ambas partes estuvieron de acuerdo”³⁵⁰. [Traducción del Comité]
301. Sin embargo, el Comité en *Enron* sostuvo que la aplicación por parte del Tribunal de los criterios del Artículo 25 fue errónea en aspectos importantes. En primer lugar, consideró que el tribunal no había “abordado una serie de temas que eran esenciales para la cuestión que consiste en determinar si se había cumplido el requisito del ‘único modo’”³⁵¹. [Traducción del Comité] En este contexto, el Comité en *Enron* consideró que el requisito de que las medidas adoptadas sean, en los términos del Artículo 25, “el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente” se encontraba abierto a más de una interpretación y que el tribunal no había identificado qué estándar jurídico debía aplicarse, si la efectividad relativa de las diferentes medidas constituía un factor a tenerse en cuenta y quién debía determinar si en su momento realmente habían existido o no medios alternativos a disposición del Estado³⁵². El Comité concluyó que –

Al Comité en este procedimiento de anulación no le corresponde brindar respuestas a estos interrogantes. Sin embargo, fue necesario que este Tribunal, ya sea expresamente o *sub silentio*, decida o suponga las respuestas en aras de aplicar a los hechos del caso la disposición del ‘único modo’ del Artículo 25(1)(a)³⁵³. [Traducción del Comité]

³⁴⁹ *Enron*, nota 217, *supra*, parte resolutive, párrs. 1 y 2.

³⁵⁰ *Enron*, nota 217, *supra*, párr. 356.

³⁵¹ *Enron*, nota 217, *supra*, párr. 368.

³⁵² *Enron*, nota 217, *supra*, párrs. 370-372.

³⁵³ *Enron*, nota 217, *supra*, párr. 373.

El Comité de *Enron* consideró que el tribunal le había asignado demasiada confianza al informe del perito en materia económica cuya visión no podría decirse que haya constituido un análisis de si, como cuestión de derecho, existían otros medios disponibles para Argentina. El Comité de *Enron* aceptó que las partes no habían identificado estas cuestiones en sus escritos de parte pero sin embargo afirmó que “se exige que el Tribunal aplique el derecho aplicable, y se exige que exprese suficientes motivos para fundamentar su decisión”³⁵⁴. [Traducción del Comité]

302. En segundo lugar, el Comité de *Enron* sostuvo que el tribunal en ese caso no había arribado a una conclusión clara respecto de si las medidas adoptadas por Argentina habían o no “menoscaba[do] seriamente un interés esencial del Estado o de los Estados hacia quien existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto” y había confundido esta cuestión con aquella de no justiciabilidad en un contexto diferente³⁵⁵. El Comité sostuvo que–

El Tribunal no afirma expresamente que concluyera que en este caso no se cumple con el requisito del Artículo 25(1)(b) de la CDI. El Comité considera incierto si en definitiva el Tribunal arribó o no a esa conclusión. En la medida en que ese Tribunal arribara efectivamente a esa conclusión, el Comité considera que es completamente incierto sobre qué base se realizó esa conclusión de derecho...³⁵⁶. [Traducción del Comité]

303. Por último, el Comité en *Enron* consideró que era errónea la conclusión del tribunal de que Argentina había contribuido a la emergencia y por lo tanto, en virtud del principio establecido en el Artículo 25(2)(b) se encontraba impedida de invocar la defensa del estado de necesidad. El tribunal no había abordado la cuestión de cuál era el estándar jurídico a aplicar y nuevamente había adoptado sin sentido crítico las conclusiones del perito en materia económica³⁵⁷.
304. Así, el Comité en *Enron* determinó que la conclusión del tribunal sobre el estado de necesidad en virtud del derecho internacional consuetudinario suponía una extralimitación manifiesta de facultades (en la forma de una falta de aplicación del derecho aplicable) y una

³⁵⁴ *Enron*, nota 217, *supra*, párr. 376.

³⁵⁵ *Enron*, nota 217, *supra*, párrs. 379-384.

³⁵⁶ *Enron*, nota 217, *supra*, párr. 384.

³⁵⁷ *Enron*, nota 217, *supra*, párrs. 385-393.

falta de expresión de motivos. En tanto esa conclusión del tribunal sentó las bases para su conclusión de que Argentina no podía invocar el Artículo XI del TBI Argentina-Estados Unidos, el Comité en *Enron* anuló asimismo la conclusión relativa al Artículo XI³⁵⁸.

305. Como ya se ha explicado, los análisis de estas cuestiones por parte del Comité en *CMS* y el Comité en *Enron* no son vinculantes para el Comité en el presente caso. Sin embargo, el Comité los ha tenido en cuenta en su propio análisis de las cuestiones planteadas con respecto al Artículo 5(3) del TBI Argentina-Francia y el estado de necesidad en virtud del derecho internacional consuetudinario.

2. El Artículo 5(3) del TBI Argentina-Francia

306. Teniendo presente el análisis de Comité en *CMS*, el Comité considera que debe comenzar por la cuestión que consiste en determinar si el Tribunal cometió un error pasible de anulación en su tratamiento de la invocación por parte de Argentina del Artículo 5(3) del TBI Argentina-Francia (cuyo texto se exhibe en el párr. 283, *supra*).

307. El Tribunal no cometió el error de confundir la aplicación de esta disposición con la cuestión que consiste en determinar si era aplicable el estado de necesidad del derecho internacional consuetudinario por el cual el Comité en *CMS* criticó al tribunal en ese caso³⁵⁹. Por el contrario, el Tribunal comenzó por determinar si el Artículo 5(3) significaba o no que *prima facie* Argentina no había violado el tratado³⁶⁰ antes de considerar si, en el supuesto de una violación *prima facie* del tratado, la ilicitud del acto quedaba precluida por la circunstancia de necesidad³⁶¹.

308. El Tribunal rechazó la interpretación propuesta por Argentina de que el Artículo 5(3) dispone que, en caso de una emergencia del tipo descrito en esa disposición, la única obligación del Estado receptor hacia el inversor era la obligación de no discriminación. En cambio, concluyó, que “la redacción sencilla del Artículo 5(3) deja en claro que funciona

³⁵⁸ *Enron*, nota 217, *supra*, párr. 405.

³⁵⁹ Véase párr. 297, *supra*.

³⁶⁰ Laudo, párrs. 1152-1162.

³⁶¹ Laudo, párrs. 1163-1181.

como una disposición de no discriminación y no como un escudo para el estado receptor contra la responsabilidad por violaciones del Tratado”³⁶². Determinó que

Es posible comprender mejor el Artículo 5(3) contrastándolo con las normas del Derecho internacional consuetudinario sobre responsabilidad del Estado hacia los inversores extranjeros en períodos de guerra, insurrección u otras circunstancias extraordinarias, lo que determina la responsabilidad del Estado frente a los extranjeros³⁶³.

309. En contraposición a lo que ha sugerido Argentina, el Comité no encuentra contradicción entre estos dos párrafos del Laudo. Es importante tener en cuenta que mucha de la jurisprudencia sobre el derecho internacional consuetudinario sobre responsabilidad del Estado hacia los extranjeros durante períodos de guerra y otros estados de emergencia se refería a las obligaciones del Estado de compensar por daños ocasionados por actos que no fuesen atribuibles al propio Estado (por ejemplo, el daño ocasionado a los bienes de un inversor extranjero por agitadores o insurgentes). En general, el derecho internacional consuetudinario no exigía compensación en tales circunstancias³⁶⁴. El razonamiento del Tribunal de que “el Artículo 5(3) deja intactas estas normas consuetudinarias y, de hecho, complementa su contenido al exigir la igualdad de tratamiento frente a tales circunstancias extraordinarias”³⁶⁵ no es en modo alguno incompatible con su decisión de que no funciona como un “escudo para el estado receptor contra la responsabilidad por violaciones del Tratado”³⁶⁶ al abstenerse de aplicar otras protecciones sustantivas acordadas por el TBI.
310. Tal como lo señalara el Tribunal, es notable el contraste con el Artículo XI del TBI Argentina-Estados Unidos (cuyo texto se exhibe en el párr. 286, *supra*). La última disposición declara expresamente que las demás disposiciones del tratado “no impedirán la aplicación... de las medidas necesarias para el mantenimiento del orden público”. Una redacción tal no aparece en el Artículo 5(3).
311. Pasando a la afirmación de Argentina de que el Tribunal tergiversó sus argumentos en referencia al Artículo 5(3), el Comité tiene dudas de si, incluso en el supuesto de que se

³⁶² Laudo, párr. 1157.

³⁶³ Laudo, párr. 1158.

³⁶⁴ Véase, por ejemplo, el Laudo en el caso *Home Missionary, Society United States of America v. United Kingdom*, (1920 VI Reports of International Arbitral Awards), pág. 42.).

³⁶⁵ Laudo, párr. 1159.

³⁶⁶ Laudo, párr. 1157.

aceptara esa afirmación, una tergiversación tal equivaldría a una extralimitación manifiesta de facultades, una falta de expresión de motivos o (en la medida que Argentina presenta ese argumento) un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento. Sin embargo, el Comité no acepta que el Tribunal tergiversase el argumento de Argentina. Es cierto que el Tribunal observó que Argentina “argumenta que el Artículo 5(3) es análogo al Artículo XI”³⁶⁷ aunque Argentina había negado una alegación de las Demandantes de que pretendía asimilar esas dos disposiciones³⁶⁸. No obstante ello, la esencia del argumento de Argentina ante el Tribunal fue que el Artículo 5(3) tenía el mismo efecto que el Artículo XI en que, según Argentina, en las condiciones de emergencia allí descritas, el Artículo 5(3) tornaba inaplicables las demás disposiciones del TBI que le acordaban a los inversores protecciones sustantivas y las reemplazaba con una obligación de no discriminación significativamente más limitada³⁶⁹. En estas circunstancias, no se puede considerar como una tergiversación el análisis del Tribunal de que Argentina tratase al Artículo 5(3) como “análogo” al Artículo XI.

312. La interpretación que hiciera el Tribunal del Artículo 5(3) es una interpretación completamente plausible. Coincide más naturalmente con el texto de la disposición que aquella presentada por Argentina. El Comité no se siente persuadido por el argumento contextual de Argentina, a saber que sería inútil tratar al Artículo 5(3) tan sólo como una disposición de no discriminación en tanto el Artículo 4 del TBI Argentina-Francia le exige a cada Parte acordar a los inversores de la otra Parte “un tratamiento no menos favorable que el acordado a sus propios inversores”. No es en modo alguno inusual que las partes de un tratado incluyan, *ex abundante cautela*, una disposición que pueda no ser estrictamente necesaria. En efecto, el TBI Argentina-Estados Unidos incluye una disposición (Artículo IV(3))³⁷⁰ que es muy similar al Artículo 5(3) del TBI Argentina-Francia, sin perjuicio de que contenga no sólo una disposición de no discriminación sino la disposición más

³⁶⁷ Laudo, párr. 1155.

³⁶⁸ Dúplica sobre el Fondo (RA 524), párr. 641.

³⁶⁹ Memorial de Contestación sobre el Fondo (RA 523), párr. 256.

³⁷⁰ El Artículo IV(3) dispone lo siguiente –

A los nacionales o sociedades de una Parte cuyas inversiones sufran pérdidas en el territorio de la otra Parte con motivo de guerra o de otro conflicto armado, revolución, estado de emergencia nacional, insurrección, disturbio civil o cualquier otro acontecimiento similar, la otra Parte les otorgará, un trato no menos favorable que el trato más favorable que otorgue a sus propios nacionales o sociedades o a los nacionales o sociedades de terceros países, respecto de las medidas que adopte con relación a tales pérdidas.

radicalmente excluyente del Artículo XI. El Comité observa asimismo que el tribunal en *Enron* (en una parte del laudo que no fue anulada por el comité *ad hoc* en ese caso) arribó a una interpretación muy similar a la disposición comparable en el TBI Argentina-Estados Unidos.

313. El Comité está al tanto de que el tribunal en *L.E.S.I. S.p.A. y Astaldi S.p.A. c. Algeria*³⁷¹ adoptó una visión diferente del alcance de una disposición sustancialmente idéntica al Artículo 5(3) (un hecho observado por el Tribunal)³⁷². Sin embargo, en un procedimiento de anulación, no se exige que un Comité *ad hoc* opte entre estas dos interpretaciones diferentes. La cuestión no es si el Tribunal estuvo en lo correcto en su interpretación del Artículo 5(3) sino si aplicó esa disposición. En los términos del Comité en *Enron*–

Bien puede ser que resulten posibles distintas interpretaciones de esta disposición. Sin embargo, ... no le corresponde al Comité determinar si fue correcta o no la interpretación que el Tribunal le diera a esta disposición. Ya sea que lo hiciera correctamente o no, el Tribunal aplicó esta disposición como parte del derecho aplicable³⁷³. [Traducción del Comité]

314. Por lo tanto, el Comité concluye que el tratamiento del Artículo 5(3) del TBI Argentina-Francia por parte del Tribunal no implicó una extralimitación manifiesta de facultades.
315. El Comité tampoco considera que el Tribunal no haya expresado sus motivos tal como lo exigen el Artículo 48(3) y el Artículo 52(1)(e) del Convenio CIADI. Tal como ya ha explicado el Comité, lo que se exige es que un lector pueda seguir el razonamiento del Tribunal, no que sea persuadido por él³⁷⁴. En el laudo, el razonamiento sobre el alcance y aplicación del Artículo 5(3) es perfectamente comprensible. El Comité no acepta que el Tribunal cometiera un error pasible de anulación al no hacer referencia expresa al argumento contextual de Argentina (resumido en el párrafo 312 *supra*). Tal como explicara el Comité en *Enron*, aunque un tribunal tenga el deber de tratar cada cuestión que se le plantea, “no se le exige comentar todos los argumentos de las partes en relación con cada una de esas cuestiones”³⁷⁵. [Traducción del Comité] En el presente caso, cuestiones que

³⁷¹ *L.E.S.I.*, nota 218, *supra*.

³⁷² Laudo, párr. 485, nota al pie 54.

³⁷³ *Enron*, nota 218, *supra*, párr. 398.

³⁷⁴ Véanse párrs. 194 a 198, *supra*.

³⁷⁵ *Enron*, nota 218, *supra*, párr. 222.

demandaban una respuesta eran: cuál era el significado del Artículo 5(3) y cómo se lo aplicaba a los hechos del presente caso. El Tribunal respondió a esos interrogantes y expresó motivos suficientes para las respuestas que brindó.

316. Por último, y en aras de la integridad³⁷⁶, el Comité observa que en el tratamiento de la cuestión del Artículo 5(3) por parte del Tribunal no ve indicio alguno de quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento.

3. El estado de necesidad en virtud del derecho internacional consuetudinario

317. Dado que el Tribunal había sostenido que el Artículo 5(3) del TBI no eximía de responsabilidad a Argentina y que existía una violación *prima facie* del TBI, era por lo tanto necesario que el Tribunal considere la alegación subsidiaria³⁷⁷ del estado de necesidad en virtud del derecho internacional consuetudinario.
318. Para abordar esta alegación, el Tribunal aplicó las disposiciones del Artículo 25 de los Artículos de la CDI sobre Responsabilidad del Estado (cuyo texto se exhibe en el párrafo 287, *supra*). Lo hizo, sin entrar en “la pregunta teórica de hasta qué punto los diversos aspectos del Artículo 25 de los Artículos de la CDI codifican las defensas consuetudinarias relativas al estado de necesidad”³⁷⁸, ya que “ninguna de las partes se ha expresado a favor de la aplicación de un estándar más favorable para los estados receptores que las normas contenidas en el Artículo 25”³⁷⁹. Como cuestión fundamental, es necesario considerar si el Tribunal ha cometido un error pasible de anulación al adoptar este enfoque, en tanto Argentina había sostenido que –

No cabe duda alguna de que el Proyecto de la CDI recoge del derecho consuetudinario la figura del estado de necesidad. Sin embargo, la costumbre internacional no se manifiesta de manera tan detallada en cuanto a los requisitos o excepciones de esa causal que excluye la ilicitud como aparece en cada uno de los incisos que constituyen los artículos de la CDI³⁸⁰.

³⁷⁶ No queda completamente claro si Argentina pretendió plantear esta cuestión como una causal separada de anulación en virtud del Artículo 52(1) (d) del Convenio.

³⁷⁷ Calificado así por Argentina en su Memorial de Contestación sobre el Fondo (RA 523), párr. 620.

³⁷⁸ Laudo, párr. 1167.

³⁷⁹ Laudo, párr. 1168.

³⁸⁰ Memorial de Contestación sobre el Fondo (RA 523), nota al pie 679.

319. El Comité no considera que se pueda reprochar al Tribunal por haber tomado como su punto de referencia las disposiciones del Artículo 25 de los Artículos de la CDI. Es cierto que Argentina cuestionó si la totalidad del detalle del Artículo 25 reflejaba el derecho internacional consuetudinario y contravirtió lo que describiera como la inclinación de las Demandantes a “ceñirse a la redacción de cada uno de los párrafos del Artículo 25 como si se tratara del texto definitivo de un tratado en vigor”³⁸¹. Sin embargo, Argentina no indicó en ningún pasaje qué aspectos del Artículo 25 consideraba que no reflejaban el derecho internacional consuetudinario. Lo que es más importante aún, tampoco presentó en ninguna etapa un argumento positivo en favor de un estándar de estado de necesidad sustancialmente diferente a aquel establecido en el Artículo 25. Por el contrario, Argentina estuvo de acuerdo con las Demandantes en cada uno de los requisitos principales del Artículo 25 y resumió las diferencias entre las Partes en los siguientes términos:

... la discusión entre las Partes respecto a la aplicación del *estado de necesidad* como principio del derecho internacional consuetudinario parece quedar restringida a: (a) si las medidas fueron necesarias; (b) si la República Argentina no había contribuido “sustancialmente” en la producción de la crisis; (c) si eran el único medio disponible³⁸².

Esas son precisamente las cuestiones claves en virtud del Artículo 25. Por lo tanto, el Comité concluye que el Tribunal estuvo en lo correcto al establecer que “ninguna de las partes se ha expresado a favor de la aplicación de un estándar más favorable para los estados receptores que las normas contenidas en el Artículo 25” y que no cometió ningún error pasible de anulación al tratar al Artículo 25 como una declaración del derecho internacional consuetudinario aplicable.

320. Posteriormente, el Tribunal planteó la prueba que debía aplicar y sus conclusiones generales en los siguientes términos:

El estado de necesidad debe interpretarse de manera rigurosa y objetiva y no como una vía de escape sencilla disponible para los Estados receptores que desean evitar las obligaciones contenidas en los tratados que resulten difíciles. En este sentido, la Demandada no ha cumplido con la carga de probar tres elementos clave de los Artículos 25 y 27 de los Artículos de la CDI: (i) que el

³⁸¹ Véase Dúplica sobre el Fondo (RA 524), párr. 629.

³⁸² Comentarios de la República Argentina al Post-Hearing de las Demandantes (RA 529), párr. 146.

hecho ilícito fuera el único modo de salvaguardar un interés esencial de Argentina conforme al Artículo 25 (1)(a); (ii) que la Demandada no haya contribuido a la situación de necesidad; y (iii) que la Demandada no haya restablecido el *statu quo* previo a la necesidad cuando fuera posible o que haya compensado a las Demandantes por los daños sufridos como consecuencia de las medidas en cuestión³⁸³.

321. Al desarrollar sus motivos, el Tribunal realizó los siguientes comentarios:

1172. El Tribunal no cuestiona la buena fe de la Demandada al afirmar que el congelamiento de tarifas fue impuesto para salvaguardar los intereses vitales del país, como proteger a la población indigente de Argentina (Comentarios de la Demandada al Escrito Posterior a la Audiencia sobre el Fondo, párrafo 148). Sin embargo, independientemente de si las Medidas de Emergencia relativas a la Concesión afectaron las condiciones macroeconómicas en Argentina, el Tribunal no está convencido de que tales medidas, tal como han sido presentadas y explicadas en este arbitraje, fueran el único modo a través del cual la Demandada podría haber protegido sus intereses públicos.

1173. También es importante señalar que es difícil para el Tribunal observar que la Demandada no contribuyera a la situación que produjo la crisis de 2001. Significativamente, en mayo de 2002, el entonces Presidente de la República Argentina, el Sr. Eduardo Duhalde, afirmó en el periódico *The Washington Post* que – “[N]uestra crisis es un producto nacional – hecha en Argentina por los argentinos”. Véase Escrito Posterior a la Audiencia sobre el Fondo de las Demandantes, párrafo 167 y Anexo CL-35. Si bien ciertos factores externos pueden haber agravado la convulsión económica, la contribución de Argentina a su situación económica es clara o estuvo lejos de ser diligente.

322. En los párrafos 1174-1176, el Tribunal analizó más a fondo la contribución de Argentina al estado de emergencia, haciendo referencia a los continuos fracasos del Gobierno argentino para alcanzar superávits primarios que fueran suficientes para frenar una ratio de deuda insostenible (párr. 1174), el régimen de tipo de cambio fijo, las políticas que disminuían las contribuciones de los empleadores al sistema de seguridad social y los aumentos en el gasto público (párr. 1175) y concluyendo (párr. 1176) que –

Si bien no corresponde a este Tribunal opinar sobre los riesgos económicos aceptables e inaceptables como cuestión general, el deber de considerar la defensa del estado de necesidad planteada por la Demandada exige que el Tribunal tome nota del rol que jugó la Demandada en generar su propia adversidad económica.

³⁸³ Laudo, párr. 1171.

323. Posteriormente el Tribunal pasó a la duración de cualquier estado de necesidad. Sostuvo que

—

1177. Por último, incluso si la conducta de [Argentina] pudiese excusarse bajo la defensa del estado de necesidad, [Argentina] está obligada a restablecer el *statu quo* previo al estado de necesidad cuando hubiese sido posible. Asimismo, una invocación exitosa de la defensa del estado de necesidad no excluye *per se* el pago de una compensación al inversor perjudicado por los daños sufridos como resultado de las medidas de necesidad sancionadas por el Estado.

1178. El Tribunal considera que, en algún momento razonable en el tiempo, [Argentina] debiera haber compensado a las Demandantes por los daños sufridos como consecuencia de las medidas sancionadas durante un discutible período de necesidad a finales de diciembre de 2001. Tal como fue mencionado precedentemente, el Artículo 27 del Proyecto de Artículos de la CDI establece que “[l]a invocación de una circunstancia que excluye la ilicitud [es sin perjuicio del] cumplimiento de la obligación de que se trate, en el caso y en la medida en que la circunstancia que excluye la ilicitud haya dejado de existir”.

El Tribunal considero que Argentina no había restablecido el cumplimiento una vez que fue posible hacerlo, en tanto no había habido aumento de tarifas hasta después de que hubieran pasado tres años y que las Demandantes hubieran vendido su participación en un intento de mitigar los daños³⁸⁴.

324. Por último, el Tribunal observó que otros ocho tribunales habían rechazado la defensa del estado de necesidad de Argentina en virtud del Artículo 25 y que los únicos dos tribunales que ratificaron una defensa de estado de necesidad lo habían hecho por invocación del Artículo XI del TBI Argentina-Estados Unidos³⁸⁵.

325. Argentina ataca esta parte del Laudo como una falta de aplicación del derecho aplicable, implicando así una extralimitación manifiesta de facultades, y por falta de expresión de motivos en los que se fundó el Laudo. Al hacerlo, se basa fuertemente en la decisión del Comité en *Enron*, al sostener que el Tribunal en el presente caso cayó en el mismo error con

³⁸⁴ Laudo, párrs. 1179-1180.

³⁸⁵ Laudo, párr. 1181.

respecto a sus conclusiones sobre el “único modo” y “contribución” que habían conducido a la anulación del laudo en *Enron*. Argentina sostiene asimismo que el Tribunal inventó el requisito de restablecer el *statu quo*.

326. Inicialmente, tres puntos exigen énfasis. En primer lugar, las tres conclusiones del Tribunal – a saber, que las medidas adoptadas no fueron el único medio por el cual Argentina podría haber respondido a la crisis, que la propia Argentina había contribuido a la crisis económica, y que Argentina no había adoptado medidas para restablecer el *statu quo* o compensar a las Demandantes una vez que fuera posible– deben considerarse conjuntamente. La cuestión ante el Tribunal, en esta etapa del Laudo, era si Argentina podía invocar con éxito la defensa del estado de necesidad del derecho consuetudinario en aras de precluir la ilicitud de sus actos. El Tribunal consideró que Argentina no podía hacerlo, ya que no había asumido la carga de la prueba con relación a cada uno de estos tres requisitos.
327. En segundo lugar, no puede caber duda de que el Tribunal arribó a conclusiones claras con respecto a cada una de estas cuestiones. No existe aquí ámbito alguno para que el Comité arribe a la conclusión a la que llegara el Comité en *Enron* de que no queda claro si el Tribunal arribó a conclusión alguna. El Tribunal, nuevamente en contraposición con el caso *Enron*, tampoco adoptó simplemente las pruebas de un perito en lo que se refiere a las cuestiones económicas y las trató como concluyentes de una cuestión jurídica.
328. Por último, nuevamente es importante recordar que el estándar de anulación no consiste en determinar si un tribunal aplicó correctamente el derecho aplicable, sino si lo aplicó, y no si los motivos son persuasivos sino si explican el fundamento en base al cual el tribunal arribó a sus conclusiones.
329. El Comité considera que no cabe duda de que el Tribunal haya aplicado el estado de necesidad del derecho internacional consuetudinario. Las primeras dos pruebas que aplicó – si las medidas adoptadas por Argentina fueron el único medio para enfrentar la crisis y si Argentina había contribuido a su propio aprieto económico – no sólo se presentan en el Artículo 25 de los Artículos de la CDI sino en todo análisis contemporáneo del estado de necesidad y fueron identificadas expresamente por Argentina (así como por las

Demandantes) como cuestiones clave para la decisión³⁸⁶. El hecho de que el razonamiento del Tribunal respecto de estos tres puntos fuera conciso, en la opinión del Comité, no puede equivaler a una falta de aplicación del derecho y por lo tanto, a una extralimitación manifiesta de facultades. En ese sentido, el Comité difiere respetuosamente del enfoque del Comité en *Enron* y prefiere aquel del Comité en *CMS*³⁸⁷.

330. El tercer requisito, a saber, restablecer el *statu quo* o compensar a las Demandantes, exige mayor análisis. Ese requisito, que el Comité extrae del Artículo 27 de los Artículos de la CDI, no había sido objeto de un argumento tan detallado por parte de Argentina (aunque había sido planteado por las Demandantes). Sin embargo, el Comité no puede aceptar que fuese “inventado” por el Tribunal. Al Comité le parece que el análisis que ha realizado de este punto el Tribunal refleja lo que es inherente al propio concepto de estado de necesidad. Si puede justificarse un quebrantamiento de una obligación jurídica por un estado de necesidad, sólo puede justificarse en tanto exista el estado de necesidad. Esa restricción se encuentra establecida claramente en la correspondencia entre los Gobiernos británicos y de los Estados Unidos en el caso *Caroline*, que generalmente se considera como una instancia crítica de la práctica del Estado que conduce al desarrollo del derecho moderno del estado de necesidad³⁸⁸. Además, el Comité observa que la conclusión del Tribunal sobre este aspecto fue *obiter*, en tanto el Tribunal ya había concluido que la Argentina no estaba facultada para invocar en ningún caso la defensa de estado de necesidad.
331. Por último, el Comité considera que no se le puede reprochar al Tribunal no haber enfocado esta parte del caso sobre la base de que era Argentina a quien le correspondía la carga de establecer que su conducta cumplía con los requisitos del derecho consuetudinario, en tanto es la Parte que pretende invocar una defensa quien debe establecer que su conducta cumple con los requisitos de la ley para la aplicación de esa defensa.
332. En consecuencia, el Comité rechaza el argumento de que el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades.

³⁸⁶ Véase párr. 319 *supra*.

³⁸⁷ Véase párr. 297 *supra*, que cita el párr. 136 de la Decisión en *CMS*.

³⁸⁸ Véase Crawford, *State Responsibility: The General Part* (Cambridge, 2013), pág. 310 y la correspondencia entre los Gobiernos británico y de los Estados Unidos allí citada.

333. Por lo tanto el Comité pasa a la cuestión de si el Tribunal no expresó de manera suficiente los motivos en los que fundó su decisión. El razonamiento del Tribunal respecto de cada una de las tres cuestiones sobre las cuales sostuvo que Argentina no había establecido su argumentación – a saber, si las medidas de emergencia adoptadas constituyeron el “único modo” por el cual Argentina podría haber protegido sus intereses esenciales, si Argentina había contribuido a la emergencia en la cual se encontraba sumida y si Argentina debería haber restablecido el *statu quo* después de que hubiere pasado la emergencia inmediata o haber pagado una compensación – es conciso. Al invocar, en particular, la decisión del Comité de *Enron*, Argentina es crítica de esta brevedad. Señala, por ejemplo, el hecho de que las conclusiones del Tribunal con respecto a la cuestión del “único medio” se plantean en un único párrafo que no proporciona indicación alguna de medios alternativos que podrían haber estado disponibles y simplemente afirma que “el Tribunal no está convencido de que tales medidas, tal como han sido presentadas y explicadas en este arbitraje, fueran el único modo a través del cual [Argentina] podría haber protegido sus intereses públicos”³⁸⁹.
334. Sin embargo, la brevedad ha de ser observada en contexto. Tal como ya explicara el Comité, el interrogante que se le exigía responder al Tribunal era si Argentina podía o no invocar con éxito la defensa del estado de necesidad del derecho consuetudinario en aras de precluir la ilicitud de sus actos. A Argentina le correspondía la carga de demostrar que podía hacerlo. El Tribunal concluyó que no había cumplido con esa carga. Indicó dos motivos principales para esa decisión. Esos motivos fueron, primero, que no estaba convencido de que las medidas adoptadas cumplieran con el requisito del “único modo”; y segundo, que no estaba convencido de que Argentina no hubiese contribuido a la emergencia. Agregó que, incluso si – en contraposición con su conclusión principal – Argentina lo había cumplido respecto a esos dos ítems, aún no habría podido invocar la defensa del estado de necesidad con respecto a su omisión de restablecer el *statu quo* o pagar una compensación una vez que hubiere finalizado el estado de necesidad. Un lector no tendría dificultad alguna en seguir esta línea de razonamiento (sea que estuvieran o no persuadidos por ella). Aunque se podría haber explicado en mayor detalle cada uno de los motivos sobre los cuales el Tribunal fundó su conclusión en materia de necesidad, a un

³⁸⁹ Laudo, párr. 1172.

tribunal sólo se le exige expresar los motivos para su decisión, no justificar todos y cada uno de esos motivos³⁹⁰.

335. Además, la parte del Laudo en la que el Tribunal plantea su decisión sobre el estado de necesidad (párrs. 1163-1181) ha de leerse conjuntamente con la sección anterior (párrs. 493-592) en la que analiza los argumentos de las Partes y resume las pruebas ante sí. Queda claro, por ejemplo, si uno lee el párrafo 1172 conjuntamente con los párrafos 530-556 que la conclusión del Tribunal respecto del motivo del “único modo” no cayó del cielo sino que se fundó en un minucioso análisis de las pruebas ante sí respecto de qué otras vías se encontraban abiertas para Argentina. El Comité entiende la observación hecha por el Comité en *Enron*, de que el concepto de “único modo” queda abierto a más de una interpretación pero observa que otros tribunales judiciales y de arbitraje han considerado innecesario desarrollar esas interpretaciones para arribar a una conclusión respecto de si las medidas ante ellos constituyeron el único modo disponible para las partes que reclaman el estado de necesidad. La Corte Internacional de Justicia, por ejemplo, no desarrolló el significado de este requisito en su sentencia en el caso *Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría/Eslovaquia)*³⁹¹ o en su opinión consultiva en *Consecuencias Jurídicas de la Construcción de un Muro en el Territorio Palestino Ocupado*³⁹². A la luz del principio de que el estado de necesidad constituye una alegación excepcional que debe aplicarse estrictamente (un principio establecido expresamente en el párrafo 1171 del Laudo), un comentario destacado sobre el derecho de la responsabilidad del Estado observa en concreto que “aquí ‘único’ significa ‘único’; no es suficiente si otro medio lícito es más oneroso o menos conveniente”³⁹³. [Traducción del Comité]

336. Al haber analizado tanto la conclusión del Tribunal como las pruebas, el Comité considera que está implícito en el razonamiento del Tribunal en el presente caso que el Tribunal consideró que, cualquiera sea la prueba que se aplique, las pruebas presentadas por Argentina no demostraron que las medidas que habían adoptado fueran el único modo de proteger intereses esenciales frente a la crisis económica. Dado que incluso el Comité en *Enron* aceptó que era suficiente que los motivos fueran implícitos, el Comité concluye que

³⁹⁰ Véase *Soufraki*, nota 58, *supra*, párr. 131 y *Enron*, nota 217, *supra*, párr. 222.

³⁹¹ *Informes de la C.I.J.*, 1997, págs. 44-45, párr. 56.

³⁹² *Informes de la C.I.J.*, 2004, pág. 195, párr. 140.

³⁹³ Nota 388, pág. 311.

no existió una omisión de expresar los motivos sobre este punto. Lo mismo es aplicable a las conclusiones del Tribunal respecto de la contribución de Argentina a la crisis y la falta de restablecimiento del *statu quo* o el pago de compensación. En consecuencia, el Comité rechaza el argumento de Argentina de que el Tribunal no expresó los motivos para esta parte del Laudo.

337. Por último, y en el supuesto de que Argentina esté planteando una impugnación en virtud del Artículo 52(1)(d) del Convenio CIADI³⁹⁴, el Comité concluye que nada obra en el expediente que sugiera que el Tribunal fuera culpable de un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento con relación a esta parte del Laudo.

VIII. Omisión de consideración de pruebas

A. Las cuestiones planteadas por Argentina

338. Argentina pretende asimismo la anulación del Laudo en razón de lo que describe como la omisión del Tribunal de considerar “evidencia fundamental... que podría haber tenido una influencia decisiva” en la resolución del caso³⁹⁵. Esta causal se relaciona con (a) pruebas ofrecidas por Argentina respecto a la crítica de la gestión y la estrategia de inversión a nivel mundial de EDF y EDFI y (b) las pruebas aportadas en el contrainterrogatorio por el Ingeniero Neme (un testigo convocado por las Demandantes pero que había estado involucrado en representación de la Provincia de Mendoza en la privatización del suministro eléctrico) con respecto al vínculo entre la Cláusula de tipo de moneda en la Concesión y la Ley de Convertibilidad argentina respecto de la convertibilidad entre el peso argentino y el dólar estadounidense. Argentina sostiene que la omisión del Tribunal de considerar estas pruebas constituye una causal de anulación so pretexto de (i) extralimitación manifiesta de facultades (Artículo 52(1)(b) del Convenio), (ii) omisión de expresar los motivos en los cuales se fundó el Laudo (Artículo 52(1)(e)), y (iii) quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento (Artículo 52(1)(d)).

³⁹⁴ Véase párrafo 316 y nota al pie 376, *supra*.

³⁹⁵ Memorial, párr. 113.

B. Argumentos de las Partes

1. Argentina

339. La primera queja de Argentina se refiere a la omisión del Tribunal de mencionar una serie de informes provenientes de organismos del Estado Francés (en particular la Comisión de Investigación sobre la Gestión de las Empresas Públicas de la Asamblea Nacional y el Tribunal de Cuentas) sobre la gestión de EDF. Estos informes eran sumamente críticos de las inversiones de EDF en determinadas partes del mundo y culpaban a la gerencia de EDF de las malas decisiones en materia de inversión³⁹⁶. Según Argentina, demostraban que la inversión en Argentina había sido una mala decisión y que EDF se retiró de Argentina en el año 2005 por motivos ajenos a las medidas de emergencia.
340. La segunda cuestión planteada por Argentina se refiere a la respuesta brindada por el Ingeniero Neme a preguntas de los abogados de Argentina respecto del alcance y fin y de la Cláusula de tipo de moneda en la Concesión. El Ingeniero Neme había afirmado que al momento de redactarse la Concesión, nadie había contemplado que el peso dejaría de ser convertible, aunque previeron que se podría modificar la tasa de cambio. Agrego que, en el supuesto de que alguien hubiera contemplado la posibilidad de la salida de la convertibilidad, dudaba que se habría incluido la Cláusula de tipo de moneda³⁹⁷. Según Argentina, este testimonio constituyó una “evidencia irrefutable y presentada por las Demandantes de que la referencia al cálculo en dólares jamás había sido pensada para ser aplicada en un contexto de abandono de la convertibilidad”³⁹⁸.
341. En su Laudo, el Tribunal no hace referencia ni a los informes del Estado francés ni tampoco a la evidencia del Ingeniero Neme.
342. Argentina deja en claro que no pretende la anulación so pretexto de que el Tribunal debería haber otorgado más valor a estas dos pruebas sino en base a que el Tribunal no debería haberlas ignorado³⁹⁹. Sostiene que, al hacerlo, el Tribunal cometió tres errores. Primero, no trató todas las cuestiones sometidas por las Partes, contraviniendo así el Artículo 48(3) del

³⁹⁶ Memorial, párrs. 113-119; Réplica, párr. 72.

³⁹⁷ Audiencia sobre el Fondo, Transcripción en español, Día 3, págs. 838-840, tomadas del Memorial, párr. 131.

³⁹⁸ Memorial, párr. 132.

³⁹⁹ Réplica, párrs. 77-78.

Convenio que exige que un tribunal trate todas las cuestiones sometidas a él. Tal como fuese demostrado por la decisión del comité *ad hoc* en *Amco I*⁴⁰⁰ y confirmado por el comentario destacado sobre el Convenio⁴⁰¹, una omisión tal puede equivaler a una extralimitación manifiesta de facultades. Segundo, la ausencia de todo análisis de estas pruebas significó que hubo una omisión por parte del Tribunal de expresar los motivos sobre los cuales se fundó el Laudo. Por último, al no considerar ni evaluar la evidencia que constituía “una parte central de la defensa de [Argentina]”, el Tribunal fue culpable de un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento⁴⁰².

2. Las Demandantes

343. Las Demandantes sostienen que no existió ningún error pasible de anulación en el manejo de la evidencia por parte del Tribunal. Aunque un tribunal tiene el deber de tratar todas las cuestiones sometidas a él, no se encuentra obligado a tratar expresamente cada argumento o prueba que se le presente con respecto a cada cuestión⁴⁰³. Le correspondía al Tribunal decidir sobre la admisibilidad de cualquier prueba rendida y su valor probatorio⁴⁰⁴. El Tribunal había analizado y evaluado minuciosamente toda la evidencia rendida ante sí y había decidido todas las cuestiones sometidas por las Partes. Por lo tanto, las Demandantes sostienen que el razonamiento del Tribunal fue claro y cumplió con el requisito del Artículo 48(3) del Convenio CIADI. Por lo tanto, sostienen que no hubo extralimitación manifiesta de facultades, falta de expresión de motivos ni quebrantamiento de una norma fundamental de procedimiento.

C. Decisión del Comité

344. Aunque Argentina plantea tres causales separadas de anulación con respecto al manejo de las pruebas por parte del Tribunal, estas se encuentran íntimamente relacionadas, tal como lo

⁴⁰⁰ *Amco Asia Corporation y Otros c. Indonesia* (Caso CIADI N.º ARB/81/1), Decisión sobre Anulación de 16 de mayo de 1986, párr. 32, 1 Informes CIADI 509 (“*Amco I*”).

⁴⁰¹ Schreuer, *Commentary*, nota 53, *supra*, págs. 816-817, párr. 47.

⁴⁰² Réplica, párr. 74. Véase asimismo Transcripción, págs. 43-61.

⁴⁰³ Memorial de Contestación, párrs. 184-190; Dúplica, párrs. 70-74.

⁴⁰⁴ Memorial de Contestación, párr. 184; Dúplica, párr. 70.

demuestran las decisiones de los Comités en *Amco I* y *Klöckner I*, a las cuales hace referencia Argentina⁴⁰⁵.

345. Con respecto al reclamo de Argentina de que el Tribunal se extralimitó manifiestamente de sus facultades, el Comité acepta que la omisión por parte de un tribunal de decidir una o más pretensiones sometidas por las Partes podría constituir esta extralimitación (tal como la omisión en el ejercicio de la jurisdicción puede equivaler a una extralimitación manifiesta de facultades)⁴⁰⁶, aunque observa que la reparación principal en un caso tal parece radicar en la solicitud de una decisión complementaria en virtud del Artículo 49, en lugar de una solicitud de anulación en virtud del Artículo 52(1)(b)⁴⁰⁷.
346. Sin embargo, el Artículo 48(3) exige sólo que un tribunal decida todas las *pretensiones* sometidas a él. Una “pretensión” dentro del significado del Artículo 48(3) es una cuestión que debe decidirse en pos de determinar todos los aspectos de derechos y obligaciones de las partes relevantes al caso en cuestión. Al argumentar su posición respecto de esta pretensión, una parte puede plantear distintos argumentos y referirse a una o más pruebas y autoridades jurídicas en sustento de esta. No se le exige a un tribunal dictaminar por separado cada argumento de derecho o hecho sobre los cuales las partes están en desacuerdo, siempre y cuando decida la pretensión con la cual se relacionan esos argumentos. Qué constituye o no una pretensión que debe decidirse es un asunto objetivo y no uno que pueda ser moldeado por la forma en la cual una parte elige plantear sus argumentos o el énfasis que coloca sobre un punto en particular⁴⁰⁸.
347. Los informes de los diversos organismos del Estado francés acerca de la gestión de EDF y EDFI formaron parte de las pruebas presentadas por Argentina en sustento de un argumento de que las Demandantes eran en parte responsables de su propio dilema y que ellas mismas vendieron su participación en SODEMSA por motivos que nada tienen que ver con las

⁴⁰⁵ *Amco I*, nota 400, *supra*, párr. 32; *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH c. Camerún* (Caso CIADI N.º ARB 81/2), Decisión sobre Anulación de 3 de mayo de 1985, párr. 115, 2 Informes CIADI 95.

⁴⁰⁶ Véase *Vivendi I*, nota 70, *supra*, párr. 86.

⁴⁰⁷ Véase Schreuer, *Commentary*, nota 53, *supra*, pág. 816, párr. 43 y *Wena Hotels*, nota 210, *supra*, párr. 75. Se rechazó una propuesta para hacer de la omisión de decidir la totalidad de las cuestiones una causal separada de anulación (*History of the ICSID Convention*, vol. II, págs. 848-849).

⁴⁰⁸ El Comité *ad hoc* en *CDC c. Seychelles*, nota 156, *supra*, párr. 57, dio a entender que la terminología utilizada por una parte no podía definir el interrogante que el tribunal estaba obligado a responder; “al Tribunal se le exigía responder una cuestión jurídica, o dicho de otro modo, arribar a una conclusión respecto de los derechos y obligaciones de las partes”. [Traducción del Comité]

medidas de emergencia sino que reflejaron una estrategia de inversión modificada teniendo en cuenta la crítica a la gestión que se realizó en esos informes. La importancia de esa prueba no constituyó una pretensión en su propio derecho sino meramente uno de los factores planteados por una Parte en sustento de sus argumentos. El Tribunal rechazó el argumento de que los derechos y obligaciones de las Partes se vieron afectados por la calidad de la decisión de invertir de EDF⁴⁰⁹. Como tal, el Tribunal decidió la pretensión sometida a él y no estaba obligado a mencionar todas las pruebas que se le habían presentado.

348. Lo mismo es cierto respecto de la prueba del Ingeniero Neme. Las respuestas brindadas por el Ingeniero Neme en el conainterrogatorio sugirieron que la Provincia de Mendoza no había enfocado la Cláusula de tipo de moneda con vistas a su aplicación en caso de que se pusiera un fin a la convertibilidad del peso. Sin embargo, esa prueba fue solo parte de las pruebas invocadas por Argentina en sustento de su argumento de que la Cláusula de tipo de moneda se encontraba atada a la continuación de la Ley de Convertibilidad y por lo tanto, no era aplicable a medidas adoptadas después de que el peso dejara de ser convertible. En otras palabras, la cuestión que el Tribunal debía decidir era si, a la luz de toda esa prueba, la Cláusula de tipo de moneda era o no aplicable cuando el peso dejó de ser convertible en el mes de enero de 2002. El Tribunal consideró esta cuestión con cierta amplitud en los párrafos 943-969 del Laudo y rechazó la interpretación de Argentina de la Cláusula de tipo de moneda (véanse, en particular, los párrafos 953 y 958-960). Por ende, decidió la pretensión que debía determinarse en pos de arribar a una conclusión en cuanto a los derechos y obligaciones de las Partes. En consecuencia, el Comité considera que el Tribunal no fue culpable de una extralimitación de facultades.

349. El mismo razonamiento debe conducir asimismo al Comité a rechazar el argumento de Argentina de que debería anularse el Laudo por falta de expresión de motivos en los que se fundó. Como ya ha explicado el Comité, el requisito de expresar los motivos es restringido en su alcance. Siempre y cuando el lector pueda seguir el razonamiento en el Laudo, el hecho de que no analice cada autoridad o todas las pruebas es irrelevante⁴¹⁰. Por lo tanto, el

⁴⁰⁹ Laudo, párrs. 992-993; véanse asimismo párrs. 1223-1229.

⁴¹⁰ Véanse las autoridades citadas en los párrafos 194 a 198, *supra*, y, en particular, *Enron*, nota 217, *supra*, párr. 222.

hecho de que el Tribunal no haya considerado necesario analizar la prueba del Ingeniero Neme en cuanto a qué fue lo que contemplaron o no las autoridades de Mendoza al momento de redactar la Concesión no constituye un incumplimiento del requisito del Artículo 48(3) o causales de anulación en virtud del Artículo 52(1)(e).

350. El Comité tampoco considera que existió un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento. Naturalmente un tribunal debe cumplir con las normas de debido proceso⁴¹¹ y aquellas incluyen la obligación de otorgar a las partes una misma oportunidad de presentar sus argumentos, convocar testigos y contrainterrogar a los testigos de la otra parte. Sin embargo, eso no exige que un tribunal analice en detalle una prueba en particular, o que incluso la analice, cuando no sea necesario hacerlo en aras de decidir las pretensiones ante sí. El Artículo 52(1)(d) del Convenio no puede ser utilizado para imponer una obligación de explicar los motivos que vaya más allá de la obligación ya establecida en el Artículo 48(3) y que se le confiera efecto, en el contexto de la anulación, mediante el Artículo 52(1)(e).
351. Por lo tanto el Comité rechaza la solicitud de anulación de Argentina en base a una supuesta omisión de considerar determinadas pruebas.

IX. Causalidad y Daños

A. Las cuestiones planteadas por la Demandada

352. Por último, Argentina pretende la anulación del Laudo so pretexto de que, al evaluar los daños que debían pagarse con respecto a las violaciones que identificó, (i) el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades al no aplicar el derecho aplicable, (ii) no expresó las razones sobre las que se fundó esta parte del Laudo, y (iii) fue culpable de un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento.

⁴¹¹ Véanse párrafos 199 a 200, *supra*.

B. Argumentos de las Partes

1. Argentina

353. Argentina sostiene que el Tribunal se basó exclusivamente en las pruebas de las valuaciones periciales de las Demandantes (LECG), sin considerar correctamente el hecho de que su metodología había sido cuestionada por Argentina y sus peritos (MBG)⁴¹². Argentina alega, en particular, que el Tribunal incurrió en los siguientes errores.
354. En primer lugar, ignoró lo que Argentina caracteriza como errores graves en el análisis macroeconómico de LECG y, en particular, el supuesto de LECG de que si hubiese existido un aumento en las tarifas al comienzo de la emergencia, ello no habría redundado en una caída aguda en la demanda de electricidad, robos, e imposibilidad en el cobro de los pagos de clientes. Argentina sostiene que impugnó estos supuestos de LECG pero que el Tribunal ignoró sus argumentos en contrario⁴¹³.
355. En segundo lugar, Argentina señala el hecho de que, al rechazar el argumento de Argentina de que en el mes de diciembre de 2001 EDEMSA carecía de valor, el Tribunal se fundó en las calificaciones dadas a EDEMSA en ese momento por las agencias calificadoras de crédito e ignoró el argumento de Argentina de que las metodologías de las agencias eran equivocadas y sus calificaciones poco confiables como indicador de valor⁴¹⁴.
356. En tercer lugar, según Argentina, LECG no tomó debida cuenta de la deuda acumulada por EDEMSA entre la fecha en la cual las Demandantes efectuaron su inversión en el año 1998 y finales de 2001 y el Tribunal no abordó esta crítica al Informe de LECG⁴¹⁵.
357. Por último, Argentina sostiene que el Tribunal otorgó más de USD 2 millones con respecto a las medidas previas a la emergencia a pesar de su comentario de que los informes periciales de las Demandantes “tuvieron muchas idas y vueltas”⁴¹⁶, y tuvo en cuenta cuestiones contractuales que ni siquiera fueron evaluadas por las Demandantes⁴¹⁷.

⁴¹² Memorial, párrs. 181-187; Réplica, párrs. 133-156.

⁴¹³ Memorial, párr. 183-185.

⁴¹⁴ Memorial, párr. 186.

⁴¹⁵ Memorial, párr. 187.

⁴¹⁶ Laudo, párr. 1321.

⁴¹⁷ Memorial, párr. 188.

358. Además, Argentina sostiene que el Tribunal cometió una extralimitación manifiesta de facultades al no aplicar el derecho aplicable para determinar el estándar de compensación con respecto a la violación del requisito de tratamiento justo y equitativo. Según Argentina, el Tribunal adoptó como estándar el estándar de “valor genuino” previsto por el Artículo 5(2) del TBI Argentina-Francia en lo que respecta a la expropiación, sin explicar de qué forma se podía aplicar ese estándar a un caso en el cual se había rechazado la alegación de expropiación⁴¹⁸. Al hacerlo, el Tribunal ignoró la distinción entre normas primarias y secundarias y no aplicó el estándar de reparación por tratamiento injusto e inequitativo del derecho internacional⁴¹⁹.
359. Argentina critica asimismo al Tribunal por tomar el valor de la inversión de las Demandantes en EDEMSA al año 1998 cuando el propio Tribunal aceptó que la fecha correcta era el 31 de diciembre de 2001, exigiendo así que Argentina compense a las Demandantes por pérdidas sufridas a raíz del cambio en las condiciones económicas en el país, así como por aquellas ocasionadas por las medidas de emergencia⁴²⁰.
360. Con respecto a la obligación de las Demandantes de mitigar su pérdida, Argentina acusa al Tribunal de haber aceptado el principio pero de no haberlo aplicado correctamente después. Las Demandantes habían vendido su participación en EDEMSA a IADESA en el mes de marzo de 2005, poco tiempo antes de la revisión tarifaria, en la suma de USD 2 millones. Posteriormente IADESA había revendido las acciones en el año 2007 en un precio mucho más elevado. Aunque el Tribunal había aceptado que debían reducirse los daños para tener en cuenta la diferencia entre los precios de venta entre los años 2005 y 2007, sin explicación alguna había reducido esa diferencia en un 50% y luego había aplicado un descuento para arribar al precio del año 2001⁴²¹.
361. Por último, Argentina sostiene que el Tribunal invirtió la carga de la prueba al sostener que Argentina no había ofrecido ninguna explicación convincente en cuánto a por qué razón debería utilizarse la cifra oficial de valoración de 1998 como base para la valoración en lugar de la cantidad realmente pagada por las Demandantes, en tanto les correspondía a las

⁴¹⁸ Memorial, párrs. 189-193.

⁴¹⁹ En este aspecto, Argentina señaló en particular el laudo en *Lemire c. Ucrania* (Caso CIADI N.º ARB/06/18), Laudo de 28 de marzo de 2011, párrs. 148-149. Véase Réplica, párr. 151.

⁴²⁰ Memorial, párr. 194.

⁴²¹ Memorial, párr. 196.

Demandantes la carga de justificar la cifra que afirmaron debería utilizarse como base de la valoración⁴²².

2. Las Demandantes

362. Las Demandantes sostienen que las quejas de Argentina no son más que un reflejo de su decepción de que el Tribunal rechazara su metodología preferida para el cálculo de la compensación y que no apuntan a ningún error pasible de anulación⁴²³. Señalan autoridades que demuestran que el Tribunal goza de amplia discrecionalidad con relación a la evaluación de la compensación⁴²⁴ y una serie de laudos que habían adoptado el mismo enfoque de compensación por tratamiento injusto e inequitativo que aquel adoptado por el Tribunal⁴²⁵.
363. Según las Demandantes, el Tribunal analizó minuciosamente tanto los informes periciales de las Demandantes como los de Argentina y explicó los motivos para preferir el análisis de LECG en lugar del de los peritos de Argentina (MBG)⁴²⁶. Las Demandantes citan la observación del Comité de *Vivendi II* de que

... un Tribunal puede basarse en el testimonio de un experto u otro participante con el que concuerda y puede ignorar otros testimonios. Esta es una de sus tareas principales, ver también la Regla [de Arbitraje] 34. Está generalmente aceptado que un Tribunal tiene una amplia discreción en estos asuntos y que no necesita explicar las opiniones de los expertos. ... en los casos en los que el Tribunal concuerda con una de las partes o con los expertos, no es sorprendente o inapropiado que adopte el lenguaje utilizado por ellos en los escritos o en el testimonio escrito⁴²⁷.

364. Con respecto a la mitigación de la pérdida, las Demandantes sostienen que el Tribunal estuvo de acuerdo con Argentina y en consecuencia, redujo sustancialmente la indemnización de las Demandantes⁴²⁸.

⁴²² Memorial, párr. 197.

⁴²³ Memorial de Contestación, párr. 197.

⁴²⁴ En particular, la decisión del comité *ad hoc* en *Impregilo SpA c. Argentina* (Caso CIADI N.º 07/17), Decisión sobre Anulación de 24 de enero de 2014 (“*Impregilo*”), párr. 160.

⁴²⁵ En particular, *Ron Fuchs c. Georgia* (Caso CIADI N.º ARB/07/15), Laudo de 3 de marzo de 2010, párrs. 532-537.

⁴²⁶ Memorial de Contestación, párrs. 197-205.

⁴²⁷ *Vivendi II*, nota 102, *supra*, párrs. 249 y 250.

⁴²⁸ Memorial de Contestación, párrs. 114-117; Dúplica, párr. 134.

365. Las Demandantes niegan que el Tribunal se extralimitara en sus facultades, que no expresara los motivos sobre los cuales se basó esta parte del Laudo o que cometiera un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento.

C. Decisión del Comité

366. Como era de esperar, dada la naturaleza del caso ante sí, la parte del Laudo que trata la cuestión de daños es compleja. En los párrafos 593-877, el Tribunal analiza en detalle los argumentos de las Partes. Su propio análisis y conclusiones se establecen en los párrafos 1182-1336. Antes de considerar la impugnación de Argentina de esta parte del Laudo, el Comité considera útil presentar el propio resumen de las conclusiones del Tribunal. El Tribunal sostuvo:

1182. Dada la cantidad de elementos dispersos en la determinación del monto de los daños, el Tribunal presenta el siguiente mapa de ruta de su cálculo, que se detalla y justifica más adelante en la sección siguiente del Laudo.

Daños totales de las Demandantes a diciembre de 2001

Daños causados por las Medidas de Emergencia	USD 133.635.633
Daños causados por las Medidas previas a la Emergencia	USD 2.502.797
Daños Totales al 31 de diciembre de 2001	USD 136.138.430

1183. Al calcular el monto de los daños, el Tribunal ha adoptado en general el modelo de LECG de la siguiente manera, tomando el 31 de diciembre de 2001 como fecha de valoración.

(i) Los daños causados por las Medidas de Emergencia serán calculados como la diferencia entre dos valores: el valor de la participación de las Demandantes en EDEMSA en un escenario sin las Medidas de Emergencia (el escenario “*contrafáctico*”) y el valor de la misma participación en un escenario con las Medidas de Emergencia (escenario “*real*”), tomando el 31 de diciembre de 2001 como fecha de valoración.

(ii) El valor “*contrafáctico*” (EDEMSA en ausencia de las Medidas de Emergencia) determinado a través del método de FFD⁴²⁹ descontado al 31 de diciembre de 2001;

⁴²⁹ Flujo de fondos descontados.

(iii) De ese monto, el Tribunal sustrae el monto que las Demandantes debieran haber recibido razonablemente en la venta de 2005 por sus acciones en EDEMSA al 31 de diciembre de 2001;

(iv) A ese monto, el Tribunal le agrega los daños atribuibles a las Medidas previas a la emergencia que afectan a la Concesión, nuevamente valorados al 31 de diciembre de 2001.

1184. Si se siguen estos tres pasos, se obtienen las siguientes cifras:

Paso 1: Cálculo de FFD de las inversiones de las Demandantes en ausencia de las Medidas de Emergencia al 31 de diciembre de 2001

Valor empresa (Tasa de descuento, WACC ⁴³⁰ 11,34%)	USD 448.855.587
Deuda financiera (valor en libros dic 2001)	USD (119.644.020)
Valor del capital accionario	USD 329.211.567
Valor de la inversión de las Demandantes en EDEMSA (participación del 44,88%)	USD 147.750.151

Paso 2: Sustracción del precio que podría haber sido recibido razonablemente en la venta de 2005, valorado al 31 de diciembre de 2001

Valor de la inversión de las Demandantes en EDEMSA	USD 147.750.151
Venta de 2005 descontada al 31 de diciembre de 2001	USD 14.114.518
Daños totales causados por las Medidas de Emergencia	USD 133.635.633

Paso 3: Inclusión de daños previos a la Emergencia USD 2.502.797.00

Total: USD 136.138.430

367. El Comité considera asimismo importante recordar las restricciones que el procedimiento de anulación impone necesariamente a su tarea al considerar este aspecto del caso. Estas restricciones fueron resumidas acertadamente por el Comité en *Impregilo* en los siguientes términos:

El Comité no puede analizar *de novo* los hechos, las pruebas y los criterios utilizados por el Tribunal en la valoración de los daños o del monto de la indemnización otorgada por a favor de Impregilo. Es claro que Argentina no está de acuerdo con la relación causal establecida por el Tribunal entre los

⁴³⁰ Costo Promedio Ponderado de Capital.

daños y las medidas controvertidas; que considera que el análisis de la relación causal no fue acabado y que las pruebas producidas deberían haber llevado a establecer una indemnización diferente; y que no está de acuerdo con la interpretación del Tribunal sobre el derecho aplicable en la valoración de los daños. Sin embargo, un desacuerdo con el análisis del Tribunal en cuanto a la relación causal o a la valoración de las pruebas o la interpretación del derecho no constituye una causal de anulación en virtud del artículo 52. ... Por supuesto, la valoración de los daños no puede ser arbitraria, pero la determinación del monto de una indemnización por parte del Tribunal tiene un alto grado de discrecionalidad, y un desacuerdo con los criterios utilizados por el Tribunal no puede ser causal de anulación de un laudo⁴³¹.

368. Eso no es para decir que un laudo no puede ser anulado en base al tratamiento de la cuestión de daños por parte del tribunal. Como lo deja en claro la última oración del pasaje de *Impregilo* citado *supra*, la valoración de daños no puede ser arbitraria. Si un tribunal, al valorar los daños, se extralimita manifiestamente en sus facultades al no aplicar (en contraposición a dudosamente aplicar incorrectamente) el derecho aplicable, no expresa los motivos sobre los cuales se funda el laudo, o es culpable de un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento, entonces el laudo puede ser anulado y los laudos han sido anulados en razón de estos errores en el tratamiento de los daños. Sin embargo, las críticas a la manera en la cual el tribunal ha aplicado el derecho o los desacuerdos respecto de su manejo de las pruebas, la metodología seleccionada, o su cálculo de daños, aunque bien fundados, no pueden conducir a la anulación. Tampoco se le exige a un tribunal abordar cada punto planteado en las pruebas para cumplir con el requisito de expresar los motivos en lo que fundó su laudo.

369. Teniendo en cuenta esas consideraciones, el Comité comienza con lo que considera la crítica fundamental de Argentina a esta parte del Laudo, a saber, que el Tribunal no aplicó el derecho aplicable para determinar el estándar de daños y por lo tanto, se extralimitó manifiestamente en sus facultades. Esa crítica se refiere al párrafo 1210 del Laudo, en el cual el Tribunal, tras observar que había concluido que Argentina fue responsable de negarles a las Demandantes un tratamiento justo y equitativo, afirmó:

La medida más justa de los daños por dicha violación sería el valor real de la inversión. Dicho estándar ha sido reconocido en el Artículo 5 del TBI entre Argentina y Francia como la medida apropiada de compensación en casos de

⁴³¹ *Impregilo*, nota 424, *supra*, párr. 160.

desposesión. El Artículo 4 [sic]⁴³² del TBI entre Argentina y Francia no presenta una formulación alternativa para determinar el valor de un negocio disminuido por un tratamiento injusto o inequitativo. En consecuencia, el Tribunal considera apropiado examinar el valor de EDEMSA si no hubiera sido reducido por las Medidas de Emergencia.

370. En tanto el Tribunal ya había sostenido que las Demandantes no habían sido desposeídas⁴³³, Argentina se queja de que esta conclusión constituye una extralimitación manifiesta de facultades, debido a que el Tribunal aplicó el estándar de compensación establecido para una violación a otra, muy diferente, sin ninguna justificación para hacerlo.

371. Sin embargo, el párrafo 1210 debe tomarse en contexto. El Tribunal no tomó simplemente el estándar de compensación por expropiación del TBI y lo aplicó sin justificación alguna a una negación de tratamiento justo y equitativo. Ya había explicado (en el párrafo 1183 del Laudo) citado en el párrafo 366, *supra*) que se calcularían los daños en base a la diferencia entre el valor real de la inversión de las Demandantes en EDEMSA (es decir, con posterioridad a los efectos de las medidas de emergencia) y el valor que habría tenido esa inversión si no hubiese sido por el efecto de esas medidas. Eso no es más que una aplicación del principio de que el objeto de la indemnización es colocar a la parte damnificada, en la medida de lo posible, en la posición que habría ocupado si no hubiesen ocurrido las medidas ilícitas. Ese principio se encuentra demasiado bien establecido en el derecho internacional⁴³⁴ como para exigir debate alguno. No existe motivo para pensar que, como una cuestión de principio general, no sea aplicable a una denegación de tratamiento justo y equitativo y el TBI Argentina-Francia no exige que un tribunal aplique un estándar diferente en tal caso, tal como lo observara el Tribunal en el párrafo 1210 del Laudo. En la opinión del Comité, al seleccionar este estándar como la base para el cálculo de daños, el Tribunal aplicó en forma correcta el derecho internacional, que era el derecho aplicable para determinar las consecuencias de una violación del tratado. Además, incluso si estuviera abierto a argumento que el Tribunal hubiera malinterpretado el derecho internacional pertinente, ese habría constituido un caso de aplicación incorrecta en lugar de una omisión

⁴³² El tratamiento justo y equitativo en verdad se aborda en el Artículo 3.

⁴³³ Laudo, párrs. 1113-1118.

⁴³⁴ Véase, por ejemplo, la Sentencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional en la *Fábrica de Chorzow*, C.P.J.I. Serie A, N.º 17, pág. 47 y Artículo 36 de los Artículos de la CDI sobre Responsabilidad del Estado y sus comentarios.

de aplicación del derecho aplicable y por lo tanto no habría implicado extralimitación alguna de facultades en los términos del Artículo 52(1)(b) del Convenio CIADI.

372. Por lo tanto, el Comité rechaza el argumento de que, al determinar el estándar de compensación el Tribunal cometió una extralimitación manifiesta de facultades. Rechaza asimismo el argumento de que no estableció los motivos sobre este punto. Tomada en su conjunto, esta parte del Laudo deja bien en claro la base sobre la cual se otorgaron daños. El Comité tampoco puede ver aquí ningún fundamento para concluir que existió un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento.
373. Pasando a la forma en la que el Tribunal aplicó el estándar recién expuesto y la metodología que utilizó para determinar las valoraciones real y “contrafáctica”, es cierto que el Tribunal adoptó generalmente el enfoque presentado por el Informe de LECG y rechazó la metodología alternativa sugerida por Argentina y MBG. No obstante ello, el Comité no puede aceptar que el Tribunal lo hiciera sin sentido crítico, o que no explicara la razón por la cual prefirió un enfoque y no el otro. Por el contrario, los párrafos 1189-1208 del Laudo explican – en detalle considerable – el motivo por el cual no podía aceptarse la metodología de MBG. El Tribunal identificó una serie de errores específicos en la metodología de MBG. Posteriormente afirmó que “las dificultades con los modelos de MBG se hacen más evidentes por el hecho de que dichos peritos de [Argentina] abandonaron su modelo anterior” durante el procedimiento y “no han presentado ninguna razón que justifique su voluntad de abandonar los supuestos y los resultados calculados durante la etapa del fondo”⁴³⁵. Posteriormente, en los párrafos 1209-1222 (así como en el ulterior análisis), pasó a demostrar por qué se fundaba en el enfoque de LECG y a verificar diferentes aspectos de ese enfoque.
374. Con respecto a las cuatro argumentaciones específicas presentadas por Argentina (y resumidas en los párrafos 354 a 357, *supra*), el Comité debería realizar las siguientes observaciones. En primer lugar, el Tribunal explicó (en el párrafo 1191 del Laudo) el motivo por el cual rechazó el argumento de Argentina de que un aumento en las tarifas habría conducido a una caída drástica en la demanda y sus críticas a los supuestos macroeconómicos en los informes de LECG.

⁴³⁵ Laudo, párrs. 1198 y 1200.

375. En segundo lugar, el Tribunal explicó (en los párrafos 1192 a 1197 del Laudo) por qué, en contraposición con la posición planteada por Argentina, consideraba que las calificaciones de EDEMSA de las agencias de crédito eran probatorias del valor de esa compañía, y por lo tanto, de la inversión de las Demandantes. Hizo comentarios, en particular, acerca del hecho de que una agencia, “Fitch”, se había basado en los flujos de fondos garantizados a los que tenía derecho EDEMSA en virtud de la Concesión como elemento clave en su valoración elevada a finales del año 2001 y había quitado esos flujos de fondos después de las medidas de emergencia, cuando le otorgó a EDEMSA una calificación mucho menor⁴³⁶.
376. En tercer lugar, en contraposición a lo que sugiere Argentina, el Laudo muestra que la carga de deuda de la que se hizo cargo EDEMSA fue tomada en cuenta para arribar a la valoración de la inversión de las Demandantes al día 31 de diciembre de 2001, tal como lo dejan en claro los cálculos en el párrafo 1183 del Laudo (presentados en el párrafo 366, *supra*).
377. Por último, el hecho de que el Tribunal concluyera que los peritos de las Demandantes se involucraron en una serie de “idas y vueltas” con relación a la cuantificación del efecto de las medidas previas a la emergencia no invalida en modo alguno el propio análisis de esta cuestión por parte del Tribunal en los párrafos 1318-1323.
378. Naturalmente, Argentina disiente con el análisis del Tribunal respecto de todos estos puntos y controvierte el razonamiento adoptado y la evaluación que el Tribunal realizara de los diferentes informes periciales pero, como ya explicara el Comité⁴³⁷, ese no es un fundamento en razón del cual el Comité podría anular el Laudo incluso si estuviere de acuerdo con todas esas críticas.
379. De manera similar el Comité no observa fundamento alguno para anular el Laudo en base a la manera en la cual el Tribunal calculó el valor de la inversión de las Demandantes o su enfoque de la causalidad. La esencia de la impugnación de Argentina respecto de este punto es que el Tribunal, habiendo aceptado la afirmación de Argentina de que la inversión debería valorarse al día 31 de diciembre de 2001⁴³⁸, fundó su valoración en el precio que las Demandantes habían pagado en el año 1998. Sin embargo, el Tribunal no tomó el precio de

⁴³⁶ Laudo, párr. 1194.

⁴³⁷ Véase párrafo 367 *supra*.

⁴³⁸ Laudo, párrs. 1183 y 1279.

1998 como la valoración “contrafáctica” sino como punto de partida para arribar a la cifra “contrafáctica”. Eso queda claro del siguiente pasaje en el Laudo:

1232. Para determinar el valor real habitualmente uno se pregunta qué es lo que un comprador dispuesto a comprar habría pagado por un negocio a una fecha determinada, que en nuestro caso sería finales de diciembre de 2001. Para una compañía eléctrica, dicho comprador tendría en cuenta los flujos de ingresos que podrían generarse y, por lo tanto, examinaría el régimen regulatorio local de tarifas para verificar los flujos que podrían esperarse. El comprador observaría que el Artículo 43 de la Ley Provincial de Electricidad de Mendoza establece que los inversores reciben una tasa de rentabilidad razonable sobre el monto invertido. Dado que no contamos con una inversión real en diciembre de 2001, el mejor punto de partida siguiente sería el monto realmente pagado por la inversión, sobre el que puede calcularse una tasa de rentabilidad razonable. Los ofertantes normalmente determinan su precio como una función de estimaciones sobre la viabilidad del proyecto considerando ciertas variables que incluyen los ingresos y los costos proyectados.

1233. El comprador dispuesto a comprar también consideraría otros aspectos del marco regulatorio. El Decreto Provincial No. 197/98 permite que se incremente el capital accionario por un monto que refleje “el activo de la Sociedad, el valor de la Concesión otorgada por la Provincia de Mendoza, *determinado por el monto proporcional de la oferta económica adjudicada en la Licitación*”. Énfasis agregado.

1234. Por supuesto, el monto invertido no es el fin de la historia, también se han considerado otros elementos. De hecho, el método adoptado por el Tribunal arroja un valor de aproximadamente USD 147 millones, que es inferior a la inversión proporcional de USD 209 millones atribuible a las acciones de las Demandantes en EDEMSA. Con el objetivo de mantener el orden, el Tribunal señala una vez más que la participación de las Demandantes era del 44,88% del capital y que la oferta de USD 237 millones fue realizada por el 51% de las acciones Clase “A” de EDEMSA ofrecidas por la Provincia de Mendoza.

1235. En otras palabras, el Tribunal ha adoptado un monto de los daños de aproximadamente dos tercios (2/3) del precio real pagado.

380. Por lo tanto, no existió contradicción alguna entre la decisión de que la valoración “contrafáctica” debía realizarse al día 31 de diciembre de 2001 y la manera en la cual el Tribunal utilizó el precio que realmente pagaron las Demandantes en el año 1998, tampoco ha ignorado el Tribunal factores (además de las medidas de emergencia) que surgieron entre el año 1998 y finales del año 2001 y que afectaron la valoración.

381. El Comité rechaza asimismo la crítica al Tribunal por parte de Argentina por emplear como punto de partida el precio real pagado, en lugar de la valoración oficial, así como su alegación de que el Tribunal invirtió incorrectamente la carga de la prueba en este sentido. El Tribunal explicó (en los párrafos 1213-1214 y en los párrafos 1227 y 1232-1234) por qué el precio pagado por la inversión era de relevancia para la valoración. Eso se debió a que la Ley Provincial y los términos de la Concesión previeron una tasa de retorno razonable sobre la inversión, de modo que (tal como se explicara en los párrafos 1232-1233) un comprador dispuesto habría tenido en cuenta la escala de la inversión al calcular el flujo de ingreso que se podría esperar razonablemente. Eso a su vez planteó la cuestión de si la tasa de retorno razonable habría de calcularse sobre el precio real pagado por el inversor o la valoración oficial en el momento de la oferta. Como era de esperar, Argentina prefirió el último (que era mucho menor) y las Demandantes el primero.
382. Esta parte del argumento de Argentina ante el Comité se centra en el párrafo 1215 del Laudo:

El Tribunal no ha sido persuadido por la afirmación de [Argentina] de que la rentabilidad de las Demandantes debería limitarse al monto de la valoración oficial. Esta conclusión encuentra sustento en el hecho de que diversas compañías multinacionales sofisticadas también ofertaron mucho más que el monto de la valoración. Además, [Argentina] no ha ofrecido ninguna explicación sólida de por qué los inversores habrían estado dispuestos a hacerlo si la rentabilidad sobre su inversión estuviera limitada al monto de la valoración oficial. En opinión del Tribunal, ningún inversor racional habría estado dispuesto a acceder a tal restricción, que habría hecho imposible para el inversor obtener una rentabilidad sobre su inversión total.

383. Ese párrafo debe leerse en contexto. El Tribunal ya había dado una indicación (en los párrafos 1213-1214) de que estaba persuadido por los argumentos de las Demandantes de que el precio real era la base para el cálculo de la tasa de retorno razonable. En los párrafos 1216-1218, el Tribunal pasó a explicar por qué razón consideraba que la redacción del decreto de valoración oficial, la forma en la cual se les describió a los inversores y el testimonio de los propios peritos de Argentina (en el caso del Sr. Bello en el procedimiento ante el Tribunal de EDFI y, en el caso del Sr. Quiroga, en el marco de otro arbitraje) sustentaban la posición de las Demandantes. En el párrafo 1215 mostraba que Argentina no había planteado explicación alguna en sustento de su visión en subsidio. No hay inversión

de la prueba en ello. Tampoco el enfoque de esta cuestión por parte del Tribunal podría dar lugar a la anulación en razón de otras causales.

384. Por último, el Comité considera que el cálculo del “valor real” por parte del Tribunal y su enfoque de la mitigación no se encuentra viciado por errores pasibles de anulación. Las Demandantes han afirmado que el valor real de su inversión al día 31 de diciembre de 2001 ascendía a USD 2 millones, la cifra en la cual vendieron su inversión a IADESA en el mes de marzo de 2005. El Tribunal consideró que “en ausencia de una revisión tarifaria, tal vez el Tribunal podría considerar que dicha cifra es una medida razonable del valor justo de mercado de EDEMSA en 2005”⁴³⁹. Sin embargo, el Tribunal consideró que, como la venta se realizó entre accionistas de EDEMSA en medio de un procedimiento de renegociación tarifaria, cada parte de esa transacción debería haber estado al tanto de lo que estaba sucediendo y de la posibilidad de una revisión tarifaria⁴⁴⁰. Además, sostuvo que “sería claramente injusto permitir a las Demandantes recibir una compensación por daños que podrían haberse evitado de haberse tomado medidas razonables” y que “la parte perjudicada debe ser considerada responsable por su propia contribución al daño”⁴⁴¹.
385. El Tribunal observó que IADESA vendió su participación accionaria en EDEMSA que había adquirido de las Demandantes, conjuntamente con su propia participación accionaria de 6,12%, en el año 2007 por la suma de USD 60 millones⁴⁴². Sobre esa base, la participación accionaria de las Demandantes fue valuada en USD 52,8 millones⁴⁴³ en el año 2007 después de que hubiera tenido lugar la revisión tarifaria. El Tribunal determinó que el valor real de la inversión de las Demandantes al mes de marzo de 2005 debería ser superior a USD 2 millones. Sostuvo:

Para determinar en qué medida debería ajustarse el precio de venta (y, por lo tanto, en que deberían reducirse la compensación), el Tribunal considera el contexto de la renegociación durante el transcurso del período de la Concesión. Un vendedor razonable intentaría retener parte de los posibles beneficios y, por lo tanto, en transacciones independientes, un comprador y un vendedor

⁴³⁹ Laudo, párr. 1287.

⁴⁴⁰ Laudo, párr. 1298.

⁴⁴¹ Laudo, párr. 1301.

⁴⁴² Laudo, párr. 1300.

⁴⁴³ La participación accionaria de las Demandantes en EDEMSA (44,88% del total) había sido el 88% del 51% de la participación accionaria de titularidad de IADESA después del mes de marzo de 2005 y que vendiera en el año 2007. 88% de USD 60 millones arroja una cifra de USD 52,8 millones.

aceptarían compartir todo beneficio sustancial. En ausencia de una circunstancia especial, el Tribunal considera equitativo imputar a cada parte una participación igual del 50% en esos beneficios potenciales. La compradora habría conservado suficientes incentivos para comprar y la vendedora habría tomado una medida razonable para minimizar sus daños⁴⁴⁴.

386. En síntesis, lejos de no haberse explicado la reducción del 50%, tal como sugiere Argentina, se fundó en el cálculo del Tribunal de cómo, en una transacción realizada en condiciones de mercado, un comprador y un vendedor habrían enfocado el valor de la participación accionaria sabiendo que un aumento de tarifas era posible aunque distaba de ser certero. Naturalmente uno puede discutir si 50% es una reducción demasiado grande (o demasiado pequeña) pero no se puede afirmar que el cálculo de daños se encuentre fuera del ámbito de discrecionalidad del Tribunal. Tampoco la cifra del Tribunal queda sin explicación. Además, el Tribunal naturalmente descontó el precio para arribar a la cifra del año 2001, algo que era tanto necesario como inevitable en tanto el objeto de esta parte de la valoración era determinar cuál era el valor real de la inversión en la fecha crítica del día 31 de diciembre de 2001.
387. Por lo tanto, el Comité rechaza la solicitud de Argentina de anular el Laudo en virtud de alguno o de todos los Artículos 52(1)(b), (d) y (e) con relación al tratamiento de las cuestiones de daños y causalidad.

X. Costas

388. Por último, el Comité procede a abordar la cuestión de las costas. De conformidad con la Regla 14(3)(e) del Reglamento Administrativo y Financiero, Argentina, como Parte que solicita la anulación del Laudo, al día de la fecha, ha debido efectuar todos los pagos anticipados requeridos para cubrir los costos del Comité y del Centro. Sin embargo, con arreglo al Artículo 61(2) del Convenio y a la Regla 28 de las Reglas de Arbitraje, el Comité goza de discrecionalidad para prorratear estos costos entre las Partes. El Comité también goza de discrecionalidad para ordenar que una Parte se haga cargo, en todo o en parte, de los costos incurridos por la otra Parte en concepto de representación legal.

⁴⁴⁴ Laudo, párr. 1311.

389. No hay ninguna regla general en el marco de los procedimientos CIADI según la cual la parte vencida deba pagar los costos de la parte vencedora ni existe presunción alguna en favor de un resultado semejante⁴⁴⁵. No puede decirse que las decisiones de comités *ad hoc* anteriores hayan dado lugar a una *jurisprudence constante*, si bien efectivamente sugieren que, en ocasiones, los comités han establecido una distinción entre los costos del comité y del Centro, por un lado, y los costos de representación de las partes, por el otro, y, con mayor frecuencia, se ha requerido que la parte vencida pague los primeros en su totalidad sobre el reembolso de los segundos en todo o en parte. Algunos comités también han insinuado que una consideración pertinente consiste en determinar si la solicitud de anulación se presentó de buena fe y si “carecía fundamentalmente de mérito” de tal manera tal que “para cualquier observador razonable e imparcial, era muy improbable que prosperara” [Traducción del Comité]⁴⁴⁶.
390. El Comité no duda en afirmar que considera que la solicitud de anulación en el presente caso se ha presentado de buena fe y se ha basado en argumentos plausibles en general. No se trata de un caso en el que la solicitud de anulación “carec[iera] fundamentalmente de mérito”, y el hecho de que el Comité haya abordado los argumentos de Argentina en tanto detalle indica que no considera que estuvieran condenados al fracaso desde el principio.
391. En estas circunstancias, pero teniendo en cuenta el hecho de que Argentina ha fracasado con respecto a todas las causales sobre la base de las cuales ha solicitado la anulación, el Comité considera que sería equitativo ordenar que Argentina se haga cargo de los costos del Comité y del Centro en su totalidad, pero dejar que cada Parte se haga cargo de sus propios costos de representación.

⁴⁴⁵ A diferencia de la posición en virtud del Artículo 40 del Reglamento CNUDMI, según el cual el punto de partida es la presunción de que la parte vencida debe hacerse cargo de los costos del tribunal en su totalidad..

⁴⁴⁶ CDC, nota 156 *supra*, párr. 89.

XI. Decisión del Caso

392. Por las razones expuestas en los párrafos precedentes de esta Decisión, el Comité, por unanimidad, resuelve lo siguiente:-

- 1) desestimar en su totalidad la Solicitud de Anulación del Laudo de fecha 11 de junio de 2012 presentada por la República Argentina;
- 2) que la República Argentina se haga cargo de las costas del procedimiento, incluidos tanto los honorarios y gastos de los Miembros del Comité como los costos del Centro; y
- 3) que cada Parte se haga cargo de sus propios costos y gastos legales.

[Firmado]

Prof. Teresa Cheng
Miembro del Comité *ad hoc*
Fecha: 12/01/2016

[Firmado]

Prof. Yasuhei Taniguchi
Miembro del Comité *ad hoc*
Fecha: 15/01/2016

[Firmado]

Sir Christopher Greenwood
Presidente del Comité *ad hoc*
Fecha: 08/01/2016