

Centro Internacional para el Arreglo
de Diferencias Relativas a Inversiones
(CIADI)

Sobre el procedimiento de anulación

en el arbitraje entre

COMPAÑÍA DE AGUAS DEL ACONQUIJA S.A.

y

VIVENDI UNIVERSAL (antes COMPAGNIE GÉNÉRALE DES EAUX)

Demandantes

c.

REPÚBLICA ARGENTINA

Demandada

Caso No. ARB/97/3

DECISIÓN SOBRE LA ANULACIÓN

ÍNDICE

	<i>página</i>
A. EL PROCEDIMIENTOS DE ANULACIÓN.....	1
B. EL LAUDO DEL TRIBUNAL	3
1) Fundamentos del Tribunal en materia jurisdiccional.....	7
2) Fundamentos del Tribunal sobre el fondo	9
(a) Las reclamaciones federales	10
(b) Las reclamaciones por actos de Tucumán	11
C. ANÁLISIS DEL COMITÉ.....	19
1) Cláusulas pertinentes del TBI Francia-Argentina.....	19
(a) Definición de “inversores” e “inversiones”	20
(b) Recursos locales y su relación con el arbitraje bajo el TBI	25
(c) El alcance y la aplicación de las cláusulas sustantivas del TBI	22
2) El papel de la anulación según el Convenio del CIADI	26
3) Los fundamentos de la anulación.....	30
(a) La decisión del Tribunal en materia de jurisdicción.....	30
(b) La decisión del Tribunal sobre el fondo	33
(i) <i>Quebrantamiento grave de una norma de procedimiento: Artículo</i>	
52(1)(d)	34
(ii) <i>Extralimitación manifiesta de las facultades: Artículo 52(1)(b)</i>	35
Las reclamaciones por actos a nivel federal.....	37
Las reclamaciones por actos de Tucumán	38
(iii) <i>Omisión de expresar motivos: Artículo 52(1)(e)</i>	48
D. COSTAS	47
E. DECISIÓN.....	48

Presidente: Sr. L. Yves FORTIER, C.C., Q.C.

Miembros del Comité ad hoc: Profesor James R. CRAWFORD, S.C., F.B.A.
Profesor José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS

Secretario del Comité: Sr. Alejandro A. Escobar

En el caso No. ARB/97/3

ENTRE: **COMPAÑÍA DE AGUAS DEL ACONQUIJA S.A. Y**
COMPAGNIE GÉNÉRALE DES EAUX (“Demandantes”)

Representadas por:

Juez Stephen M. Schwebel

en calidad de asesor letrado

Sr. Bernardo M. Cremades

de la firma *B. Cremades y Asociados*, en calidad de asesor letrado

Sr. Daniel M. Price y Sr. Stanimir A. Alexandrov

de la firma *Powell, Goldstein, Frazer & Murphy LLP*, en calidad de asesores letrados

Sr. Luis A. Erize

de la firma *Abeledo Gottheil Abogados*, en calidad de asesor letrado

Sr. Ignacio Colombres Garmendia

de la firma *Ignacio Colombres Garmendia & Asociados* en calidad de asesor letrado

Y

REPÚBLICA ARGENTINA (“Demandada”)

Representada por:

Dr. Rubén Miguel Citara, Dr. Ernesto Alberto Marcer, Sr. Hernán M. Cruchaga y Sr. Carlos Ignacio Suárez Anzorena

de la *Procuración del Tesoro de la Nación*, en calidad de asesores letrados

EL COMITÉ *AD HOC*

Después de deliberar,

Adopta la siguiente Decisión:

A. EL PROCEDIMIENTO DE ANULACIÓN

1. El día 20 de marzo de 2001, la Compañía de Aguas del Aconquija S.A. (en adelante, “CAA”) y Compagnie Générale des Eaux (en adelante, “CGE”; CGE y CAA denominados en forma conjunta las “demandantes”) presentaron ante el Secretario General del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante, el “Centro” o “CIADI”) un escrito (la “solicitud”) solicitando la anulación parcial de un Laudo fechado el 21 de noviembre de 2000 (el “Laudo”) dictado por el Tribunal en el arbitraje entre las demandantes y la demandada.¹

2. La solicitud se presentó dentro del plazo establecido en el Artículo 52 (2) del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (el “Convenio”). La solicitud pedía la anulación parcial del Laudo sobre la base de tres de las cinco causales contempladas en el Artículo 52 (1) del Convenio, a saber: que el Tribunal había incurrido en extralimitación manifiesta de sus facultades; que hubo un quebrantamiento grave de una norma de procedimiento, y que se había omitido expresar los motivos sobre los cuales se fundó el Laudo.

3. La solicitud fue registrada por el Secretario General del CIADI el 23 de marzo de 2001. De conformidad con la Regla 50 (2) de las Reglas de Arbitraje, el Secretario General transmitió ese mismo día una notificación de registro a las partes y, asimismo, envió a la demandada copias de la solicitud así como su documentación justificativa. Luego, de acuerdo con el Artículo 52 (3)

¹ El texto del Laudo, en inglés, se encuentra publicado en 40 ILM 426 (2001). El texto de su traducción al español aparece en el sitio internet del Centro. En lo sucesivo, las notas al pie hacen referencia al texto en inglés del Laudo.

del Convenio y a pedido del Secretario General, el presidente del Consejo Administrativo procedió a designar a los miembros del Comité *ad hoc* (en adelante, el “Comité”).

4. El Comité –integrado por el profesor James R. Crawford, el profesor José Carlos Fernández Rozas y el señor L. Yves Fortier – se constituyó debidamente y las partes fueron notificadas por el Secretario General el día 18 de mayo de 2001, conforme a la Regla 52 (2) de las Reglas de Arbitraje. El 25 de mayo de 2001, el Secretario del Comité informó a las partes que el señor L. Yves Fortier había sido designado presidente del Comité.

5. La primera reunión del Comité tuvo lugar en la sede del Centro, en Washington D.C., el 21 de junio de 2001. En la sesión, todos los miembros efectuaron declaraciones en los términos de la Regla 6 de las Reglas de Arbitraje. El Sr. Fortier calificó su declaración en un punto particular, y la demandada se reservó su derecho a proponer su recusación. Posteriormente así lo hizo, de conformidad con los Artículos 14 y 57 del Convenio del CIADI y la Regla 53 de las Reglas de Arbitraje. La recusación se relacionaba con la comunicación por parte del Sr. Fortier que uno de los socios de su estudio había sido encargado por CGE para aconsejar acerca de ciertos asuntos específicos relativos a impuestos bajo el derecho de Québec. El Sr. Fortier no había tenido participación personal alguna en esta labor, la que estaba por completo desvinculada al presente caso y que no conllevaba una retención general de servicios jurídicos. Luego de haber recibido presentaciones escritas de las partes, los otros dos miembros del Comité, mediante decisión del 3 de octubre de 2001, desestimaron la recusación.

6. De acuerdo con el cronograma procesal fijado en dicha reunión, las partes presentaron sus respectivos memoriales el día 20 de agosto de 2001 y el día 12 de noviembre de 2001; el memorial de las demandantes fue acompañado por un dictamen pericial preparado por el profesor Christoph H. Schreuer, mientras que la demandada presentó un dictamen pericial confeccionado por el profesor Arthur T. von Mehren. Con posterioridad, las demandantes presentaron una réplica el día 10 de diciembre de 2001; por su parte, la demandada presentó una dúplica el 8 de enero de 2002.

7. En este procedimiento de anulación se celebró una audiencia de dos días en la sede del Centro, el 31 de enero y el 1º de febrero de 2002, en la cual los asesores letrados de ambas partes presentaron sus argumentos y alegaciones, y respondieron a las preguntas formuladas por los

miembros del Comité. Las partes a continuación hicieron observaciones a las transcripciones en inglés y español que se hicieron de la audiencia, las que han sido tomadas en cuenta por el Comité.

8. En virtud de que las partes no convinieron en presentar una solicitud para modificar las reglas procesales establecidas en el Convenio y en las Reglas de Arbitraje, el procedimiento de anulación se llevó a cabo en todo momento de conformidad con las cláusulas aplicables de la sección 3, capítulo IV del Convenio y de las Reglas de Arbitraje.²

B. EL LAUDO DEL TRIBUNAL

9. La diferencia que dio lugar al arbitraje surgió de ciertos supuestos actos cometidos por la República Argentina y su subdivisión, la provincia de Tucumán, que, a juicio de las demandantes, motivaron la terminación del contrato de concesión (el “Contrato de Concesión”) celebrado por un periodo de treinta años entre Tucumán y CAA. En el proceso de arbitraje, las demandantes adujeron que la totalidad de tales actos eran atribuibles a la República Argentina y, por tal razón, constituían una violación de las obligaciones de la Argentina conforme al Acuerdo para la Promoción y la Protección Recíproca de las Inversiones entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República Francesa³ (en adelante, el “TBI”, el “Tratado” o el “Acuerdo”). Disposiciones relevantes del TBI se reproducen más adelante en esta decisión.

10. El Laudo objeto del presente procedimiento de anulación fue dictado el 21 de noviembre de 2000. El Tribunal rechazó en su Laudo las objeciones a su jurisdicción planteadas por la República Argentina. Habiendo sostenido su jurisdicción, el Tribunal no obstante desestimó la reclamación.

² El Artículo 52 (4) del Convenio establece: “Las disposiciones de los Artículos 41-45, 48, 49, 53 y 54, y de los Capítulos VI y VII [del Convenio relativo a los procedimientos de arbitraje] se aplicarán, *mutatis mutandis*, al procedimiento que se tramite ante [el Comité]”.

³ Suscrito el 3 de julio de 1991; en vigencia a partir del 3 de marzo de 1993; *United Nations Treaty Series*, vol. 1728 página 282 (versión en francés). Las cláusulas del TBI citadas, en inglés, en la presente Decisión han sido extraídas de la traducción oficial al inglés de las Naciones Unidas: *United Nations Treaty Series*, vol. 1728 página 298. El *Appendix 1* del Laudo del Tribunal del 21 de noviembre de 2001 constituye la fuente de la traducción al inglés de las cláusulas del Contrato de Concesión que aquí se menciona.

11. Con el objeto de presentar el contexto y los antecedentes pertinentes relativos a la presente Decisión, y antes de proceder a considerar los fundamentos detallados del Tribunal así como los motivos de la anulación a los que supuestamente dan origen tales fundamentos, el Comité no puede más que citar la “Introducción y Resumen” del correspondiente Laudo, redactados por el propio Tribunal.

A. Introducción y resumen

Este caso surge de una controversia compleja y a menudo amarga relacionada con un Contrato de Concesión de 1995 que una sociedad francesa, Compagnie Générale des Eaux, y su filial argentina, Compañía de Aguas del Aconguija, S.A. (denominadas conjuntamente “las demandantes” o “CGE”), celebraron con la provincia argentina de Tucumán, y con la inversión en Tucumán derivada de dicho acuerdo. La República Argentina no era parte del Contrato de Concesión ni de las negociaciones que llevaron a su celebración. ...

El Contrato de Concesión en sí no hace referencia al TBI ni al Convenio del CIADI ni a los recursos disponibles a inversores franceses en Argentina bajo estos tratados. Los artículos 3 y 5 del TBI disponen que cada una de las Partes Contratantes otorgará “un tratamiento justo y equitativo, conforme a los principios de Derecho Internacional, a las inversiones efectuadas por los inversores de la otra Parte”, que las inversiones gozarán de “protección y plena seguridad en aplicación del principio del tratamiento justo y equitativo”, y que las Partes Contratantes no adoptarán medidas de expropiación o nacionalización salvo por causa de utilidad pública, sin discriminación y dando lugar al pago de “una compensación pronta y adecuada”. El artículo 8 del TBI Argentina-Francia dispone que, si surge una controversia entre una Parte Contratante y un inversor de la otra Parte Contratante y la controversia no hubiera podido ser solucionada dentro de seis meses por medio de consultas amistosas, entonces el inversor podrá someter la controversia, o bien a las jurisdicciones nacionales de la Parte Contratante implicada en la controversia, o bien, a elección del inversor, al arbitraje bajo el Convenio del CIADI o a un tribunal “ad hoc” de acuerdo con las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

La cláusula 16.4 del Contrato de Concesión entre CGE y Tucumán disponía para la resolución de controversias contractuales, relativas tanto a su interpretación como a su aplicación, que aquellas fueran sometidas a la jurisdicción exclusiva de los Tribunales en lo Contencioso Administrativo de Tucumán. Si bien este caso presenta muchas interrogantes preliminares y otras interrogantes relacionadas, la cuestión medular ante este Tribunal concierne el significado jurídico que ha de atribuirse a esta cláusula de elección de foro en el Contrato de Concesión a la luz de las disposiciones que regulan los recursos bajo el TBI y el Convenio del CIADI. Esta cuestión tiene implicancias tanto para la jurisdicción del Centro y la competencia del Tribunal bajo el Convenio del CIADI, como para el análisis jurídico del fondo de la controversia entre CGE y la República Argentina.

Cuando CGE invocó la jurisdicción del CIADI basándose en los términos del TBI y del Convenio del CIADI y reclamó una indemnización de más de US\$300.000.000, la República Argentina respondió que no había consentido que se sometiera la controversia para su resolución bajo el Convenio del CIADI. Debido a la relación estrecha entre la cuestión jurisdiccional y los aspectos subyacentes del fondo de las reclamaciones, el Tribunal decidió que no podía resolver la cuestión jurisdiccional sin una presentación completa de las cuestiones de hecho relacionadas con el fondo. En consecuencia, el Tribunal, después de recibir los escritos de las partes y de oír sus alegatos orales, unió la cuestión jurisdiccional al fondo.

Por la razones expuestas en el presente Laudo, el Tribunal resuelve que tiene jurisdicción para conocer la reclamaciones de CGE en contra de la República Argentina por violación de las obligaciones de la República Argentina bajo el TBI. Ni la disposición de elección de foro del Contrato de Concesión, ni las disposiciones del Convenio del CIADI y del TBI en los que se apoya la República Argentina, precluyen el recurso ante este Tribunal por parte de CGE sobre la base de los hechos que se han presentado.

Con respecto al fondo, CGE no ha alegado que la propia República afirmativamente interfirió con su inversión en Tucumán. Más bien, CGE alega que la República Argentina *omitió impedir* que la Provincia de Tucumán tomara determinadas acciones con respecto al Contrato de Concesión que, según alegan las demandantes, por consiguiente infringieron sus derechos bajo el TBI. CGE también alega que la República Argentina *omitió causar* a la Provincia que tomara ciertas acciones con respecto al Contrato de Concesión, de ese modo también infringiendo los derechos de las demandantes bajo el TBI. Además, CGE sostiene que el derecho internacional atribuye a la República Argentina las acciones de la Provincia y de sus funcionarios y alega que esas acciones constituyen infracciones de las obligaciones de la República Argentina bajo el TBI.

Si bien CGE reclamó de las acciones de Tucumán ante los organismos administrativos de la Provincia, CGE reconoce que nunca buscó, de conformidad con la cláusula 16.4, reclamar de acción alguna de Tucumán ante los Tribunales en lo Contencioso Administrativo de Tucumán como violaciones de los términos del Contrato de Concesión. CGE sostiene que cualquier recurso de este tipo habría constituido una renuncia de sus derechos de recurrir al CIADI bajo el TBI y el Convenio del CIADI.

El Tribunal no acepta la posición de CGE en cuanto a que reclamaciones hechas por CGE ante los Tribunales en lo Contencioso Administrativo de Tucumán por infracción de los términos del Contrato de Concesión, como lo exige la cláusula 16.4, hubieran constituido una renuncia de los derechos de las demandantes bajo el TBI y el Convenio del CIADI. Además, como el Tribunal demuestra más adelante, la naturaleza de los hechos en que se fundamentan la mayor parte de las reclamaciones presentadas en este caso, hacen imposible que el Tribunal distinga o separe violaciones del TBI de violaciones del Contrato de Concesión sin antes interpretar y aplicar las disposiciones detalladas de ese acuerdo. En

virtud de la cláusula 16.4, las partes al Contrato de Concesión asignaron esa tarea expresa y exclusivamente a los Tribunales en lo Contencioso Administrativo de Tucumán. En consecuencia, y porque las reclamaciones en este caso surgen casi exclusivamente de supuestos actos de la Provincia de Tucumán que se relacionan directamente con su cumplimiento del Contrato de Concesión, el Tribunal resuelve que las demandantes tenían el deber de hacer valer sus derechos con respecto a tales reclamaciones en contra de Tucumán ante los Tribunales en lo Contencioso Administrativo de Tucumán como lo exige la cláusula 16.4 de su Contrato de Concesión.

CGE presentó ciertas reclamaciones adicionales relativas a acciones supuestamente *soberanas* de Tucumán que las demandantes sostienen no guardaban relación con el Contrato de Concesión. CGE afirma que tales acciones de la Provincia daban lugar a la responsabilidad internacional atribuible a la República Argentina bajo el TBI, interpretado conforme al derecho internacional aplicable. Además, CGE alega que la República Argentina era también responsable por su falta de cumplimiento de ciertas obligaciones bajo el TBI, lo que, según las demandantes, da lugar a la responsabilidad internacional independientemente del cumplimiento del Contrato de Concesión por Tucumán. El Tribunal resuelve que muchas de estas otras reclamaciones surgieron, de hecho, de acciones de la Provincia vinculadas al fondo de la controversia bajo el Contrato de Concesión y, por esa razón, se encontraban sujetas a ser resueltas inicialmente ante los Tribunales en lo Contencioso Administrativo de Tucumán bajo la cláusula 16.4. En la medida que tales reclamaciones son el resultado de acciones de la República Argentina o de la Provincia que son discutiblemente independientes del Contrato de Concesión, el Tribunal resuelve que la prueba presentada en este procedimiento no estableció los fundamentos para determinar una violación por parte de la República Argentina de sus obligaciones jurídicas bajo el TBI, ya sea por sus propias acciones u omisiones, ya sea a través de la atribución a la República Argentina de los actos de las autoridades de Tucumán⁴.

12. En la sección final del Laudo, después de revisar los antecedentes procesales del arbitraje,⁵ resumir los hechos y las respectivas posiciones jurídicas de las partes,⁶ y después de explicar su análisis, razonamiento y fundamentos en cuanto a la jurisdicción⁷ y al fondo,⁸ el Tribunal decidió acerca del caso presentado por las demandantes en los siguientes términos:

⁴ Laudo, Parte A., páginas 1-3; 40 ILM 426 (2001), pp. 427-429 (notas al pie de página omitidas).

⁵ Laudo, Parte B, párrafos 1-23; 40 ILM 426 (2001), pp. 429-433.

⁶ Laudo, Parte C, párrafos 24-39; 40 ILM 426 (2001), pp. 433-435.

⁷ Laudo, Parte D, párrafos 40-55; 40 ILM 426 (2001), pp. 435-439.

⁸ Laudo, Parte E, párrafos 56-92; 40 ILM 426 (2001), pp. 439-446.

G. Laudo

El Tribunal desestima por el presente las reclamaciones presentadas por las demandantes contra la República Argentina.⁹

13. Antes de considerar las causales de anulación presentadas al Comité, es necesario dar cuenta con más detalle del razonamiento del Tribunal tanto acerca de la jurisdicción como acerca del fondo de la reclamación.

(1) Fundamentos del Tribunal en materia jurisdiccional

14. El punto central del razonamiento del Tribunal en apoyo a su decisión en materia jurisdiccional aparece en los párrafos 49 a 54 del Laudo. Reformulada brevemente, la decisión del Tribunal es la siguiente:

- (a) Las reclamaciones de las demandantes por las acciones del gobierno federal de la Argentina así como por aquellas cometidas por las autoridades provinciales de Tucumán están debidamente caracterizadas como reclamaciones derivadas del Tratado y no como reclamaciones resultantes del acuerdo de concesión.¹⁰
- (b) De acuerdo con el derecho internacional, los actos de los organismos tanto del gobierno central como de la autoridad provincial son atribuibles al Estado – en este caso, la República Argentina – con el consiguiente resultado de que la Argentina no puede basarse en su estructura federal para limitar las obligaciones que le caben en virtud de un tratado.¹¹
- (c) El Artículo 25 (3) del Convenio tiene por objeto permitir que una subdivisión o un organismo de un Estado esté sujeto a la jurisdicción del CIADI y sea parte en los casos

⁹ Laudo, Parte G, página 35; 40 ILM 426 (2001), p. 447. La Parte F. del Laudo párrafos 93-96, contiene la evaluación y determinación del Tribunal acerca de la asignación de las costas y honorarios vinculados al arbitraje: 40 ILM 426 (2001), pp. 446-447.

¹⁰ Laudo, párrafo 50; 40 ILM 426 (2001), p. 438.

¹¹ Laudo, párrafo 49; 40 ILM 426 (2001), p. 437.

planteados ante el CIADI, en su propio nombre, cuando así lo hubiesen consentido y el Estado Contratante en cuestión así lo hubiese aprobado. El Artículo 25 (3) no limita el alcance de las responsabilidades internacionales del Estado como tampoco califica la jurisdicción que un tribunal del CIADI tiene sobre dicho Estado. En este caso, no restringe en modo alguno la jurisdicción del Tribunal sobre la República Argentina en virtud del TBI como tampoco impide que la provincia de Tucumán sea parte en el arbitraje por derecho propio.¹²

- (d) De manera similar, la cláusula 16 (4) del acuerdo de concesión – que establece que “[a] los efectos de la interpretación y aplicación de este Contrato las partes se someten a la jurisdicción exclusiva de los Tribunales en lo Contencioso Administrativo de la Provincia de Tucumán” – no excluye, de hecho no podría excluir, la jurisdicción del Tribunal que el TBI dispone. Las reclamaciones de las demandantes “no caen bajo la jurisdicción de los Tribunales en lo Contencioso Administrativo de Tucumán, tan sólo debido a que, *ex hypothesi*, dichas reclamaciones no se fundamentan en el Contrato de Concesión sino que alegan una causa de pedir bajo el TBI.”¹³

15. El Tribunal prosiguió argumentando que “[b]ajo este mismo análisis”¹⁴, iniciar procedimientos contra la provincia de Tucumán ante los tribunales en lo contencioso administrativo habría sido “el tipo de elección de las demandantes de acciones legales ante las jurisdicciones nacionales (es decir, tribunales) en contra de la República Argentina que hubiera constituido una ‘elección de vías’ bajo el Artículo 8 del TBI.”¹⁵

¹² Laudo, párrafo 51; en el párrafo 52, el Tribunal apoya esta conclusión en los *travaux* del Artículo 25; 40 ILM 426 (2001), p. 438.

¹³ Laudo, párrafo 53; 40 ILM 426 (2001), pp. 438-439 (pie de página omitido). Esta conclusión se funda *inter alia* en la referencia a la decisión del tribunal CIADI en el caso *Lanco International Inc c. República Argentina* (decisión del 8 de diciembre de 1998), 40 ILM 457 (2001) [texto en inglés].

¹⁴ Haciendo referencia al análisis contenido en los párrafos 53-54 del Laudo (40 ILM 426 (2001), pp. 438-439) y resumido en el párrafo 14 (d) de esta decisión.

¹⁵ Laudo, párrafo 55; 40 ILM 426 (2001), p. 439. Específicamente, este pasaje no constituye parte de los fundamentos del Tribunal en materia de jurisdicción, sino que surge de su análisis de la situación jurisdiccional. Volveremos a tratarlo más adelante.

(2) Fundamentos del Tribunal sobre el fondo

16. Al considerar los fundamentos del Tribunal en cuanto al fondo, es necesario distinguir entre lo que el Tribunal calificó como, por una parte, reclamaciones “que se fundamentan directamente en supuestas acciones o en la falta de acción de la República Argentina”¹⁶ y, por otra parte, las reclamaciones relacionadas con la conducta de las autoridades de Tucumán que, sin embargo, son impulsadas contra la Argentina “sobre la base del principio de atribución”.¹⁷ A los fines de esta Decisión, estas dos categorías de reclamaciones serán denominadas, respectivamente, reclamaciones “federales” y reclamaciones de “Tucumán”.

17. Si bien, tal como se mencionó anteriormente, el Tribunal expresamente “desestima las reclamaciones presentadas por las demandantes en contra de la República Argentina”,¹⁸ lo que el Tribunal verdaderamente hizo – y omitió hacer – es sumamente cuestionado por ambas partes. De hecho, ésta es precisamente la esencia de la controversia sobre la que debe decidir este Comité. De acuerdo con la Argentina, el Tribunal consideró cuidadosamente y, tal como lo expresa el propio Laudo, desestimó toda reclamación sobre el fondo planteada por las demandantes. De acuerdo con las demandantes, el Tribunal nunca consideró realmente el fondo de las reclamaciones en virtud del Tratado; y al pretender desestimar dichas reclamaciones sin efectivamente considerarlas dentro de la cuestión de fondo, el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades. Más aún, las demandantes sostienen que, aun cuando podría decirse que el Tribunal efectivamente consideró sus reclamaciones sobre el fondo, omitió expresar las razones de dicha desestimación. Existe, por tanto, una diferencia fundamental entre las partes en cuanto a la manera en que debe caracterizarse la decisión del Tribunal.

¹⁶ Laudo, párrafo 50; 40 ILM 426 (2001), p. 438.

¹⁷ Id. La terminología empleada por el Tribunal en este sentido no es completamente afortunada. Todas las reclamaciones internacionales en contra de un Estado se basan en la atribución, ya sea que la conducta en cuestión sea aquella de un gobierno central o de uno provincial o de otra subdivisión. Ver Artículos de la CDI acerca de la responsabilidad de los Estados por actos internacionalmente ilícitos, anexados a la Resolución 54/83 de la Asamblea General, 12 de diciembre de 2001 (en adelante, “Artículos de la CDI”), Artículos 2 (a), 4 y el comentario de la Comisión al Artículo 4, párrafos (8)-(10). Cabe hacer una observación similar respecto de la referencia que posteriormente hace el Tribunal a una “norma de atribución de responsabilidad absoluta” (Laudo, párrafo 63; 40 ILM 426 (2001), p. 440). La atribución no guarda relación alguna con la norma de responsabilidad. La cuestión sobre si una responsabilidad del Estado es “absoluta” o se basa en la debida diligencia o en alguna otra norma es una cuestión diferente a aquella de la atribución (cf. Artículos de la CDI, Artículos 2, 12). Pareciera, sin embargo, que ninguna de estas cuestiones terminológicas afectaron el razonamiento del Tribunal y no es necesario decir más al respecto.

¹⁸ Laudo, Parte G, página 35; 40 ILM 426 (2001), p. 447.

(a) Las reclamaciones federales

18. El Tribunal consideró lo que hemos denominado las reclamaciones “federales” de las demandantes – es decir, las reclamaciones surgidas de la supuesta conducta por parte de las autoridades federales, a diferencia de las autoridades provinciales, de la República Argentina – en los párrafos 83-90 y 92 del Laudo.

19. El Tribunal comenzó haciendo notar que en tan sólo una ocasión – en una carta fechada el 5 de marzo de 1996 – las demandantes presentaron una alegación directamente contra las autoridades federales por violación del Tratado.¹⁹ El Tribunal hizo notar que en ningún lugar de dicha carta de las demandantes se “solicita a funcionarios argentinos que tomen alguna acción en particular en relación con el Contrato de Concesión o las diferencias pendientes entre las demandantes y las autoridades de Tucumán”²⁰. De hecho, el Tribunal decidió que “[l]os autos no contienen prueba de que funcionarios argentinos hayan jamás dejado de tomar alguna acción específica que haya sido solicitada por las demandantes.”²¹

20. El Tribunal, no obstante, prosiguió a tratar con cierto nivel de detalle las reclamaciones federales. Investigó el grado de “medios jurídicos y políticos” que, de acuerdo con las demandantes, las autoridades federales debieron haber agotado para “proteger los derechos de las demandantes”.²² Estos incluyeron el inicio de acciones legales en contra de Tucumán en un tribunal federal (párrafo 87), el uso de influencia financiera (párrafo 88) y política (párrafo 89) sobre la provincia y la notificación a Tucumán de que sus acciones constituían una violación del Tratado (para. 90).

21. Ejemplo de este debate es el tratamiento de una potencial acción legal por parte del Estado, en un tribunal federal, destinada “a obligar a Tucumán a que cumpliera con el TBI”.²³ El Tribunal reconoció (pero declinó resolver) este tema debatido de derecho argentino en cuanto a si una acción de un tribunal federal procedía respecto de una provincia por violación de un

¹⁹ Laudo, párrafo 83; 40 ILM 426 (2001), p. 444.

²⁰ Id.

²¹ Laudo, párrafo 84; 40 ILM 426 (2001), p. 444.

²² Laudo, párrafo 86; 40 ILM 426 (2001), p. 445.

²³ Laudo, párrafo 87; 40 ILM 426 (2001), p. 445.

tratado y observó que el recurso ante los tribunales de Tucumán estaba a disposición de las demandantes (o al menos de CAA), en virtud de los términos y condiciones del Contrato de Concesión. Luego, decidió de la siguiente manera:

Sobre la base de los hechos que se han presentado, el Tribunal resuelve que no hubo una acción de la provincia de Tucumán que, a falta de tal proceso judicial local [es decir, por la cláusula 16(4) del Contrato de Concesión], violó el TBI de manera tan evidente que hubiera requerido que el gobierno argentino iniciara un recurso legal en contra de la Provincia ante los tribunales argentinos, ni los demandantes especificaron jamás, en este sentido, acción alguna de ese tipo a la República Argentina.²⁴

22. La conclusión general del Tribunal respecto de las reclamaciones de las demandantes fue la siguiente:

En conclusión, el Tribunal resuelve que los autos en este procedimiento no ofrecen una base fáctica para dictaminar que la República Argentina faltó a su deber de responder a la situación en Tucumán y a las solicitudes de las demandantes de conformidad con las obligaciones del gobierno argentino bajo el TBI.²⁵

(b) Las reclamaciones por actos de Tucumán

23. Las reclamaciones de las demandantes en relación con las supuestas acciones de Tucumán y de sus funcionarios se presentan en los párrafos 57-82 y 91 del Laudo.

24. Después de una discusión inicial sobre los argumentos esgrimidos por las partes en relación con la denominada “norma de responsabilidad absoluta de atribución” (párrafos 57-61), el Tribunal declaró que resolvería el caso, no respondiendo a cualquier cuestión general sobre si los artículos del Tratado “imponen una norma de responsabilidad absoluta sobre el gobierno central por las acciones de una subdivisión política”, sino analizando “las alegaciones específicas en las cuales las demandantes fundamentan sus reclamaciones y su significado jurídico a la luz de las condiciones del Contrato de Concesión y del TBI”.²⁶ Luego, procedió a analizar lo que las

²⁴ Id.

²⁵ Laudo, párrafo 92; 40 ILM 426 (2001), p. 446.

²⁶ Laudo, párrafo 62; 40 ILM 426 (2001), p. 440. Así, tal como se mencionó más arriba (ver nota 17), la confusión inherente a la frase “norma de responsabilidad absoluta de atribución” no parece haber tenido efecto operativo en el Laudo.

demandantes identificaron como “cuatro categorías de ‘actos de la Provincia atribuibles a [la demandada] que violaron los derechos de las demandantes bajo el TBI.’”²⁷

25. La primera categoría de las supuestas violaciones del Tratado por parte de Tucumán se relacionaba con “[a]ctos que derivaron en una caída de la tasa de recuperación”.²⁸ Éstos incluían una decisión por parte del Ombudsman, de diciembre de 1996, que, según las demandantes, le negó a CGE “su derecho a cortar el servicio a clientes morosos”, así como a ciertas decisiones de una autoridad regulatoria local, ERSACT, que, en opinión de las demandantes, “forzaron una reducción en la tarifa y por ello crearon incertidumbre respecto de cuáles facturas debían pagarse”. En relación con todas estas decisiones, el Tribunal concluyó que “las demandantes nunca objetaron ante los tribunales de Tucumán ninguna de estas acciones de los organismos administrativos de Tucumán relativas a la puesta en ejercicio del Contrato de Concesión.”²⁹

26. El Tribunal también consideró, bajo la primera categoría de acciones impugnadas, las alegaciones de las demandantes sobre las declaraciones públicas hechas por parte de los legisladores provinciales y otros que alentaban a los clientes a no pagar sus cuentas de suministro de agua. El Tribunal señaló que tales alegaciones se refieren a una “cuestión de hecho altamente disputada, es decir, si las autoridades de Tucumán organizaron una campaña para el no pago de las facturas emitidas por las demandantes”; pero decidió que “[e]n todo caso, esta cuestión de no pago se relaciona con las justificaciones de no pago bajo el Contrato de Concesión”, y al igual que con las decisiones administrativas ya mencionadas, concluyó que “las demandantes dejaron de objetar cualquiera de estos actos ante los tribunales de Tucumán”.³⁰

27. La segunda categoría de las acciones de Tucumán que supuestamente importan una violación de los derechos de las demandantes en virtud del TBI se relaciona con “[a]ctos que unilateralmente redujeron las tarifas”.³¹ Al respecto, el Tribunal sostuvo que estos actos abarcaban básicamente los mismos actos incluidos en la primera categoría y el Tribunal decidió

²⁷ Laudo, párrafo 63; 40 ILM 426 (2001), p. 440.

²⁸ Laudo, párrafo 65-66; 40 ILM 426 (2001), p. 440-441.

²⁹ Laudo, párrafo 65; 40 ILM 426 (2001), p. 440.

³⁰ Laudo, párrafo 66; 40 ILM 426 (2001), pp. 440-441.

³¹ Laudo, párrafo 67; 40 ILM 426 (2001), p. 441.

que, al igual que con las acciones de la primera categoría, ellas “nunca se objetaron ante los tribunales de Tucumán”.³²

28. Con respecto a la tercera categoría de supuestas violaciones del TBI por parte de Tucumán, que aludían a ciertos “[a]busos de la autoridad regulatoria”,³³ el Tribunal hizo notar una vez más que “CGE nunca objetó ante los tribunales de Tucumán la interpretación que dieron los organismos públicos de Tucumán a las disposiciones del Contrato de Concesión con injerencia en esta cuestión.”³⁴

29. La cuarta categoría de supuestas violaciones del Tratado por parte de Tucumán se refería a ciertos “[t]ratos en mala fe”.³⁵ Se dieron una serie de ejemplos, incluidas acciones por parte del gobernador de la provincia destinadas a alterar unilateralmente “los términos del segundo acuerdo renegociado que fue sometido a la Legislatura de Tucumán” en el período marzo-agosto de 1997 (párrafos 70-71). Después de revisar brevemente las diferencias fácticas que las partes mantenían sobre este punto (párrafo 72), el Tribunal observó que este aspecto de la controversia se relacionaba exclusivamente con los esfuerzos de las partes para lograr un acuerdo negociado. Hizo hincapié en que, tal como lo reconocieron las mismas demandantes, Tucumán no estaba “legalmente obligada a modificar el Contrato de Concesión” (párrafo 73). Después de observar que la propia Argentina participó en los intentos por resolver el impasse, el Tribunal sostuvo que “en vista de la prueba presentada, el Tribunal no halla una base para determinar la responsabilidad de la República Argentina por las acciones de las autoridades de Tucumán”.³⁶

30. Las demandantes presentaron tres alegaciones adicionales para fundamentar sus alegaciones de mala fe. Una se refería a ciertas multas impuestas sobre las demandantes como resultado de exámenes de agua realizados por Tucumán. La Argentina argumentó que las multas

³² Id.

³³ Laudo, párrafos 68-69; 40 ILM 426 (2001), p. 441.

³⁴ Laudo, párrafo 68. En el párrafo 69, el Tribunal obvió una controversia fáctica sobre si “la intervención del ERSACT” fue una intervención administrativa legítima o si estuvo políticamente motivada, en perjuicio de las demandantes; haciendo notar una vez más que “las demandantes nunca intentaron objeción legal alguna ante los tribunales de Tucumán [respecto] de la intervención de ERSACT sobre la base de que dicha acción violaba los derechos de CGE bajo el contrato de concesión”. Ver 40 ILM 426 (2001), p. 441

³⁵ Laudo, párrafos 70-76; 40 ILM 426 (2001), pp. 441-442.

³⁶ Laudo, párrafo 73; 40 ILM 426 (2001), p. 442. Esta conclusión se repite en el párrafo 82 del Laudo: 40 ILM 426 (2001), p. 444.

estaban permitidas por el Contrato de Concesión y alegó que las multas nunca se cobraron; las demandantes afirmaron que las multas estaban motivadas en razones políticas y tenían la intención de inducir la modificación del Contrato de Concesión, lo que implicaba un abuso de poder. Por su parte, el Tribunal concluyó que “[y]a que ninguna de las multas jamás se hicieron cumplir en contra de las demandantes, el Tribunal no puede fundamentar una determinación de tratos en mala fe sobre esta supuesta acción, particularmente cuando la controversia relativa a su justificación parece depender en parte significativa de una interpretación del Contrato de Concesión que las partes al mismo acordaron sería decidida por los tribunales de Tucumán”.³⁷ De manera similar, en cuanto a los otros actos de Tucumán cometidos supuestamente en mala fe, el Tribunal decidió que “las partes difieren acerca del significado y aplicabilidad de las disposiciones pertinentes del Contrato de Concesión, como también de los hechos subyacentes”.³⁸

31. Las conclusiones del Tribunal, extraídas de su análisis de estas “cuatro categorías” de acciones de Tucumán, aparecen resumidas en los párrafos 77-84 del Laudo.

32. El Tribunal comienza esta sección del Laudo con la afirmación de que “se hace aparente que todas las ... acciones de la Provincia de Tucumán sobre las cuales las demandantes se apoyan ... están estrechamente vinculadas al cumplimiento o incumplimiento de las partes bajo el Contrato de Concesión”,³⁹ y concluye, por consiguiente, que “todas las cuestiones que son relevantes al fundamento jurídico de estas reclamaciones en contra de la demandada surgieron de las diferencias entre las demandantes y Tucumán respecto de su cumplimiento o incumplimiento bajo el Contrato de Concesión”.⁴⁰ Estos fundamentos conducen a la conclusión central y más abarcadora del Tribunal, que, tal como se expone más adelante en esta Decisión, toca el punto medular a ser decidido por este Comité en este procedimiento:

³⁷ Laudo, párrafo 74; 40 ILM 426 (2001), p. 442.

³⁸ Laudo, párrafo 75; 40 ILM 426 (2001), p. 442. El Tribunal también se refirió brevemente a la conducta de las partes posterior a la terminación, específicamente a las alegaciones de las demandantes de que se vieron obligadas a continuar prestando servicios bajo el contrato de concesión mientras las autoridades provinciales continuaban obstruyendo sus intentos de cobrar las tarifas a sus clientes (párrafo 76). El Tribunal solamente resumió los argumentos presentados por las partes sobre este punto.

³⁹ Laudo, párrafo 77; 40 ILM 426 (2001), p. 443.

⁴⁰ Id.

[E]l Tribunal dictamina que, debido a la conexión crucial en este caso entre los términos del Contrato de Concesión y estas supuestas violaciones del TBI, no se puede hallar responsable a la República Argentina al menos y hasta que las demandantes hayan, como lo requiere la cláusula 16.4 del Contrato de Concesión, hecho valer sus derechos en procedimientos ante los Tribunales en lo Contencioso Administrativo de Tucumán y se hayan visto denegados sus derechos, ya sea procesal o substantivamente.⁴¹

33. Seguidamente, el Tribunal enumera una serie de fundamentos adicionales en apoyo de esta conclusión de carácter abarcador:

[D]ada la naturaleza de la controversia entre las demandantes y la Provincia de Tucumán, no le es posible a este Tribunal determinar cuáles acciones de la Provincia fueron tomadas en el ejercicio de su autoridad soberana y cuáles en el ejercicio de sus derechos como parte al Contrato de Concesión ... Para hacer tales determinaciones, el Tribunal tendría que emprender una interpretación y aplicación detallada del Contrato de Concesión, una tarea entregada por las partes de ese contrato a la exclusiva jurisdicción de los tribunales administrativos de Tucumán.⁴²

(...)

No existen alegaciones ante este Tribunal que los tribunales de Tucumán no se encontraban disponibles para conocer de dichas reclamaciones o que carecieran de independencia o equidad para su adjudicación.⁴³

(...)

Debido a que el Tribunal ha determinado que, sobre la base de los hechos que se han presentado, las demandantes debieron primero haber objetado las acciones de las autoridades de Tucumán en sus tribunales administrativos, cualquiera reclamación en contra de la República Argentina puede surgir sólo si se les denegara a las demandantes acceso a los tribunales de Tucumán para intentar sus acciones bajo la cláusula 16.4 o si se tratara a las demandantes de manera injusta ante tales tribunales (denegación de justicia procesal) o si la sentencia de tales tribunales fuera materialmente injusta (denegación de justicia material) o se les denegara de otro modo los derechos garantizados a los inversores franceses bajo el TBI por la República Argentina.⁴⁴

(...)

⁴¹ Laudo, párrafo 78; 40 ILM 426 (2001), p. 443.

⁴² Laudo, párrafo 79; 40 ILM 426 (2001), p. 443.

⁴³ Id.

⁴⁴ Laudo, párrafo 80; 40 ILM 426 (2001), p. 443.

El Tribunal hace hincapié en que esta decisión no impone un requisito de agotamiento de recursos bajo el TBI porque tal requisito sería incompatible con el Artículo 8 del TBI y con el Artículo 26 del Convenio del CIADI. (...)

En este caso, sin embargo, la obligación de recurrir a los tribunales locales se impone debido a los términos expuestos de la cláusula 16.4 del [Contrato de Concesión] y a la imposibilidad, sobre la base de los hechos concretos del presente caso, de separar reclamaciones por eventuales violaciones de contrato de violaciones del TBI sin interpretar y aplicar el Contrato de Concesión, una tarea que el Contrato asigna expresamente a los tribunales locales.⁴⁵

34. Cabe señalar dos puntos más. El primero se relaciona con el Artículo 10 del TBI, sobre el que las demandantes se han basado para evitar el efecto aparentemente preclusivo de la cláusula 16 (4) del contrato de concesión. El Artículo 10 dispone que:

Las inversiones que hayan sido objeto de un acuerdo especial entre una de las Partes Contratantes y los inversores de la otra Parte Contratante se regirán, sin perjuicio de las disposiciones del presente acuerdo, por los términos de ese acuerdo especial en la medida en que el mismo incluya disposiciones más favorables que las previstas en el presente acuerdo.

35. En un pie de página, el Tribunal declaró:

El Artículo 10 protege derechos otorgados a un inversor bajo un acuerdo especial si dichos derechos son más favorables al inversor que aquellos otorgados bajo el TBI. La pregunta aquí no es si uno u otro es más favorable, pero si el Tribunal está en posición, conforme a los hechos en este caso, de separar las cuestiones de violación del contrato de las violaciones del TBI, considerando que las partes en el Contrato de Concesión acordaron un recurso exclusivo ante los tribunales de Tucumán para la determinación de una diferencia sobre las cuestiones contractuales en disputa que no están regidas por el TBI.⁴⁶

36. El segundo punto se refiere a la explicación ofrecida por el Tribunal respecto de las razones por las cuales, en su opinión, el Artículo 8 (2) del TBI conocido como la cláusula sobre “elección de vías” no se aplica a las demandantes en las circunstancias de este caso. El Artículo 8 (2) dispone en parte pertinente que “[u]na vez que un inversor haya sometido la controversia a las jurisdicciones de la Parte Contratante implicada o al arbitraje internacional, la elección de uno u otro de esos procedimientos será definitiva”. En la opinión del Tribunal, el recurso de las

⁴⁵ Laudo, párrafo 81; 40 ILM 426 (2001), p. 444.

demandantes ante los tribunales en lo contencioso administrativo de Tucumán no les habría impedido llevar sus reclamaciones ante un tribunal del CIADI, de conformidad con lo que establece el TBI, es decir, no habría sido equivalente a una elección definitiva “de uno u otro de esos procedimientos” bajo el Artículo 8 (2). El Tribunal aludió a esta cuestión en dos oportunidades, en los párrafos 55 y 81 del Laudo.

37. En el párrafo 55, el Tribunal expresó esta conclusión con las palabras introductorias “[b]ajo este mismo análisis”. El análisis en cuestión se encuentra efectivamente en los párrafos 53 y 54 (incluida la nota al pie 19), donde, tras analizar la decisión adoptada en el caso *Lanco*, el Tribunal expresó lo siguiente:

53. (...) En este caso, las reclamaciones planteadas por CGE en contra de la demandada se fundamentan en la violación por la República Argentina del TBI ... Del modo en que están formuladas, estas reclamaciones contra la República Argentina no caen bajo la jurisdicción de los Tribunales en lo Contencioso Administrativo de Tucumán, tan sólo debido a que, *ex hypothesi*, dichas reclamaciones no se fundamentan en el Contrato de Concesión sino que alegan una causa de pedir bajo el TBI.

54. De este modo, no se puede considerar que la cláusula 16.4 del Contrato de Concesión impide que el inversor proceda bajo el Convenio del CIADI en contra de la República Argentina con una reclamación que le imputa a la República Argentina una violación del TBI Argentina-Francia.

55. *Bajo este mismo análisis*, una demanda por las demandantes en contra de Tucumán en los tribunales administrativos de Tucumán por violación de los términos del Contrato de Concesión no le hubiera cerrado el camino a las demandantes de intentar en seguida un recurso en contra de la República Argentina del modo previsto en el TBI y en el Convenio del CIADI. ...⁴⁷

38. Tal como claramente lo demuestran estos fragmentos, el Tribunal interpretó el Artículo 8 (2) de modo tal que se aplica sólo a las reclamaciones por violación del tratado, y no a lo que se consideró reclamaciones de carácter puramente contractual o de otro tipo dentro de la jurisdicción de los tribunales administrativos de Tucumán, aun cuando dichas reclamaciones se superpusieran con las reclamaciones por violación del Tratado. En otras palabras, en opinión del Tribunal, la elección de vías que establece el Artículo 8 (2) se limita en su aplicación a las

⁴⁶ Laudo, párrafo 78, nota 20; 40 ILM 426 (2001), p. 449.

⁴⁷ 40 ILM 426 (2001), pp. 438-439 (énfasis añadido, sin nota al pie).

reclamaciones que explícitamente “alegan una causa de pedir bajo el TBI” o que “[imputan] a la República Argentina una violación del TBI Argentina-Francia”; no se aplica en circunstancias en que existen reclamaciones “basadas en el Contrato de Concesión” ni a “una demanda por parte de las demandantes ... por violación de los términos del Contrato de Concesión”.

39. El que esta sea la interpretación correcta de la conclusión del Tribunal respecto del Artículo 8 (2) se ve reforzado por la discusión presentada en la nota al pie 19, correspondiente al párrafo 53 del Laudo, en la que el Tribunal rechaza explícitamente el argumento de la demandada de que los tribunales de Tucumán hubiesen tenido jurisdicción respecto “a la reclamación en contra de la República Argentina basada en el TBI”. Expuso, para ello, dos razones: en primer lugar, “la República Argentina podría haber tenido una conducta u omitido actuar en violación a sus obligaciones conforme al TBI aun cuando Tucumán no hubiese violado el Contrato de Concesión” y, en segundo lugar, “los tribunales de Tucumán no tienen jurisdicción respecto a dicho litigio [en contra de la República Argentina] a falta de consentimiento de la demandada”. El supuesto subyacente de estas razones es, una vez más, que una reclamación ante los tribunales de Tucumán de conformidad con el Artículo 8 (2) estaría “basada en el TBI”.

40. El Tribunal retomó el tema en el párrafo 81 del Laudo:

Por esa razón el Tribunal rechaza la posición de las demandantes de que no tenían obligación de intentar recursos internos en contra de la provincia o que, en el evento de una denegación de justicia de [sic] derechos bajo el TBI, cualquier acción legal de ese tipo ante los tribunales de Tucumán hubiera implicado la renuncia de su derecho de recurrir al arbitraje en contra de la República Argentina ante el CIADI bajo el TBI.⁴⁸

41. La explicación brindada por el Tribunal sobre su decisión de rechazar la posición de las demandantes es la “imposibilidad, sobre la base de los hechos concretos del presente caso, de separar reclamaciones por eventuales violaciones de contrato de violaciones del TBI sin interpretar y aplicar el Contrato de Concesión, una tarea que el contrato asigna expresamente a los tribunales locales”. Al parecer el Tribunal consideró que, en razón de que no podían separarse las reclamaciones contractuales de las reclamaciones relativas al Tratado planteadas

⁴⁸ Id., p. 444.

por las demandantes, una reclamación diferenciada “basada en el TBI” era imposible en las circunstancias del caso, al menos antes de someter la controversia a los tribunales provinciales.

42. Por consiguiente, parece que la conclusión del Tribunal respecto de que nunca se llegó a la elección de vías en este caso se basa en una interpretación del Artículo 8 (2) que limita su aplicación exclusivamente a las reclamaciones que alegan una violación del TBI, es decir, reclamaciones por el Tratado como tales.

43. El Tribunal volvió a considerar las reclamaciones de Tucumán en el párrafo 91 del Laudo, en el que trata las alegaciones de las demandantes sobre las “acciones hostiles y concertadas por parte de los funcionarios legislativos y ejecutivos”. En este respecto, el Tribunal simplemente dijo:

Además de señalar que los legisladores en cuyas acciones se apoyan las demandantes eran opositores del partido de gobierno en Tucumán a la época en que surgieron las diferencias bajo el Contrato de Concesión, la demandada presentó una refutación punto por punto de los demás elementos de prueba en los que se apoyan las demandantes para estas alegaciones. Luego de haber revisado cuidadosamente los escritos y el testimonio extensivos, el Tribunal resuelve que los autos en este procedimiento, en lo que se refiere a estas alegaciones, no establecen una base fáctica para atribuir responsabilidad a la República Argentina bajo el TBI por las supuestas acciones de los funcionarios de Tucumán.⁴⁹

C. EL ANÁLISIS DEL COMITÉ

44. Antes de proceder a analizar más detalladamente los razonamientos del Tribunal con miras a evaluar la validez de los fundamentos de la anulación esgrimidos por las partes, es necesario hacer un comentario sobre el Acuerdo entre Francia y la Argentina del 3 de julio de 1991 y sobre el papel de las listas de anulación así como sobre el alcance de sus facultades.

(1) Cláusulas pertinentes del TBI Francia-Argentina

45. El Acuerdo entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República de Francia para la protección y promoción recíproca de las inversiones fue suscripto por Francia y la Argentina en París el 3 de julio de 1991 y entró en vigencia el día 3 de marzo de 1993.⁵⁰

⁴⁹ Id., p. 446.

⁵⁰ *Supra*, nota 3.

Dicho convenio trata, *inter alia*, sobre los siguientes temas que resultan pertinentes a los efectos del presente procedimiento.

(a) Definición de “inversores” e “inversiones”

46. El Artículo 1 (1) contiene una definición amplia del término “inversiones”, que incluye “las acciones, primas de emisión y otras formas de participación, aun minoritarias o indirectas, en las sociedades constituidas en el territorio de una de las partes contratantes”, que son invertidas de conformidad con la legislación de la parte contratante con anterioridad o posterioridad a la entrada en vigor del TBI.⁵¹

47. El término “inversores” se encuentra definido en el Artículo 1 (2). Se establece que el término se aplica a (a) personas físicas; (b) personas jurídicas, que tengan la nacionalidad de una de las partes, y también

(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.⁵²

48. Al momento de firmarse el Contrato de Concesión y de efectuarse la inversión original, la participación accionaria en CAA estaba dividida entre CGE, una compañía española, Dragados y Construcciones Argentina S.A. (Dycasa), y una compañía argentina, Benito Roggio e Hijos S.A. (Roggio), ninguna de las cuales tenía una participación accionaria de control en CAA. Al momento de escribirse la carta de fecha 5 de marzo de 1996, Dycasa mantenía su participación en CAA, por lo cual dicha carta se refería no sólo al TBI entre Argentina y Francia sino también al TBI entre España y Argentina. Con posterioridad, en junio de 1996, CGE adquirió la participación de Dycasa y por tanto tuvo control efectivo de CAA dentro del alcance del Artículo 1 (2) (c) del TBI entre Argentina y Francia al momento en que se inició el procedimiento de arbitraje.

⁵¹ TBI, Artículo 1(1)(b).

⁵² TBI, Artículo 1(2)(c).

49. No obstante estos hechos (acerca de los cuales parece no haber controversia entre las partes) el Tribunal dictaminó, en una nota a pie de página, que “CAA deberá ser considerada como un inversor francés desde la entrada en vigencia del Contrato de Concesión”⁵³. La demandada alega que esta determinación no se fundamentó con motivo alguno y que de hecho se contradecía con pruebas no objetadas ante el Tribunal. Según la demandada, CGE no era el accionista de control al momento que ocurrieron la mayoría de las supuestas violaciones al Acuerdo, y CAA por consiguiente no era en ese momento un “inversor” para los efectos del TBI.

50. Rasgo en común con otros TBI, el Artículo 1 claramente distingue entre accionistas extranjeros en compañías locales y dichas compañías mismas. Mientras que la participación accionaria extranjera es por definición una “inversión” y su titular un “inversor”, las compañías locales sólo caen dentro del alcance del Artículo 1 si son “efectivamente controladas directa o indirectamente por los nacionales de una de las Partes Contratantes” o por personas jurídicas constituidas bajo sus leyes. De conformidad con estas disposiciones, que determinan el ámbito de operación del TBI, bien podrían surgir cuestiones cuando ha habido una transferencia de control de una compañía local de un accionista de una nacionalidad a un accionista de otra nacionalidad. Por ejemplo, si Dycasa tenía una reclamación por incumplimiento de un tratado español con anterioridad a la transferencia, podrían surgir cuestiones acerca de cómo dicha reclamación podría ser posteriormente transferida a una compañía francesa, o acerca de cómo CGE pudo haber adquirido una reclamación por incumplimiento de un tratado francés con respecto a la conducta relativa a una inversión que no tenía al momento en que se produjo tal conducta y que, en esa fecha, no tenía nacionalidad francesa. Cuanto menos, tales cuestiones podrían afectar la cuantía a recuperarse, pero pueden tener consecuencias jurídicas mayores y aún más básicas. Pero mientras que se puede argumentar que el Tribunal omitió expresar motivo alguno para su determinación que “CAA deberá ser considerada como un inversor francés desde la entrada en vigencia del Contrato de Concesión”, esa determinación no fueron tomadas en cuenta en el razonamiento del Tribunal o para su desestimación de la reclamación. Más aún no puede argumentarse que CGE no tenía una “inversión” en CAA desde la fecha de la celebración del Contrato de Concesión, o que no era un “inversor” con respecto a su propia participación accionaria, aunque tuviera o no control de CAA en su conjunto. Cualquiera que haya sido la

⁵³ Laudo, párrafo 24, nota 6; 40 ILM 426 (2001), pp. 447-448.

extensión de su inversión, le asistía el derecho en todo momento relevante de invocar el Acuerdo con respecto a conducta que supuestamente incumplía los Artículos 3 o 5. También resulta claro que CGE controlaba CAA al momento de iniciarse el procedimiento, de modo que no había cuestión de que el Tribunal carecía de jurisdicción respecto de CAA como una de las demandantes en el arbitraje. En las circunstancias, y para los efectos del presente procedimiento, el Comité no necesita llegar a conclusión alguna acerca del alcance preciso de los derechos de CAA y CGE bajo el tratado en distintas épocas.

(b) Recursos locales y su relación con el arbitraje bajo el TBI

51. El papel y el efecto, si lo hubiere, de los recursos locales a disposición del inversor, de conformidad con el Acuerdo entre Francia y la Argentina, son abordados en el Artículo 8 del TBI, que es de importancia crucial en el presente caso así como en ciertos artículos del Convenio del CIADI, especialmente el Artículo 26.

52. De conformidad con el Artículo 26 del Convenio, el consentimiento al procedimiento de arbitraje del CIADI equivale al consentimiento a la “exclusión de cualquier otro recurso”. Un Estado Contratante podrá condicionar su consentimiento al procedimiento de arbitraje exigiendo “el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales”. La Argentina no impuso dicho condicionamiento cuando aceptó el Artículo 8 del Acuerdo de 1991. En consecuencia es un punto de común acuerdo (y el Tribunal así dictaminó) que la regla del agotamiento de recursos internos no se aplica a reclamaciones bajo el TBI.

53. El Artículo 8 (2) del TBI otorga expresamente a los inversores la alternativa de que:

1. Toda controversia relativa a las inversiones, en el sentido del presente acuerdo, entre una Parte Contratante y un inversor de la otra Parte Contratante será, en la medida de lo posible, solucionada por consultas amistosas entre las dos partes en la controversia.

2. Si la controversia no hubiera podido ser solucionada en el término de seis meses a partir del momento en que hubiera sido planteada por una u otra de las partes, será sometida, a pedido del inversor;

-- O bien a las jurisdicciones nacionales de la Parte Contratante implicada en la controversia;

-- O bien al arbitraje internacional en las condiciones descritas en el párrafo 3.

Una vez que un inversor haya sometido la controversia a las jurisdicciones de la Parte Contratante implicada o al arbitraje internacional, la elección de uno u otro de esos procedimientos será definitiva.

3. En caso de recurso al arbitraje internacional, la controversia podrá ser llevada ante uno de los órganos de arbitraje designados a continuación a elección del inversor;

-- Al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (C.I.A.D.I.), creado por el convenio sobre arreglo de diferencias relativas a las inversiones entre Estados y nacionales de otros estados, abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965, cuando cada Estado parte en el presente acuerdo haya adherido a aquél. Mientras esta condición no se cumpla, cada Parte Contratante da su consentimiento para que la controversia sea sometida al arbitraje conforme con el reglamento del mecanismo complementario del C.I.A.D.I.;

-- A un tribunal de arbitraje “ad-hoc” establecido de acuerdo con las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (C.N.U.D.M.I.).

4. 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.

5. Las sentencias arbitrales serán definitivas y obligatorias para las partes en la controversia.

54. Es posible hacer dos observaciones iniciales acerca de estas cláusulas. En primer lugar, es absolutamente evidente que el término “jurisdicciones nacionales”, tal como se lo utiliza en el Artículo 8 (2) (“juridictions nationales”/ “jurisdicciones nacionales” en los textos originales en francés y español y “domestic courts” en la traducción al inglés de la UNTS), se refiere a todas las cortes y los tribunales de las partes contratantes y no sólo a aquellas de jurisdicción federal. En un tratado entre un estado unitario y un estado federal, como lo son Francia y la Argentina, respectivamente, no debe esperarse ninguna disparidad en la aplicación de una frase como “jurisdicciones nacionales”: todas las cortes y los tribunales de Francia son nacionales y, en el mismo sentido y a los propósitos del Acuerdo, lo son todas las cortes y los tribunales de la Argentina. El contraste, tal como lo explicita el Artículo 8 (2), está dado entre los términos “internacional” y “nacional”, no entre “nacional” y “provincial”. En consecuencia, no hay ninguna disparidad entre las frases “jurisdicciones nacionales [es decir, tribunales]” y

“jurisdicciones [tribunales] de la parte contratante” en los dos párrafos del Artículo 8 (2). En consecuencia, los tribunales en lo contencioso administrativo de Tucumán deben ser considerados dentro del alcance del Artículo 8 (2).⁵⁴

55. En segundo lugar, el Artículo 8 se refiere, en términos generales, a diferencias “relativas a inversiones en el sentido del presente acuerdo, entre una Parte Contratante y un inversor de la otra Parte Contratante”. Son aquellas diferencias las que pueden ser sometidas, a la opción del inversor, para su adjudicación ya sea nacional o internacional. El Artículo 8 no utiliza una formulación más estrecha en el sentido de exigir que la reclamación del inversor alegue un incumplimiento del TBI mismo. Leído literalmente, los requisitos de jurisdicción arbitral del Artículo 8 no precisan que la demandante alegue un incumplimiento del TBI mismo: es suficiente que la diferencia guarde relación con una inversión efectuada bajo el TBI. Esto se puede contrastar, por ejemplo, con el Artículo 11 del TBI, que se refiere a una diferencia “relativa a la interpretación o aplicación del presente Acuerdo”, o con el Artículo 1116 del TLCAN, que dispone que un inversor podrá someter a arbitraje bajo el Capítulo Once “una reclamación en el sentido de que otra Parte ha violado una obligación establecida” en disposiciones específicas de dicho Capítulo. En consecuencia, si el procedimiento nacional involucra “una diferencia relativa a inversiones”, tal como se interpreta en el TBI, entonces se aplica el Artículo 8 (2).⁵⁵ En la opinión del Comité, una reclamación por parte de CAA contra la Provincia de Tucumán por incumplimiento del Contrato de concesión ante los tribunales en lo contencioso administrativo de Tucumán estaría *prima facie* dentro del alcance del Artículo 8 (2) y constituiría una elección de fuero y jurisdicción “de carácter definitivo”, siempre y cuando se constate que dicha reclamación fuera idéntica en su extensión a una diferencia relativa a inversiones efectuadas bajo el TBI.

⁵⁴ Si bien la asesoría letrada de la demandada sostuvo el argumento contrario ante el Comité, éste no parece haber sido el fundamento en que se basó el Tribunal para su decisión sobre el Artículo 8 (2). Ver los párrafos 35-41 precedentes, en los que el Comité presenta un resumen de cuál ha sido su interpretación del razonamiento del Tribunal sobre este punto.

⁵⁵ Cf. *Waste Management, Inc. c. Mexico (No. 1)*, (2000) 40 ILM 56 en 68 (párrafo 28) [texto en inglés; el texto en español aparece en el sitio internet del Centro].

(c) El alcance y la aplicación de las cláusulas sustantivas del TBI

56. El pleito de las demandantes ante el Tribunal se basó en los Artículo 3 y 5 del Tratado, los que tratan, respectivamente, del “tratamiento justo y equitativo, conforme a los principios de derecho internacional” y de “medidas de expropiación ... o cualquier otra medida equivalente”.

57. El Artículo 3 dispone que:

Cada una de las Partes Contratantes se compromete a otorgar, en su territorio y en su zona marítima, un tratamiento justo y equitativo, conforme a los principios de derecho internacional, a las inversiones efectuadas por los inversores de la otra Parte y a hacerlo de manera tal que el ejercicio del derecho así reconocido no sea de hecho ni de derecho obstaculizado.

58. El Artículo 5 dispone que:

1. Las inversiones efectuadas por inversores de una u otra de las Partes contratantes gozarán, en el territorio y en la zona marítima de la otra Parte Contratante de protección y plena seguridad en aplicación del principio del tratamiento justo y equitativo mencionado en el art. 3º del presente acuerdo.

2. Las Partes Contratantes se abstendrán de adoptar, de manera directa o indirecta, medidas de expropiación o de nacionalización o cualquier otra medida equivalente que tenga un efecto similar de desposesión, salvo por causa de utilidad pública y con la condición que estas medidas no sean discriminatorias ni contrarias a un compromiso particular.

Las medidas mencionadas que podrían ser adoptadas deberán dar lugar al pago de una compensación pronta y adecuada, cuyo monto calculado sobre el valor real de las inversiones afectadas deberá ser evaluado con relación a una situación económica normal y anterior a cualquier amenaza de desposesión.

Esta compensación, su monto y sus modalidades de pago serán fijados a más tardar a la fecha de la desposesión. Esta compensación será efectivamente realizable, pagada sin demora y libremente transferible. Y producirá intereses calculados a una tasa apropiada hasta la fecha de su pago.

3. 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 de no menos favorable que el acordado a sus propios inversores o a los de la Nación más favorecida.

59. Ambos estos Artículos se refieren a una norma de derecho internacional, expresamente o por medio de una implicación clara. La protección otorgada bajo ambos Artículos se extiende a “las inversiones efectuadas por los inversores”.

60. Nuevamente es evidente que una diferencia particular relativa a inversiones puede a un mismo tiempo implicar cuestiones de interpretación y aplicación de las normas del TBI y cuestiones contractuales. El Artículo 8 (4), al expresamente facultar al Tribunal para basar su dictamen sobre las disposiciones del Acuerdo como también sobre los términos de cualesquier acuerdos particulares concluidos en materia de la inversión, claramente reconoce dicha posibilidad. Así también lo hace el Artículo 8 (2), el que contempla que una misma diferencia puede ser sometida ya sea a los tribunales internos del Estado Contratante (a ser resuelta de conformidad con el derecho interno de dicho Estado), ya sea al arbitraje internacional (a ser resuelta de conformidad con el derecho aplicable identificado en el Artículo 8 (4)).

(2) El papel de la anulación según el Convenio del CIADI

61. Es contra este trasfondo que el Comité tiene que considerar las causales de anulación que se invocan ante el mismo. Ante de hacer esto, sin embargo, son necesarias algunas breves observaciones acerca del papel de la anulación en el sistema del CIADI.

62. Si bien el papel adecuado que desempeña una comisión de anulación dentro del sistema del CIADI no carece de significación y debe necesariamente incluir la tarea de informar acerca de su análisis y las conclusiones a las que arriba, es relativamente poco lo que necesita decirse al respecto en razón de que las discrepancias entre las partes son, al parecer, pequeñas. Las demandantes y la demandada concuerdan en que un comité *ad hoc* no es un tribunal de apelaciones y que su competencia se extiende sólo a la anulación sobre la base de una u otra de las causales expresamente mencionadas en el Artículo 52 del Convenio del CIADI. También parece estar establecido que no existe ninguna presunción ya sea a favor o en contra de la

anulación,⁵⁶ punto éste que ha sido reconocido tanto por las demandantes como por la demandada.

63. No cabe duda de que el Comité debe tener sumo cuidado para garantizar que el razonamiento de un tribunal de arbitraje haya sido claramente comprendido, y no deben efectuarse anulaciones por una causa trivial. Pero “la extralimitación manifiesta en el ejercicio de las facultades” o “el quebrantamiento grave de una norma de procedimiento fundamental” por parte de un tribunal —ambos causales de anulación conforme al Artículo 52 del Convenio y alegados por las demandantes en este procedimiento— no son, por definición, asuntos triviales.

64. 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 convincentes⁵⁷. 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.

65. 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

⁵⁶ Cf. *MINE c. Guinea*, Decisión sobre anulación de fecha 22 de diciembre de 1989, (1989) 4 ICSID Rep 79, en la página 86; ver también C. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary* (Cambridge, Cambridge University Press, 2001) (en adelante, “Commentary”), páginas 902-903.

⁵⁷ Ver Schreuer, *Commentary*, pp. 984-1008.

consideraciones conflictivas una con otras, y un comité *ad hoc* debe tener mucho cuidado en no discernir que hay una contradicción cuando lo que en efecto se expresa en los fundamentos de un tribunal, según podría decirse con mayor exactitud, no es sino el reflejo de tales consideraciones conflictivas.

66. Por último, parece estar establecido que un comité *ad hoc* tiene una cierta medida de discreción en cuanto a si anula un laudo, aún cuando halle que existe un error anulable. El Artículo 52 (3) dispone que un Comité “tendrá facultad para resolver sobre la anulación total o parcial del laudo”, y esto a sido interpretado en el sentido de otorgar a los Comités alguna flexibilidad en determinar si la anulación es apropiada en las circunstancias⁵⁸. Entre otros factores será necesario que un comité *ad hoc* considere cuán significativo es el error en relación a los derechos legales de las partes. Este asunto, tal como se aplica en las circunstancias del presente caso, se aborda a continuación.

67. Otra cuestión, que se debatió entre las partes en este caso, es si un comité *ad hoc* se encuentra limitado a las causales de anulación invocadas por la parte recurrente, o si la parte recurrida puede a su vez plantear causales adicionales de anulación. Las demandantes, en su solicitud, declaran que sólo pretenden una anulación *parcial* del Laudo fundada en tres motivos: (1) que el Tribunal manifiestamente se excedió en sus facultades; (2) que ha habido quebrantamiento grave de una norma de procedimiento fundamental, y (3) que en el Laudo no se consignaron los motivos sobre los que estaba fundamentado.⁵⁹ La demandada no sólo rechaza cada uno de estos tres puntos, sino que argumenta más aun que, si cualquiera de ellos fuere aceptado, debería anularse el Laudo *en su totalidad*, sobre la base de que el Tribunal carecía absolutamente de jurisdicción, o bien con el fundamento de que en el razonamiento del Tribunal existió una contradicción fundamental entre la parte que trataba sobre la jurisdicción y aquella que se refería a la cuestión de fondo. A modo de respuesta, en sus presentaciones por escrito, las demandantes argumentan que lo que denominan la “demanda reconvenicional” de la demandada para la anulación del Laudo en su totalidad, es inadmisibile, en razón de ser extemporánea y que el Artículo 52 no prevé de modo alguno las demandas reconvenicionales.

⁵⁸ Ver Schreuer, Commentary, pp. 1018-1023, con referencias a fuentes autoritarias, especialmente *MINE* en los párrafos 4.09-4.10.

⁵⁹ Solicitud de anulación, párrafo 3; ver también el párrafo 2 de la presente decisión.

68. El Comité concuerda con la demandantes que una reconvención de anulación, esto es, una petición que no se plantee por la parte implicada como una solicitud independiente de conformidad con el Artículo 52 (1) del Convenio, no es admisible. Pero no se desprende de ello que una parte, como lo es la demandada en el presente caso, no pueda presentar sus propios argumentos sobre cuestiones de anulación, siempre y cuando dichos argumentos sean relativos a las materias específicas argumentadas por la parte que solicita la anulación, en este caso las demandantes. En opinión del Comité, ninguna parte involucrada en el procedimiento de anulación puede limitar los alcances sobre los que un comité puede expedirse respecto de la anulación de un Laudo impugnado, si alega y sostiene las causales de anulación dispuestas en el Artículo 52 (1). Algunas causas de anulación necesariamente afectarán el Laudo en su totalidad (por ejemplo, si el tribunal que dictó el Laudo se hubiera constituido incorrectamente (Artículo 52 (1) (a)). Otras pueden afectar sólo parte del Laudo. Un comité *ad hoc* está expresamente autorizado a resolver sobre “la anulación total o parcial” de un laudo (Artículo 52 (3)).

69. Por lo tanto, probadas que sean las razones de la anulación, corresponde al Comité y no a las demandantes determinar los alcances de la nulidad. En cuanto a dicha decisión, el Comité no está obligada por la caracterización realizada por las demandantes en ese aspecto, ya sea en la petición original o en otro documento, a decidir sobre la anulación “total” o “parcial” del Laudo. Esto se refleja en la diferencia de redacción entre los Artículos 52 (1) y (3), y está respaldado por los *travaux*. De hecho, las demandantes finalmente aceptaron esta perspectiva.

70. Al buscar la alternativa de la anulación de la parte jurisdiccional del Laudo, la demandada no estaba presentando una solicitud tardía de anulación mediante una demanda reconvenicional, procedimiento no contemplado en el Artículo 52 del Convenio del CIADI, tal como correctamente afirmaron las demandantes. En cambio, argumentaba que si fuera aceptada la posición de las demandantes sobre el fondo, ya sea según el Artículo 52 (1) (b) o (e), el efecto sería necesariamente la anulación total del Laudo. Esta posición era absolutamente clara para la demandada. No importaba una reconvención inadmisibles en busca de una anulación fundada en nuevas causas.

(3) Los fundamentos de la anulación

71. El Comité se aboca por consiguiente a tratar los fundamentos para la anulación propiamente dichos. Dado que, tal como se explicó anteriormente, los fundamentos legítimamente alegados por la demandada implican la decisión del Tribunal en materia jurisdiccional, es pertinente considerar en primer lugar la cuestión de la jurisdicción del Tribunal.

(a) La decisión del Tribunal en materia de jurisdicción

72. El Comité ya ha resumido los fundamentos sobre los cuales el Tribunal sostuvo su jurisdicción. El Tribunal dio amplias razones para ello en su Laudo, y tales razones no son contradictorias en sí mismas.⁶⁰ Es verdad que la demandada argumentó, en cambio, que existía una contradicción entre esas razones y las expresadas por el Tribunal en cuanto al fondo. Pero la Argentina también alegó que el Tribunal carecía de toda jurisdicción. Si esto es correcto, el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades al proceder a considerar el fondo, y debería anularse el Laudo en su totalidad. En consecuencia, la omisión de expresar los motivos en que se fundó el Laudo, incluidas las posibles contradicciones, no atañe a la determinación del Tribunal en materia jurisdiccional.

73. Por su parte, sin embargo, el Comité no tiene reparos en aceptar ninguna de las cuatro proposiciones resumidas en el párrafo 14 de este documento, las que llevaron al Tribunal a sostener su jurisdicción y luego expresar que su jurisdicción se extendía a las reclamaciones por actos de Tucumán.

74. En particular el Comité concuerda con el Tribunal en su caracterización de la presente diferencia como una “relativa a las inversiones, en el sentido del presente acuerdo” tal como se dispone en el Artículo 8 del TBI. Aún cuando fuera necesario, para los efectos de fundamentar la jurisdicción del Tribunal, que la diferencia se caracterice no sólo como una relativa a una inversión sino como una relativa al trato de una inversión de conformidad con las normas establecidas bajo el TBI, en este caso (tal como hizo notar el Tribunal) las demandantes invocaron las disposiciones sustantivas del TBI.

75. El Comité igualmente acepta que el hecho que la inversión guarde relación con el Contrato de Concesión celebrado con Tucumán, una provincia de Argentina que no ha sido designada por separado al Centro bajo el Artículo 25 (1), no significa que la diferencia caiga fuera del alcance del TBI, o que la inversión deje de ser una “entre una Parte Contratante y un inversor de la otra Parte Contratante” en el sentido del Artículo 8 (1) del TBI.

76. Siendo esto así, el hecho que el Contrato de Concesión remitía las diferencias contractuales a los tribunales en lo contencioso-administrativo de Tucumán no afectaba la jurisdicción del Tribunal con respecto a una reclamación basada en las disposiciones del TBI. La cláusula 16 (4) del Contrato de Concesión no pretendía expresamente excluir la jurisdicción de un tribunal internacional que derivada del Artículo 8 (2) del TBI, y cuando muy menos, una indicación clara de excluir dicha jurisdicción sería necesaria.

77. La decisión *Lanco*, citada por el Tribunal, apoya su determinación en cuanto a jurisdicción⁶¹. En ese caso el contrato era con una agencia federal de Argentina y una cláusula de jurisdicción exclusiva refería diferencias contractuales a un tribunal federal en lo contencioso-administrativo. El Tribunal en *Lanco* dictaminó:

la estipulación del Artículo 12 del Contrato de Concesión, según la cual las partes se someterán a los Tribunales de lo Contencioso Administrativo Federal de la Ciudad de Buenos Aires. Las Partes podían haber previsto la sumisión a un arbitraje doméstico o internacional, pero la elección de los tribunales sólo podía abocar a la jurisdicción de los tribunales de lo contencioso administrativo, ya que la jurisdicción administrativa no puede prorrogarse.⁶²

78. Pero en todo caso el Tribunal en *Lanco* denegó que una cláusula de jurisdicción exclusiva pueda excluir la jurisdicción del CIADI, apoyándose en particular en el Artículo 26 del Convenio del CIADI. El Tribunal dijo:

§39 Un Estado puede exigir el agotamiento de los recursos internos como condición previa a su consentimiento al arbitraje CIADI. Esta exigencia puede ser realizada (i) en un tratado bilateral de inversión que ofrezca el sometimiento al arbitraje CIADI, (ii) en una legislación nacional, o (iii) en un acuerdo directo

⁶⁰ Con la posible excepción del asunto relativo a las acciones de Dycasa, comentado en el párrafo 48, *supra*.

⁶¹ 40 ILM 457 (2001) [texto en inglés], citado por el Tribunal en su Laudo, párrafo 53.

⁶² 40 ILM 457 (2001), p. 466 (§ 26).

de inversión que contenga una cláusula CIADI. El Tratado ARGENTINA-EEUU no prevé en ningún momento el agotamiento de los recursos internos, y la República Argentina por su parte no ha alegado legislación nacional en dicho sentido. El único requisito que el Tratado ARGENTINA-EEUU sí prevé es el periodo de seis meses que se requiere para acudir al arbitraje CIADI.

§40 En nuestro caso, las Partes han dado su consentimiento al arbitraje CIADI, consentimiento que es válido, por lo que existe una presunción a favor del arbitraje CIADI, sin tener que realizar el agotamiento previo de los recursos internos. En efecto, una vez establecido el consentimiento válido al arbitraje CIADI, cualquier otro foro llamado a decidir la cuestión deberá declinar su competencia. El consentimiento del inversor, que proviene de su consentimiento escrito por carta de fecha 17 de septiembre de 1997 y su solicitud de arbitraje de fecha 1 de octubre de 1997, y el consentimiento del Estado que proviene directamente del Tratado ARGENTINA-EEUU que da la elección al inversor sobre el foro para resolver sus disputas, supone que no hay estipulación en contrario al consentimiento de las partes. Cabe recordar que el Artículo 25 (1) *in fine* establece que “*el consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado*”, en nuestro caso por la República Argentina después de que el inversor haya aceptado el arbitraje CIADI. En efecto, el ofrecimiento realizado por el la República Argentina a sus inversores en el Tratado ARGENTINA-EEUU no puede ser menoscabado por un sometimiento a los tribunales internos argentinos a los que se remite el Contrato de Concesión.⁶³

79. En efecto, el caso *Lanco* era uno con más fundamento que el presente, en lo relativo al efecto de una cláusula de jurisdicción exclusiva, ya que en *Lanco* la demandante extranjera era efectivamente una parte de la cláusula de jurisdicción exclusiva, a diferencia de CGE en el presente caso⁶⁴.

80. Por todas las razones expuestas, se debe desestimar la solicitud de la demandada respecto de anular la decisión del Tribunal en materia jurisdiccional.

⁶³ Id., §§ 39-40.

⁶⁴ Ver también *Salini Costruttori SpA c. Reino de Marruecos*, caso CIADI, decisión sobre jurisdicción de fecha 23 de julio de 2001, recopilada en [2001] *Journal de droit international* 196, con nota de Gaillard, id., p. 209. Esta fue una diferencia relativa a una construcción centrándose en torno al monto a pagar bajo un contrato con una cláusula de jurisdicción local. El Tribunal dictaminó que las disposiciones del TBI relativas a medidas de expropiación o de nacionalización “ne saurait être interprétée dans le sens d’une exclusion de tout grief d’origine contractuelle du champ de l’application de cet article” (p. 209, párrafo 59), y además que, no obstante la cláusula de jurisdicción local, “le Tribunal arbitral demeure compétent pour les violations du contrat qui constituerait en même temps, à la charge de l’Etat une violation de l’Accord bilatéral” (p. 209, párrafo 62).

(b) La decisión del Tribunal sobre el fondo

81. Las demandantes invocaron tres causales enumeradas el Artículo 52 del Convenio del CIADI para apoyar su solicitud de anulación parcial. El Comité las tratará en el mismo orden.

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

82. La primera de estas causales es la relativa a una reclamación de “que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento” (Artículo 52(1)(d)). Las demandantes argumentaron que el Tribunal había quebrantado una norma fundamental de procedimiento en cuanto que su eventual decisión, notablemente respecto de las reclamaciones por actos de Tucumán, implicaban una cuestión que no se había cubierto adecuadamente en los argumentos de las partes.

83. El Comité no pudo hallar, en el registro del arbitraje, incluido el Laudo, base alguna para las reclamaciones presentadas por las demandantes respecto de esta cuestión. Conforme al Artículo 52 (1) (d), el énfasis está puesto en el término “norma de procedimiento”, es decir, en la manera en que el Tribunal procedió, no en el contenido de su decisión. Según la opinión del Comité, el Tribunal procedió cuidadosamente. Consideró, en primer lugar, la cuestión de la jurisdicción y decidió, en el ejercicio de sus facultades discrecionales, unir dicha cuestión a la cuestión de fondo. Luego consideró ampliamente el fondo y dictó un Laudo densamente fundamentado.

84. Las demandantes alegaron que la decisión del Tribunal se produjo sin anuncio previo, y que no tuvieron oportunidad de presentar argumentos sobre la decisión que desestimó la reclamación sobre el fondo en virtud de los fundamentos relacionados con la cláusula 16 (4) del Contrato de Concesión. Puede ser cierto que la particular actitud adoptada por el Tribunal en su intento por conciliar los diversos elementos conflictivos que enfrentaba haya caído de sorpresa para las partes, o al menos para algunas de ellas. Pero, aun cuando esto fuera cierto, de ninguna manera carecería de precedentes en la toma de decisiones judiciales, tanto a nivel internacional como nacional, y no guarda ninguna relación con la causal de nulidad contemplada por el Artículo 52 (1) (d) del Convenio. De hecho, el Tribunal ya había decidido que las cuestiones de jurisdicción y de fondo estaban estrechamente vinculadas, y había unido las dos. Más aún, en

sus preguntas y especialmente en su solicitud de escritos posteriores a la audiencia, el Tribunal había indicado claramente que tenía preocupaciones en cuanto a cómo reconciliar el Artículo 8 del Tratado con la cláusula 16 (4) del Contrato de Concesión.

85. De los autos surge que las partes tuvieron amplias oportunidades de ser escuchadas en todas las etapas. Tuvieron numerosas oportunidades de realizar presentaciones escritas y orales sobre las cuestiones, y la audiencia oral fue conducida con meticulosidad de modo de permitirles presentar sus puntos de vista. En su análisis, el Tribunal hizo uso de los materiales presentados por las partes y en ningún sentido fue *ultra petita*. Por las razones expuestas, el Comité resuelva que no existió violación de ninguna norma de procedimiento, menos aún una violación grave.

(ii) *Extralimitación manifiesta de las facultades: Artículo 52 (1) (b)*

86. Se establece, y ninguna parte lo ha impugnado, que un tribunal del CIADI se extralimita en sus facultades no sólo si ejerce una jurisdicción que no le corresponde de conformidad con el acuerdo o tratado pertinente y el Convenio del CIADI, interpretados en conjunto, sino también si omite ejercer una jurisdicción que sí le corresponde según los mencionados instrumentos jurídicos.⁶⁵ Esto podría calificarse si se sostiene que la omisión del ejercicio de una jurisdicción sólo puede ser caracterizada como una extralimitación manifiesta de las facultades sólo cuando claramente importa una diferencia significativa para el resultado. Salvo dicha calificación, sin embargo, la omisión de un tribunal en ejercer una jurisdicción que le es otorgada por el Convenio del CIADI y por un TBI, en circunstancias donde se veía afectado el resultado de su examen, en la opinión del Comité constituye una extralimitación manifiesta de facultades en el sentido del Artículo 52 (1) (b).

87. Sin duda, un tribunal del CIADI no tiene el deber de considerar en su Laudo todo argumento presentado por las partes, a condición, por supuesto, de que los argumentos que efectivamente considere sean por sí mismos capaces de guiarlo hacia la conclusión a la que arribe y de que todas las cuestiones sometidas a un tribunal se decidan expresa o implícitamente. En este caso, las demandantes alegan que, lejos de considerar sus reclamaciones relativas al incumplimiento del TBI antes de pretender desestimarlas, el Tribunal en efecto declinó decidir

⁶⁵ Schreuer, Commentary, pp. 937-938.

las alegaciones de las demandantes ya que consideró que, para hacerlo, era menester abordar cuestiones que caían dentro de la jurisdicción exclusiva de los tribunales de Tucumán según el Contrato de Concesión. Las demandantes alegan que, si el Tribunal incurrió en un error en cuanto a este enfoque—es decir, si el Tribunal erró al concluir que no podía considerar las reclamaciones por incumplimiento del TBI, dadas las circunstancias—, omitió ejercer su jurisdicción conforme al TBI, una jurisdicción que él mismo había sostenido. En dicho supuesto, su omisión as respecto podría calificarse también de manifiesta.

88. Teniendo en cuenta estos comentarios preliminares, el Comité se aboca al fondo de la solicitud de anulación parcial del Laudo que las demandantes presentaron fundadas en la extralimitación manifiesta de facultades. Al hacer esto, es necesario distinguir entre el tratamiento del Tribunal de las reclamaciones por actos a nivel federal y aquel de las reclamaciones por actos de Tucumán.

Las reclamaciones por actos a nivel federal

89. Una cuestión inicial concierne al argumento de las demandantes acerca de que hubo incumplimiento del TBI en virtud de las acciones y omisiones de ministros y funcionarios del Gobierno federal de la Argentina, las denominadas “reclamaciones federales.” Tal como se demuestra en la revisión del razonamiento del Tribunal en los párrafos 18-22 precedentes, el Laudo claramente manifiesta cierta inclinación hacia la cláusula 16 (4) del Contrato de Concesión, aun en lo atinente a las reclamaciones federales; y la interpretación del Tribunal acerca de las obligaciones que incumbían a las autoridades federales de conformidad con el Tratado se torna más evidente por implicación a partir de su tratamiento de los hechos que como resultado de un análisis detallado. Sin embargo, no deja de ser claro, a juicio del Comité, que el Tribunal cuidadosamente consideró las reclamaciones federales sobre los hechos y que las desestimó. No hubo extralimitación de las facultades, manifiesta o no, en lo atinente a las reclamaciones de las demandantes contra el Gobierno federal.

90. Las demandantes alegaron que, aun si pudiera aseverarse que el Tribunal consideró las reclamaciones federales en cuanto al fondo, tal consideración se hallaba viciada en el sentido de que el tratamiento por parte del Tribunal de las reclamaciones federales y de las de Tucumán fue

interdependiente. Específicamente, las demandantes alegaron que si los actos de Tucumán constituían efectivamente un incumplimiento del TBI, la Argentina debía asumir una obligación mucho más seria de responder y de corregir la situación que la que el Tribunal consideró que se tomó. Las demandantes alegan que el Tribunal —siempre teniendo en mente la cláusula 16 (4)— omitió considerar esta alternativa. En la opinión del Comité, es verdad que, tal como se mencionó en el párrafo anterior, la cláusula 16 (4) aún interfería, en cierta medida, en el análisis del Tribunal acerca de las reclamaciones federales. El Tribunal, empero, no sugirió en ningún sentido que las demandantes estaban obligadas a presentar las reclamaciones federales en alguna corte o en tribunales internos. En cambio, aseveró que las autoridades federales podrían, razonablemente, haber considerado la diferencia como de carácter contractual,⁶⁶ y el alcance de cualquier obligación federal de reaccionar podría, razonablemente, haber estado influido por esta percepción.

91. En cuanto a la decisión de hecho del Tribunal, el Comité no tiene ningún fundamento para disentir bajo el Artículo 52 del Convenio del CIADI. El Tribunal concluyó que las autoridades federales de la Argentina respondieron a las iniciativas de las demandantes, buscaron resolver el problema y de hecho tomaron medidas razonables, no omitieron realizar nada de lo que se les requirió y que ellas mismas nunca fueron acusadas directamente de ningún incumplimiento del TBI. En relación con las conclusiones de derecho del Tribunal, tal vez es verdad que el Laudo carece de un análisis detallado de las cláusulas pertinentes del TBI, tal como alegan las demandantes. Así todo, lo esencial del razonamiento del Tribunal es suficientemente claro. A plena vista, el Artículo 3 del TBI le impone a la República Argentina no más que una obligación de tomar el cuidado que sea apropiado. Las conclusiones fácticas del Tribunal, tomadas en su conjunto, son más que suficientes para servir de fundamento para la clara conclusión del Tribunal de que las reclamaciones federales eran insostenibles y que no había habido incumplimiento del Artículo 3 como resultado de algún acto u omisión a nivel federal. Más aun, el Comité no considera que la desestimación por parte del Tribunal de las reclamaciones federales de las demandantes haya estado tan estrechamente vinculada a su propia decisión sobre las reclamaciones de Tucumán y a su presunta omisión de ejercer su jurisdicción con respecto a dichas reclamaciones como para que la determinación del Tribunal de las

⁶⁶ Laudo, párrafo 87; 40 ILM 426 (2001), p. 445.

reclamaciones federales deba decaer en el evento que su decisión acerca de las reclamaciones de Tucumán sea anulada.

92. Por las razones expuestas, se rechaza la solicitud de anulación parcial del Laudo presentada por las demandantes en relación con la decisión del Tribunal respecto de las reclamaciones federales.

Las reclamaciones por actos de Tucumán

93. La segunda cuestión relativa al Artículo 52 (1) (b) es si el Tribunal, habiendo decidido válidamente que tenía jurisdicción respecto de las reclamaciones por actos de Tucumán, tenía sin embargo atribuciones para desestimarlas del modo en que lo hizo. Las demandantes, por su parte, argumentan que lo que hizo el Tribunal no fue desestimar las reclamaciones por actos de Tucumán, sino declinar abordarlas. Alegan que la única razón por la cual se desestimaron dichas reclamaciones era que se estimó que eran sustantivamente idénticas a reclamaciones en contra de Tucumán bajo el Contrato de Concesión, las que el Tribunal determinó que no podía resolver, y que la negativa del Tribunal de decidir dichas reclamaciones era una exceso manifiesto de sus facultades. La demandada alega que, en el supuesto que el Tribunal tenía jurisdicción respecto de estas reclamaciones, actuó correctamente al desestimarlas sobre la base de la cláusula 16 (4) del Contrato de Concesión, pero que en todo evento esta no fue la única razón por la cual se desestimaron ya que el Tribunal sí consideró las reclamaciones por actos de Tucumán en cuanto al fondo.

94. Al tratar estas cuestiones, es necesario en primer lugar considerar la relación entre la responsabilidad de Argentina bajo el TBI y los derechos y obligaciones de las partes del Contrato de Concesión (especialmente aquellos derivados de su cláusula 16 (4), la cláusula relativa a jurisdicción exclusiva); y, en segundo lugar, considerar precisamente qué fue lo que decidió el Tribunal respecto de la reclamaciones por actos de Tucumán.

95. En cuanto a la relación entre incumplimiento de contrato e incumplimiento del tratado en el presente caso, se debe hacer hincapié en que los Artículos 3 y 5 del TBI no se relacionan directamente al incumplimiento de un contrato de derecho interno. En su lugar establecen una norma independiente. Un estado puede violar un tratado sin violar un contrato y *vice versa*, y

este por cierto es el caso de estas disposiciones del TBI. El punto se deja en claro en el Artículo 3 de los Artículos de la CDI, titulado “Caracterización de un acto de un Estado como internacionalmente ilícito”:

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

96. De conformidad con este principio general (que es sin duda declaratorio del derecho internacional general), son cuestiones distintas la de si ha habido incumplimiento del TBI y la de si ha habido incumplimiento de contrato. Cada una de estas reclamaciones será determinada en referencias a su propio derecho aplicable – en el caso del TBI, por el derecho internacional; en el caso del Contrato de Concesión, por el derecho propio del contrato, en otras palabras, el derecho de Tucumán. Por ejemplo, en el caso de una reclamación basada en un tratado, se aplican las reglas internacionales acerca de la atribución, con el resultado de que el Estado Argentino es internacionalmente responsable por los actos de sus autoridades provinciales.⁶⁷ Por otra parte, el Estado Argentino no es responsable por el cumplimiento de los contratos concluidos por Tucumán, que posee personalidad jurídica separada bajo su propio derecho y es responsable por el cumplimiento de sus propios contratos.

97. Se hace hincapié en la distinción entre el rol del derecho internacional y el derecho interno en materias de responsabilidad internacional en el comentario al Artículo 3 de los Artículos de la CDI, el que lee en su parte relevante del siguiente modo:

(4) La Corte Internacional ha mencionado y aplicado este principio a menudo. Por ejemplo, en el asunto *Reparación de los daños sufridos*, señaló que “[c]omo la reclamación se basa en el incumplimiento de una obligación internacional por un Miembro considerado responsable... ese Miembro no puede pretender que esa obligación se rija por su derecho nacional”. En el asunto *ELSI*, una Sala de la Corte hizo hincapié en esta norma, declarando que:

“La conformidad con el derecho interno y la conformidad con las disposiciones de un tratado son cuestiones diferentes. Lo que constituye violación de un tratado puede ser lícito en derecho interno y lo que es ilícito en derecho interno puede no entrañar violación alguna de las disposiciones de un tratado. Aunque el Prefecto considerase que la requisición estaba totalmente justificada en el derecho italiano, esto no

⁶⁷ Ver párrafos 16, 23-33, 43, *supra*.

excluiría la posibilidad de que ella constituyera una violación del Tratado de Amistad, Comercio y Navegación.”

Por el contrario, tal como explicó la Sala:

“– el que un hecho de una autoridad pública pueda haber sido ilícito en derecho interno no significa necesariamente que el hecho sea ilícito en derecho internacional, por violación de un tratado o de cualquier otra manera. La conclusión de los tribunales nacionales de que un hecho es ilícito puede ser pertinente para argumentar que ha sido también arbitrario. Sin embargo, en sí misma y sin nada más que lo acompañe, la ilicitud no puede decirse que equivalga a arbitrariedad– Tampoco de la conclusión de un tribunal interno de que un hecho es injustificado, irrazonable o arbitrario cabe deducir que ese hecho deba considerarse necesariamente como arbitrario en derecho internacional, aunque la calificación dada al hecho impugnado por una autoridad interna pueda constituir una indicación valiosa.”

* * *

(7) La regla según la cual la calificación de un comportamiento como ilícito en derecho internacional no queda afectada por la calificación del mismo hecho como lícito en el derecho interno no admite excepción en los casos en que las reglas del derecho internacional exigen al Estado que aplique las disposiciones de su derecho interno, por ejemplo dando a los extranjeros el mismo trato jurídico que a los nacionales. Ciertamente es que en tal caso la aplicación del derecho interno es pertinente para la cuestión de la responsabilidad internacional, pero ello se debe a que la regla de derecho internacional la hace pertinente, por ejemplo incorporando la norma de conformidad con el derecho interno como norma internacional aplicable, o como un aspecto de ésta. Particularmente en materia de perjuicios causados a los extranjeros y a sus bienes y en materia de derechos humanos, el contenido y la aplicación del derecho interno serán a menudo pertinentes para la cuestión de la responsabilidad internacional. En cada caso se deberá analizar si las disposiciones del derecho interno son pertinentes, como hechos, para aplicar la norma internacional que proceda, o si están efectivamente incorporadas de alguna forma, condicional o incondicionalmente, en dicha norma.⁶⁸

98. En un caso donde la base esencial de una reclamación sometida a un tribunal internacional es el incumplimiento de un contrato, el tribunal dará efecto a cualquier cláusula válida de elección de foro en el contrato⁶⁹. Por ejemplo en el caso *Woodruff*⁷⁰, una decisión de

⁶⁸ Comentario al Artículo 3, párrafos (4), (7) (sin notas al pie). Los pasajes del caso *ELSI*, citados en el párrafo (4) del comentario, se encuentran en ICJ Reports 1989, p. 51, párrafo 73, y p. 74, párrafo 124.

⁶⁹ Esto es, al menos que el tratado en cuestión disponga lo contrario. Ver, v.gr., el Artículo II (1) del “Claims Settlement Declaration” [entre los EE.UU. e Irán] de fecha 19 de enero de 1981, 1 *Iran-U.S. Claims Tribunal Reports* p. 9, el que prevaleció sobre cláusulas de jurisdicción exclusiva relativas a los tribunales de los EE.UU. pero no aquellas relativas a los tribunales iraníes: ver los casos citados en C.N. Brower & J.D. Brueschke, *The Iran-United States Claims Tribunal* (The Hague, Martinus Nijhoff, 1998) pp. 60-72. El Comité no necesita

la Comisión mixta estadounidense-venezolana de 1903, se sometió una reclamación por incumplimiento de un contrato que contenía la siguiente cláusula:

Doubts and controversies which at any time might occur in virtue of the present agreement shall be decided by the common laws and ordinary tribunals of Venezuela, and they shall never be, as well as neither the decision which shall be pronounced upon them, nor anything relating to the agreement, the subject of international reclamation.

99. La Comisión en ese caso dictaminó que Woodruff estaba obligado por esta cláusula a no referir su reclamación contractual a ningún otro tribunal. Al mismo tiempo la cláusula de jurisdicción exclusiva no precluía ni podía precluir una reclamación por parte de su gobierno en el evento que el tratamiento que se le diera llegara a constituir un incumplimiento del derecho internacional.

[W]hereas certainly a contract between a sovereign and a citizen of a foreign country can never impede the right of the Government of that citizen to make international reclamation, wherever according to international law it has the right or even the duty to do so, as its rights and obligations can not be affected by any precedent agreement to which it is not a party;

But whereas this does not interfere with the right of a citizen to pledge to any other party that he, the contractor, in disputes upon certain matters will never appeal to other judges than to those designated by the agreement, nor with his obligation to keep this promise when pledged, leaving untouched the rights of his Government, to make his case an object of international claim whenever it thinks proper to do so and not impeaching his own right to look to his Government for protection of his rights in case of denial or unjust delay of justice by the contractually designated judges;...⁷¹

100. La Comisión, por consiguiente, desestimó la reclamación “sin perjuicio de su decisión en cuanto al fondo, al ser presentada a los jueces debidos”, por el motivo de que “por el propio acuerdo que es la base fundamental de la reclamación, fue sustraída de la jurisdicción de esta Comisión”⁷².

considerar si el Artículo 8 del TBI prevalece sobre las cláusulas de jurisdicción exclusiva de los contratos subyacentes a las inversiones a las cuales se aplica el TBI.

⁷⁰ *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IX, p. 213.

⁷¹ *Ibid.*, p. 222.

⁷² *Ibid.*, p. 223.

101. Por otra parte, donde la “base fundamental de la reclamación” es un tratado asentando una norma independiente por la cual ha de juzgarse la conducta de las partes, la existencia de una cláusula de jurisdicción exclusiva en un contrato entre la demandante y el Estado demandado o una de sus subdivisiones no puede operar como impedimento a la aplicación de la norma bajo el tratado⁷³. A lo sumo, podría ser relevante – del modo en que el derecho interno muchas veces será relevante – al evaluar si ha habido un incumplimiento del tratado.

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

103. Más aún, el Comité no entiende cómo, si hubiera habido un incumplimiento del TBI en el presente caso (una cuestión de derecho internacional), la existencia de la cláusula 16 (4) del Contrato de Concesión pudiera haber impedido su caracterización como tal. Un Estado no puede apoyarse en una cláusula de jurisdicción exclusiva para evitar la caracterización de su conducta como internacionalmente ilícita bajo un tratado.

104. La demandada alega que, aún si el Tribunal tuviera jurisdicción, y aún si no le fuera permitido declinar el ejercicio de dicha jurisdicción en alusión a una cláusula de jurisdicción exclusiva en el Contrato de Concesión, esto no fue lo que hizo el Tribunal. Según la demandada, se desprende claramente del Laudo que las demandantes no tenía argumentos fundados para invocar el incumplimiento de los Artículos 3 o 5 del Tratado y que, cuanto más, su demanda era una por incumplimiento de contrato: la cuestión de una reclamación bajo el tratado sólo podía

⁷³ No es necesario que el Comité se pronuncie acerca del contenido de la norma establecida por el TBI, en particular su Artículo 3. Puede ser que un “mero” incumplimiento de contrato, que no esté acompañado de mala fe u otras circunstancias agravantes, raramente constituya un incumplimiento de la norma acerca de trato justo y equitativo establecido en el Artículo 3. El Tribunal no ofreció, sin embargo, interpretación alguna del Artículo 3, ni procuró apoyarse sobre la base de esta consideración.

surgir en el evento que los tribunales en lo contencioso-administrativos de Tucumán denegaran justicia a las demandantes, sustantiva o procesalmente.

105. La cuestión por tanto viene a ser cómo caracterizar la decisión del Tribunal. Al considerar dicha cuestión, el Comité no estima que sea material ni que CGE no era una parte del contrato de concesión, ni que las partes del Contrato de Concesión hayan sido CAA y Tucumán, y no CAA y el gobierno federal de la Argentina. Si el Tribunal actuó acertadamente al expresar que no podía considerar ninguna alegación por incumplimiento de tratado que le exigiera interpretar o aplicar el Contrato de Concesión, resulta entonces que se puede argumentar que CGE no podría estar en una mejor posición que CAA. También se puede argumentar que esta conclusión debe mantenerse aunque el compromiso contractual se asumía con una provincia, ya que los actos de dicha provincia constituyen el meollo de la reclamación. Pero una cosa es ejercer jurisdicción contractual (discutiblemente de competencia exclusiva de los tribunales administrativos de Tucumán en virtud del Contrato de Concesión) y otra es tomar en cuenta los términos de un contrato al determinar si ha habido incumplimiento de una norma independiente del derecho internacional como aquella reflejada el Artículo 3 del Acuerdo de 1991.

106. Las demandantes hicieron una serie de alegaciones acerca de la conducta de Tucumán, mucha de la cual, según alegan, involucraba medidas tomadas de mala fe. Tales actos incluían supuestos incidentes de: actos del Ombudsman y otras autoridades regulatorias; la incitación a los consumidores por parte de miembros de la legislatura y otros a no pagar sus cuentas de agua; cambios no autorizados de tarifas; la imposición incorrecta de multas (en realidad nunca cobradas) a causa de calidad del agua supuestamente deficiente; facturación incorrecta de impuestos municipales y provinciales de aguas; conducta relativa al problema del “agua negra” por el cual se culpó a CAA, pero del cual CAA niega que fuera responsable; cambios unilaterales por el Gobernador provincial al segundo acuerdo renegociado; y varias conductas posterior a la terminación del contrato. Esta conducta, alegan, equivalió en su conjunto a una acción concertada por la autoridades de Tucumán para frustrar la concesión.

107. El Tribunal expresó su opinión acerca de algunas de estas alegaciones pero de ningún modo acerca de todas. Por ejemplo, en el párrafo 82 del Laudo, el Tribunal opinó que los cambios unilaterales al acuerdo renegociado no llegaron a constituir un incumplimiento del TBI

porque no había un deber jurídico de revisar el Contrato de Concesión⁷⁴. En el párrafo 91, bajo el rubro general de “La falta de la República Argentina de responder a las acciones de los funcionarios de Tucumán”, el Tribunal concluyó que “los autos ... no establecen una base fáctica para atribuir responsabilidad a la República Argentina bajo el TBI por las supuestas acciones de los funcionarios de Tucumán”⁷⁵. En su contexto, este último pasaje no es inequívoco; sugiere que el Tribunal tenía presente una discusión previa acerca de la “norma de responsabilidad absoluta de atribución”, y la referencia a “supuestos actos” causa preocupación: a final de cuentas no queda claro si el Tribunal rechazó las alegaciones de hecho de las demandantes o si dictaminó que dichas alegaciones, aunque potencialmente probadas, no eran suficientes para “atribuir responsabilidad” al gobierno federal.

108. Pero como sea que fuese el caso, queda claro de la discusión central de las reclamaciones por actos de Tucumán, en los párrafos 77 a 81, que el Tribunal declinó decidir aspectos claves de las reclamaciones de las demandantes basadas en el TBI a causa de que conllevaban cuestiones de cumplimiento o incumplimiento contractual. El propio Tribunal caracterizó estos pasajes, en el párrafo 81, como constitutivos de su “decisión” con respecto a las reclamaciones por actos de Tucumán.

109. Un pasaje clave en este sentido se encuentra en el párrafo 79, donde el Tribunal dijo:

“[D]ada la naturaleza de la controversia entre las demandantes y la Provincia de Tucumán, no le es posible a este Tribunal determinar cuáles acciones de la Provincia fueron tomadas en el ejercicio de su autoridad soberana y cuáles en el ejercicio de sus derechos como parte al Contrato de Concesión, considerando en particular que gran parte de la prueba presentada en este caso se ha referido a cuestiones detalladas de cumplimiento y de tarifas bajo el Contrato de Concesión”⁷⁶.

110. Este pasaje merece dos observaciones. Primero, se formula en términos no de una decisión sino de una *imposibilidad* de decidir, la imposibilidad basándose en la necesidad de

⁷⁴ Laudo, párrafo 82; 40 ILM 426 (2001), p. 444.

⁷⁵ Laudo, párrafo 91; 40 ILM 426 (2001), p. 446.

⁷⁶ Laudo, párrafo 79; 40 ILM 426 (2001), p. 443.

interpretar y aplicar el Contrato de Concesión⁷⁷. Pero bajo el Artículo 8 (4) del TBI el Tribunal tenía jurisdicción para basar su decisión sobre el Contrato de Concesión, al menos en la medida necesaria para determinar si había habido incumplimiento de las normas sustantivas del TBI. En segundo lugar, el pasaje parece implicar que la conducta de Tucumán efectuada con el propósito de ejercer su derecho como parte del Contrato de Concesión no podía, *a priori*, haber violado el TBI. Sin embargo, no hay base para un supuesto de este tipo: el que una conducta particular conlleve el incumplimiento de un tratado no se determina mediante la pregunta de si la conducta conlleva el propósito de ejercer derechos contractuales⁷⁸.

111. Por las razones expuestas, y a pesar de ciertos pasajes del Laudo en los cuales el Tribunal parece entrar al fondo, el Comité sólo puede concluir que el Tribunal, al desestimar las reclamaciones por actos de Tucumán del modo que lo hizo, en realidad omitió decidir si la conducta en cuestión implicaba o no un incumplimiento del TBI. En particular, el Tribunal hizo repetidas referencias a alegaciones y cuestiones que, según determinó, no podía decidir dados los términos de la cláusula 16 (4) del Contrato de Concesión, no obstante que fueron invocadas por las demandantes como fundamento de sus reclamaciones bajo el TBI⁷⁹. Más aún, no ofreció interpretación alguna ni del Artículo 3 ni del Artículo 5 del TBI, cosa que era preciso hacer si las reclamaciones habían de ser desestimadas sobre el fondo.

112. No es la función del Comité formarse ni siquiera una opinión provisional de si la conducta de Tucumán contravino o no el TBI, y es importante afirmar claramente que el Comité no lo ha hecho. Pero es, no obstante, el caso que la conducta que se alega, de probarse, *pudo*

⁷⁷ Ver también el resumen del Tribunal, citado en el párrafo 11 *supra*, donde dijo que es “imposible que el Tribunal distinga o separe cuáles constituyen violación del Tratado y cuáles incumplimiento del Contrato de Concesión sin antes interpretar y aplicar las disposiciones detalladas de ese Acuerdo.”

⁷⁸ Ver los Artículos de la CDI, el comentario al Artículo 4, párrafo (6), comentario al Artículo 12, párrafos (9)-(10). Ver también, C. Amerasinghe, “State Breaches of Contracts with Aliens and International Law”, *American Journal of International Law*, vol. 58 (1964), p. 881, at pp. 910-912: “The general proposition that, where a state performs an act which is prohibited by a treaty to which it is a party, it will be responsible for a breach of international law to the other party or parties to the treaty requires no substantiation. In accordance with the same principle, an act which constitutes a breach of contract would be a breach of international law, if it is an act which that state is under an obligation not to commit by virtue of a treaty to which it and the national state of the alien are parties”; R. Jennings & A. Watts, *Oppenheim’s International Law* (9th edn.) (Harlow, Longman, 1992), p. 927: “It is doubtful whether a breach by a state of its contractual obligations with aliens constitutes *per se* a breach of an international obligation, unless there is some such additional element as denial of justice, or expropriation, or breach of treaty, in which case it is that additional element which will constitute the basis for the state’s international responsibility”.

haber contravenido el TBI. La reclamación no era simplemente reducible a un número dado de reclamaciones bajo el derecho civil o administrativo relativas a un número correspondiente de actos individuales que se alegan violar el Contrato de Concesión o el derecho administrativo argentino. Le estaba permitido a las demandantes reclamar, y en efecto reclamaron, que estos actos tomados en su conjunto, o algunos de ellos, implicaron un incumplimiento de los Artículos 3 y/o 5 del TBI. En la opinión del Comité, el Tribunal, confrontado con tal reclamación y habiendo decidido válidamente que tenía jurisdicción, estaba obligado a considerarla y a decidirla. Aunque el Tribunal expresó conclusiones acerca de ciertos aspectos de la reclamación, nunca expresó una conclusión respecto de la reclamación en su conjunto, y aún menos evaluó dicha conclusión en relación a los requisitos de los Artículos 3 o 5 del TBI.

113. A la luz del Artículo 8 del TBI la situación conllevaba riesgos para las demandantes. Habiendo optado por no contestar los varios componentes fácticos de su causa de pedir bajo el TBI ante los tribunales administrativos de Tucumán, habiendo en su lugar optado por iniciar un arbitraje ante el CIADI – y habiendo de esta manera, en la opinión del Comité, ejercido la “opción de vías” prevista por el Artículo 8(4) – CAA tomó el riesgo de que un tribunal dictaminara que los actos de los cuales reclamaba no alcanzaban, ni individual ni colectivamente, el nivel de un incumplimiento del TBI. En ese evento, hubiera perdido tanto su reclamación bajo el tratado como su reclamación bajo el contrato. Pero por otra parte tenía el derecho de tomar ese riesgo, con su correspondiente carga de la prueba. Una causa de pedir bajo un tratado no es lo mismo que una causa de pedir bajo un contrato; requiere una demostración clara de conducta que en las circunstancias es contraria a la norma relevante del tratado. La disponibilidad de tribunales locales dispuestos y capaces de resolver cuestiones específicas de modo independiente puede ser una circunstancia relevante al determinar si ha habido incumplimiento del derecho internacional (especialmente en relación a una norma como aquella contenida en el Artículo 3). Pero no es determinante, y no precluye que un tribunal internacional considere el fondo de la diferencia.

114. Debe hacerse hincapié en que la conducta de la cual se reclamaba no era más o menos periférica respecto de la continuación exitosa de la empresa. La conducta de Tucumán

⁷⁹ Laudo, párrafos 65, 66, 67, 68, 69, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81; 40 ILM 426 (2001), pp. 440-444.

(conjuntamente con los actos y decisiones de CAA) tuvo el efecto de poner fin a la inversión. En la opinión del Comité, el TBI le dio a las demandantes el derecho de reclamar que la conducta de Tucumán no se encontraba conforme con la norma del tratado para la protección de inversiones. Habiéndose prevalido de dicha opción, las demandantes no debieron haber sido desprovistas de una decisión, en un sentido u otro, meramente con fundamento en la observación de que los tribunales locales podrían, concebiblemente, haberle otorgado una reparación, en todo o en parte. Bajo el TBI, les asistía una elección de recursos.

115. Por todas estas razones, el Comité concluye que el Tribunal se extralimitó en sus facultades en el sentido del Artículo 52 (1) (b), y que el Tribunal, teniendo jurisdicción sobre las reclamaciones por actos de Tucumán, omitió decidir dichas reclamaciones. Dadas las claras y serias implicaciones de dicha decisión para las demandantes en términos del Artículo 8 (2) del TBI, y las circunstancias atinentes, el Comité sólo puede concluir que la extralimitación de facultades fue manifiesta. Por consiguiente, anula la decisión del Tribunal en lo que dice relación con la totalidad de las reclamaciones por los actos de Tucumán.

(iii) Omisión de expresar motivos: Artículo 52 (1) (e)

116. Por las razones expuestas, deviene intrascendente a los efectos de este procedimiento de anulación considerar la causal adicional de anulación sobre la cual se apoyan las demandantes, a saber, que al desestimar la reclamación el Tribunal omitió expresar los motivos en que se fundó su decisión. En cuanto a las reclamaciones por actos a nivel federal, el Comité ya ha concluido que se expresaron los motivos para la desestimación de dichas reclamaciones. En cuanto a las reclamaciones por actos de Tucumán, en la opinión del Comité el Tribunal expresó amplios motivos para las medidas que tomó, a saber, la desestimación de dichas reclamaciones sin una consideración en su conjunto del fondo. La cuestión de una falta de expresión de motivos sólo se presentaría si el Tribunal efectivamente hubiera alcanzado una conclusión adversa a las demandantes bajo los Artículos 3 y 5 respecto de las reclamaciones por actos de Tucumán en su conjunto – una opinión que el Comité ya ha rechazado. Por consiguiente, no es necesario decir nada más acerca de esta causal de anulación.

D. COSTAS

117. El Tribunal no emitió una orden en cuanto a las costas, y requirió que las demandantes y la demandada compartieran en partes iguales los gastos del CIADI. Observó que la diferencia planteaba “un conjunto de cuestiones nuevas y complejas, que no habían sido materia de precedentes internacionales arbitrales, respecto a la interacción entre un tratado bilateral de inversiones, un Contrato de Concesión con una cláusula de elección de foro y el Convenio del CIADI”⁸⁰. Hizo notar que ambas partes habían prevalecido en alguna medida. Estas consideraciones se aplican de igual manera a la presente fase del procedimiento. Las demandantes han obtenido en parte, pero sólo en parte. Más aún, a Argentina le asistía el derecho de tomar la posición que tomó, la que por sí misma planteó una cuestión difícil y novedosa de importancia pública relativa al CIADI y la operación de acuerdos de protección de inversiones sobre el modelo del TBI.

118. A la luz de la importancia de los argumentos avanzados por las partes en relación con este caso, el Comité considera apropiado que cada parte soporte sus propios gastos incurridos con respecto a este procedimiento de anulación, y que las partes soporten en partes iguales todos los gastos incurridos por el Centro en relación con este procedimiento, incluyendo los honorarios y gastos de los miembros del Comité.

⁸⁰ Laudo, párrafo 95; 40 ILM 426 (2001), p. 447.

E. DECISIÓN

119. Por las razones precedentes, el Comité DECIDE:

- (a) El Tribunal correctamente decidió que tenía jurisdicción respecto de las reclamaciones.
- (b) El Tribunal no cometió error anulable en su rechazo de las reclamaciones por actos a nivel federal (reclamaciones relativas a la conducta de las autoridades federales) en cuanto al fondo, y dicho rechazo es por consiguiente cosa juzgada.
- (c) El Tribunal manifiestamente se extralimitó en sus atribuciones al no examinar en cuanto al fondo las reclamaciones por actos de Tucumán bajo el TBI y su decisión con respecto a dichas reclamaciones queda anulada.
- (d) Cada parte soportará sus propios gastos, incluyendo los honorarios de abogados, incurridos en relación con este procedimiento de anulación.
- (e) Cada parte soportará la mitad de los costos incurridos por el Centro en relación con este procedimiento de anulación. Por consiguiente, la República Argentina reembolsará a las partes demandantes la mitad del total de los costos incurridos por el Centro en relación con este procedimiento de anulación, una vez que dicho monto haya sido determinado por la Secretaría del Centro.

Hecho en Inglés y Español, ambas versiones siendo igualmente auténticas.

L. YVES FORTIER, C.C., Q.C.
Presidente del Comité

PROFESOR JAMES R. CRAWFORD
Miembro

PROFESOR JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS
Miembro

[Fecha de envío a las partes: 3 de julio de 2002]