

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
Washington, D.C.

Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A.

c.

La República Argentina

(Caso CIADI No. ARB/97/3)

(Procedimiento de Anulación)

Decisión sobre la Solicitud de Anulación del Laudo emitido el 20 de agosto de 2007 presentada
por la República Argentina

Miembros del Comité *ad hoc*

Dr. Ahmed S. El Kosheri, Presidente

Profesor Jan Hendrik Dalhuisen

Embajador Andreas J. Jacovides

*Representando a la Compañía de Aguas del
Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A.:*

Sr. Stanimir A. Alexandrov
Sr. Daniel M. Price [*]
Sra. Marinn Carlson
Sidley Austin LLP

Juez Stephen Schwebel

Sr. Luis Erize
Abeledo Gottheil Abogados

Sr. Ignacio Colombres Garmendia
Ignacio Colombres Garmendia y Asociados

[*] después del 11 de febrero de 2009.

Representando a la República Argentina:

Dr. Joaquín Pedro da Rocha
Procurador del Tesoro de la Nación Argentina
Procuración del Tesoro de la Nación Argentina

Fecha de Envío a las Partes: 10 de agosto de 2010

TABLA DE DEFINICIONES

“Argentina”	La República Argentina (también denominada la “Demandada”).
“CAA”	Compañía de Aguas del Aconquija S.A. (anteriormente Compagnie Générale des Eaux).
“CGE”	Compagnie Générale des Eaux (actualmente Vivendi Universal S.A.).
“Comité <i>ad hoc</i>”	El Segundo Comité <i>ad hoc</i> , compuesto por el Dr. Ahmed S. El Kosheri, el Profesor Jan Hendrik Dalhuisen y el Embajador Andreas J. Jacovides, constituido en Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. (anteriormente Compagnie Générale des Eaux) c. la República Argentina (Caso CIADI No. ARB/97/3) el 3 de julio de 2002.
“Consortio”	Aguas del Aconquija (posteriormente Compañía de Aguas del Aconquija S.A. o “CAA”).
“Convenio CIADI”	Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados.
“Decisión sobre Anulación”	Decisión sobre Anulación del Comité <i>ad hoc</i> constituido el 3 de julio de 2002 y compuesto por el Sr. Yves Fortier, Presidente, el Profesor James Crawford y el Profesor José Carlos Fernández Rozas, en Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. (anteriormente

Compagnie Générale des Eaux) c. la República Argentina (Caso CIADI No. ARB/97/3).

“Demandantes”	Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A.
“DYCASA”	Dragados y Construcciones Argentina S.A.
“Ejecutivo”	El poder ejecutivo del gobierno provincial de Tucumán, compuesto por el Gobernador y el Vicegobernador.
“Ente Regulador”	Ente Regulador del Servicio de Agua y Cloacas de Tucumán, creado por la Ley Provincial de Tucumán No. 6529, el 18 de enero de 1994 (anteriormente “ERAT”) (también denominado “ERSACT”).
“ERSACT”	Ente Regulador del Servicio de Agua y Cloacas de Tucumán, creado por la Ley Provincial de Tucumán No. 6529, el 18 de enero de 1994 (anteriormente “ERAT”) (también denominado el “Ente Regulador”).
“Informe Rais”	Estudio de caso: La Concesión de los servicios de agua y alcantarillado sanitario en Tucumán, por Jorge Carlos Rais, María Esther Esquivel, Sergio Sour, Consultores, abril de 2001.
“Laudo”	Compañía de Aguas del Aconquija S.A. (anteriormente Compagnie Générale des Eaux) y Vivendi Universal S.A. c. la República Argentina (Caso CIADI No. ARB/97/3), Laudo del Segundo Procedimiento de

Arbitraje, 20 de agosto de 2007 (también denominado el “Segundo Laudo”).

“Laudo Original”

Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Compagnie Générale des Eaux. c. la República Argentina (Caso CIADI No. ARB/97/3), Laudo del 21 de noviembre de 2000 (también denominado el “Primer Laudo”).

“Legislatura”

La legislatura provincial de Tucumán.

“Primer Comité *ad hoc*”

El Primer Comité *ad hoc*, compuesto por el Sr. Yves Fortier, Presidente, el Profesor James Crawford y el Profesor José Carlos Fernández Rozas, constituido en Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. (anteriormente Compagnie Générale des Eaux) c. la República Argentina (Caso CIADI No. ARB/97/3) el 3 de julio de 2002.

“Primer Laudo”

Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Compagnie Générale des Eaux. c. la República Argentina (Caso CIADI No. ARB/97/3), Laudo del 21 de noviembre de 2000 (también denominado el “Laudo Original”).

“Primer Tribunal”

El Primer Tribunal compuesto por el Juez Francisco Rezek, Presidente, el Juez Thomas Buergenthal y el Sr. Peter Trooboff, constituido en Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Compagnie Générale des Eaux c. la República Argentina (Caso CIADI No. ARB/97/3), en

virtud de la Solicitud de Arbitraje presentada por Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Compagnie Générale el 26 de diciembre de 1996 (también denominado el “Tribunal Original”).

“Provincia”

La Provincia de Tucumán, República Argentina (también denominada “Tucumán”).

“Segundo Laudo”

Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. la República Argentina (Caso CIADI No. ARB/97/3), Laudo del Segundo Procedimiento de Arbitraje, 20 de agosto de 2007 (también denominado el “Laudo”).

“Segundo Tribunal”

El Segundo Tribunal compuesto por el Sr. J. William Rowley, la Prof. Gabrielle Kaufmann-Kohler y el Sr. Carlos Bernal Vereza, constituido en Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Compagnie Générale des Eaux c. la República Argentina, (Caso CIADI No. ARB/97/3), en virtud de la Solicitud de Arbitraje presentada por Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. el 29 de agosto de 2002.

“TBI”

Acuerdo suscrito entre la República Argentina y la República Francesa para la Promoción y la Protección Recíproca de las Inversiones (también denominado el “Tratado”).

“Tratado”	Acuerdo suscrito entre la República Argentina y la República Francesa para la Promoción y la Protección Recíproca de las Inversiones (también denominado el “TBI”).
“Tribunal Original”	El Tribunal original compuesto por el Juez Francisco Rezek, Presidente, el Juez Thomas Buergenthal y el Sr. Peter Trooboff, constituido en Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Compagnie Générale des Eaux c. la República Argentina (Caso CIADI No. ARB/97/3), en virtud de la Solicitud de Arbitraje presentada por Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Compagnie Générale el 26 de diciembre de 1996 (también denominado el “Primer Tribunal”).
“Tucumán”	La Provincia de Tucumán, República Argentina (también denominada la “Provincia”).
“Vivendi”	Vivendi Universal S.A. (anteriormente Compagnie Générale des Eaux).
“Vivendi I”	El Primer Procedimiento de Arbitraje y el Primer Procedimiento de Anulación de Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. la República Argentina (Caso CIADI No. ARB/97/3).
“Vivendi II”	El Segundo Procedimiento de Arbitraje de Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. la República Argentina (Caso CIADI No. ARB/97/3).

I. Introducción

1. El 13 de diciembre de 2007, la República Argentina (la “Argentina” o la “Demandada”) le presentó a la Secretaria General del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (el “Centro” o “CIADI”) una solicitud de anulación del Laudo emitido el 20 de agosto de 2007 (el “Laudo”). Este Laudo había sido emitido por el Tribunal compuesto por el Sr. J. William Rowley (canadiense), la Prof. Gabrielle Kaufmann-Kohler (suiza) y el Sr. Carlos Bernal Vereza (mexicano), en el procedimiento de arbitraje entre Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. (las “Demandantes”) c. la República Argentina (Caso CIADI No. ARB/97/3).
2. La Solicitud requería la anulación del Laudo sobre la base de las cinco causas establecidas en el Artículo 52(1) del Convenio CIADI y fue presentada dentro del plazo previsto por el Artículo 52(2) del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (el “Convenio CIADI”).
3. La Solicitud también contenía un pedido bajo el Artículo 52(5) del Convenio CIADI y de la Regla 54(1) de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI (las “Reglas de Arbitraje”), para la suspensión de la ejecución del Laudo hasta que se decidiera la Solicitud de Anulación.
4. El Secretario General Adjunto del CIADI registró la Solicitud el 19 de diciembre de 2007 y envió la Notificación del Acto de Registro a las partes ese mismo día, de conformidad con la Regla 50(2) de las Reglas de Arbitraje del CIADI. Asimismo, se notificó a las partes de que la ejecución del Laudo se suspendía provisionalmente conforme a la Regla 54(2) de las Reglas de Arbitraje del CIADI.
5. Por medio de una carta del 22 de mayo de 2008, conforme a la Regla 52(2) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, se notificó a las Partes de la constitución del Comité *ad hoc* (el “Comité”), compuesto por el Dr. Ahmed S. El Koshery (egipcio), el Profesor Jan Hendrik Dalhuisen (holandés) y el Embajador Andreas J. Jacovides (chipriota).

6. El 23 de mayo de 2008, las Demandantes presentaron Observaciones solicitando la terminación inmediata de la suspensión provisional de la ejecución del Laudo. Subsidiariamente, las Demandantes solicitaron que el Comité *ad hoc* le ordenara a Argentina que otorgue una garantía financiera como condición de la continuación de la suspensión, en la forma de (i) un depósito en garantía de al menos USD 177.534.408,53 en un banco internacional de primer nivel fuera de Argentina, o bien (ii) una garantía bancaria irrevocable o un título de crédito por el mismo monto emitido por un banco internacional de primer orden fuera de Argentina, que las Demandantes pudieran cobrar de inmediato una vez que se emitiera una decisión que desestimara la anulación.
7. Por medio de una carta del 30 de mayo de 2008, se notificó a las partes de que el Dr. Ahmed S. El Kosheri había sido nombrado Presidente del Comité *ad hoc*.
8. Por medio de una carta del 27 de junio de 2008, el Centro envió a las partes copias de la Declaración firmada por cada uno de los Miembros del Comité *ad hoc* conforme a las Reglas 52(1) y 6(2) de las Reglas de Arbitraje del CIADI.
9. La primera sesión del Comité *ad hoc* se celebró con el acuerdo de las partes en las instalaciones del Banco Mundial en París, Francia, del 17 al 18 de julio de 2008. Durante la sesión, ambas partes se dirigieron al Comité *ad hoc* con sus argumentos respecto de la continuación de la suspensión de la ejecución del Laudo.
10. Tras considerar los argumentos de ambas partes, el Comité *ad hoc* decidió continuar la suspensión de la ejecución del Laudo hasta tanto el Comité *ad hoc* tomara una decisión y le dio a las partes la oportunidad de presentar observaciones simultáneas posteriores a la audiencia hasta el 1 de agosto de 2008.
11. El 1 de agosto de 2008 ambas partes presentaron sus escritos posteriores a la audiencia. El 4 de noviembre de 2008, el Comité *ad hoc* emitió su Decisión sobre la Solicitud de Continuación de la Suspensión de la Ejecución del Laudo presentada por la República Argentina. Conforme al párrafo 48(c) de tal Decisión, la suspensión de la ejecución del Laudo del 20 de agosto de 2007 se terminó el 8 de febrero de 2009.
12. La República Argentina presentó su Memorial sobre Anulación del Laudo el 17 de octubre de 2008. Las Demandantes presentaron su Memorial de Contestación sobre Anulación el 15 de

- enero de 2009. Argentina presentó su Escrito de Réplica sobre Anulación el 6 de marzo de 2009 y las Demandantes presentaron su Escrito de Dúplica el 24 de abril de 2009.
13. El Comité *ad hoc* celebró una audiencia sobre anulación en París del 15 al 17 de julio de 2009. El último día de la audiencia, el Presidente del Comité *ad hoc* solicitó a las partes que le informaran si había algún indicio en los autos del procedimiento de arbitraje de que UBS tuviera acciones en Vivendi durante el período comprendido entre el nombramiento de la Profesora Kaufmann-Kohler como miembro del Directorio de UBS, el 19 de abril de 2007, y el pronunciamiento del Laudo, el 20 de agosto de 2007. Las partes presentaron sus observaciones al respecto el 24 de julio de 2009, como lo solicitó el Comité *ad hoc*.
 14. El 30 de septiembre de 2009 las partes presentaron su declaración de costas.
 15. La Secretaría del CIADI recibió una comunicación de Argentina de fecha 4 de marzo de 2010 con cierta información sobre los hechos que ocurrieron en otras instancias. Como lo dispuso el Comité, se informó a Vivendi del contenido de esa comunicación y se le solicitó que respondiera a ella antes del 22 de marzo de 2010, con lo que Vivendi cumplió.
 16. El Comité *ad hoc* declaró el cierre del procedimiento el 16 de abril de 2010.

II. Los argumentos de las Partes

A. La postura de Argentina

17. En su Memorial sobre Anulación, la República Argentina solicitó la anulación del Laudo sobre la base de las causas establecidas en el Artículo 52(1)(a), (b), (d) y (e) del Convenio CIADI, a saber: i) que el Tribunal se había constituido incorrectamente; ii) que el Tribunal se había extralimitado manifiestamente en sus facultades; iii) que hubo un quebrantamiento grave de una norma esencial de procedimiento; y iv) que no se habían expresado en el Laudo los motivos en que se funda.

1. El Tribunal no se constituyó correctamente

18. Argentina sostiene que el Tribunal no se constituyó de conformidad con el Convenio CIADI y, como consecuencia de su incorrecta constitución, incurrió en la violación de los principios generales de imparcialidad y debido proceso.
19. Esta reclamación se basó en dos causas principales:
- i. Que la Profesora Kaufmann-Kohler carecía de los requisitos impuestos por el Convenio y por tanto hubiera debido ser descalificada durante los procedimientos si la información relevante hubiese sido revelada (Artículo 52(1)(a) y (d) del Convenio CIADI)
 - ii. Que por no haberse revelado la circunstancia que da lugar al conflicto de interés, Argentina se vio privada de la posibilidad de recusar a la Profesora Kaufmann-Kohler. Esto impidió la debida aplicación del procedimiento para la selección y recusación de los árbitros. La capacidad de la Profesora Kaufmann-Kohler de servir en ese Tribunal no ha sido evaluada y, por lo tanto, la composición del Tribunal continúa violando las reglas y los principios plasmados en el Convenio CIADI.
20. Argentina sostiene que mientras la Profesora Kaufmann-Kohler se desempeñaba como Miembro del Directorio, Presidenta del Comité de Nominaciones y miembro del Comité de Responsabilidad Societaria del banco suizo UBS, una de las instituciones más grandes e influyentes del mundo, se desempeñaba simultáneamente como árbitro designado por CAA y Vivendi en casos contra la República Argentina. UBS tenía acciones con derecho a voto en Vivendi por un valor aproximado de EUR 477.000.000 (2,38% de EUR 20.044.000.000)¹. En ese momento, UBS era el mayor accionista de Vivendi².
21. Argentina aduce que, a la luz de sus cargos en UBS, la Profesora Kaufmann-Kohler desempeñó un papel fundamental en la definición de la estrategia y la conducta societaria del banco, así como en el análisis de riesgo. Sus tareas en UBS tenían relación con el valor de los activos del banco, incluidas las acciones en otras sociedades. Este interés en el desempeño de UBS comenzó en 2006, cuando fue nombrada miembro del directorio. Argentina también aduce que la remuneración de la Profesora Kaufmann-Kohler consistía en parte de acciones de UBS.

¹ Ver Informe Anual de Vivendi 2006.

² Ver Informe Anual de Vivendi 2006.

22. Si bien Argentina reconoce que cualquier asunto relacionado con la capacidad de los árbitros para servir en un determinado tribunal CIADI ha de ser presentado sin demora durante el procedimiento de arbitraje³, en este caso no fue posible porque Argentina tuvo conocimiento de los hechos y de las circunstancias que afectaban la capacidad de la Profesora Kaufmann-Kohler para servir como árbitro hasta noviembre de 2007, después de que se había dictado el Laudo el 20 de agosto de 2007.
23. Argentina aduce que cualquier persona razonable en conocimiento de estos hechos tendría, como mínimo, serias dudas respecto de la participación de la Profesora Kaufmann-Kohler en el proceso. Asimismo, Argentina afirma que ningún tribunal puede estar debidamente constituido si uno de sus miembros no ha informado a las partes de la existencia de una situación que puede poner en peligro el resultado y la transparencia del procedimiento de arbitraje.

2. El Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades

a) El Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades al no considerar el derecho aplicable

(i) Artículo 8.4 del TBI

24. Argentina argumenta que el Comité *ad hoc* debe considerar el Artículo 8.4 del Acuerdo suscrito entre la República Argentina y la República Francesa para la Promoción y la Protección Recíproca de las Inversiones (el “TBI” o el “Tratado”), que establece que la legislación argentina y la legislación provincial de la Provincia de Tucumán se aplican a la controversia.
25. Argentina manifiesta que el contrato de concesión también era parte del derecho aplicable y que no se ha demostrado ninguna infracción a ese contrato o al derecho local. Además, Argentina destaca que si bien el TBI es *lex specialis* con respecto al derecho internacional consuetudinario, el derecho local es claro y no necesita el complemento del derecho internacional consuetudinario. Por ende, para determinar si hubo una violación a los estándares estipulados en el TBI, el

³ Argentina argumenta que así fue en otros procedimientos de arbitraje pendientes en los que se cuestionó a la Profesora Kaufmann-Kohler, por ejemplo, en *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. la República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/03/17) (en adelante denominado *Suez c. Argentina 1*) y en *Suez, Vivendi Universal S.A. y Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. c. la República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/03/19) (en adelante denominado *Suez c. Argentina 2*); *Anglian Water Limited (AWG) c. la República Argentina* (Arbitraje CNUDMI) (en adelante denominado *AWG c. Argentina*); *Electricidad Argentina S.A. y EDF International S.A. c. la República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/03/22) (en adelante denominado *EDF c. Argentina 1*) y *EDF International S.A., SAUR International S.A. y León Participaciones Argentinas S.A. c. la República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/03/23) (en adelante denominado *EDF c. Argentina 2*).

Tribunal tenía la obligación de analizar el derecho argentino en general y el derecho provincial en particular, dado que éste era el marco legal del contrato de concesión.

(ii) *Fue CAA quien causó la frustración de su propio Contrato*

26. Según Argentina, el Tribunal no sólo omitió considerar que el cumplimiento de buena fe de las obligaciones contractuales por parte de CAA era requisito *sine qua non* para poder invocar la violación del TBI, sino que hizo hincapié exclusivamente en las conductas imputadas a la Provincia de Tucumán en su rol de co-contratante, así como de poder político soberano y no como parte contratante.

27. Por ende, Argentina argumenta que el Tribunal no abordó la incapacidad de CAA para exigir el cumplimiento del Contrato de Concesión, al haber violado sus propias obligaciones bajo ese mismo contrato. El Tribunal tampoco consideró el incumplimiento de CAA, teniendo en cuenta que se trataba de un contrato administrativo para la concesión de un servicio público básico para la población sujeto a los principios de continuidad, regularidad y universalidad.

(iii) *La función definicional y normativa del derecho local*

28. Argentina afirma que según el TBI el derecho local define el alcance, la constitución, transferencia y la extinción de los derechos de un inversionista. Una vez que se definen estos derechos, pueden recibir el amparo de ciertas normas consuetudinarias y convencionales del derecho internacional. Entonces, el derecho internacional no define un contrato, una acción o una propiedad.

(iv) *El complejo sistema normativo aplicable a la controversia*

29. Argentina señala que en los párrafos 4.5.1 y 4.5.5 a 4.5.7 del Laudo, el Tribunal se refirió al derecho público provincial como relevante para la resolución de la controversia, en especial con respecto al contrato de CAA⁴. No obstante, Argentina reclama que párrafos más adelante el Tribunal demuestra exactamente lo contrario, aplicando un derecho que no era el aplicable a la controversia (párrs. 7.3.8, 7.3.9, 7.3.10 y 7.3.11).

⁴ En una etapa anterior del presente caso, CAA afirmó que: “El hecho de que el Tribunal no tuviera en cuenta el Contrato de Concesión como parte del derecho aplicable es equivalente a una manifiesta inaplicación de la ley aplicable (...) con arreglo al Artículo 52(1)(b) del Convenio CIADI”. Anexo 1094 “*Opinión sobre la Solicitud de Anulación de Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. y Compagnie Générale des Eaux c. la República Argentina*” (Caso CIADI No. ARB/97/3), Opinión del Profesor Christoph H. Schreuer, 20 de agosto de 2001, párr. 46.

(v) *El contrato de concesión era la ley referida a la inversión*

30. El Artículo 42(1) del Convenio y los Artículos 2, 8.4 y 10 del TBI se refieren al derecho y a los principios del derecho aplicables a la diferencia, y por ende establecen el alcance de la competencia del Tribunal. De conformidad con estos Artículos, Argentina argumenta que el Tribunal debió examinar y aplicar el Contrato de Concesión, que es el documento que define “los términos de[] acuerdo particular concluido con relación a la inversión”.

31. En efecto, de acuerdo con Argentina, el Laudo debía examinar las normas de derecho local en relación a la concesión porque era relevante analizar el Contrato y su cumplimiento o no por ambas partes firmantes. El cumplimiento o incumplimiento de las partes contratantes era relevante para la determinación del caso. La República Argentina solicitó en forma específica que el Tribunal considerara las circunstancias en las que había funcionado la concesión, una cuestión que, según Argentina, no se trató en el Laudo. Para Argentina, esta falta de consideración de una de las pretensiones planteadas por una de las partes constituye una causa de anulación del Laudo, ya que implica un quebrantamiento grave de una norma esencial de procedimiento.

32. Argentina aduce que sin expresar motivos para ello, el Tribunal dio por ciertos determinados eventos alegados por CAA y basó sus conclusiones en dichos eventos. Por el contrario, el Tribunal debería haber analizado la conducta del inversionista, en especial conforme al Artículo 4 del TBI, ya que solo ampara a los inversionistas que han observado el derecho local general y han cumplido sus obligaciones. Según Argentina, el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades al no evaluar la conducta del inversionista de conformidad con: i) el derecho local; ii) los Artículos 2 y 8.4 del TBI; y iii) el principio de *pacta sunt servanda* del derecho internacional público.

b) El Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades al no considerar el derecho aplicable

33. Argentina aduce que el Tribunal no consideró el derecho aplicable a la diferencia y que esto se comprueba con la interpretación y la incorrecta conclusión del Tribunal respecto de la rescisión unilateral de CAA. El Tribunal no tomó en consideración que CAA no tenía el derecho unilateral de rescindir el contrato debido al incumplimiento de la autoridad concedente. Por el contrario, Argentina argumenta que CAA violó las disposiciones contractuales y que, como resultado, no

podía proceder como si se hubiera efectuado ese tipo de rescisión. Tanto en virtud del Contrato como de la ley de Tucumán dicha rescisión no ocurrió en forma o en sustancia.

c) El Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades al no incorporar prueba fundamental sobre la tenencia accionaria de CAA y Vivendi

(i) La serie de determinaciones sobre la cuestión de la nacionalidad

34. Conforme al Artículo 1(2)(c) del TBI Argentina-Francia, la nacionalidad francesa de las Demandantes es una condición fundamental para la jurisdicción del Tribunal.

(ii) La determinación del Primer Tribunal

35. Según Argentina, al momento en que se celebró el Contrato de Concesión entre Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. (“CAA”) y la Provincia de Tucumán, las acciones de CAA se encontraban divididas entre Compagnie Générale des Eaux (“CGE” -posteriormente denominada Vivendi Universal S.A.- ambas sociedades francesas), Dragados y Construcciones (DYCASA, una sociedad española), y Benito Roggio e Hijos S.A. (Roggio, una sociedad argentina).

36. Luego de que surgiera la controversia, CGE adquirió las tenencias accionarias de Roggio y DYCASA y así tuvo el control efectivo de CAA. Durante el primer procedimiento de arbitraje, Argentina impugnó la jurisdicción *ratione personae* del Tribunal, argumentando que no se debía considerar que CAA fuera un inversionista francés⁵. El Tribunal decidió que a efectos de resolver el caso y a la luz del hecho de que CGE controlaba a CAA, debía considerarse que CAA era un inversionista francés a partir de la fecha de entrada en vigor del Contrato de Concesión.

37. Para Argentina, esta decisión del Primer Tribunal daba lugar a críticas por dos motivos:

- (i) la elección de dos fechas: la fecha crítica a los efectos del Artículo 25(2)(b) del Convenio CIADI (que se refiere a la fecha en que comenzó el arbitraje) y la fecha crítica para el Artículo 1(2)(c) del TBI (que se refiere al momento del presunto incumplimiento de una obligación);

⁵ La postura de CGE consistía en que la fecha del consentimiento al arbitraje es la fecha determinante a efectos de establecer el control conforme al Artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI (y conforme a los precedentes de interpretación del Convenio CIADI) es la fecha de fines de 1996 en la que CGE sometió la controversia a arbitraje.

(ii) No se hace referencia alguna a la prueba pertinente del Artículo 1(2)(c) del TBI ni a ningún otro elemento jurídico para respaldar la conclusión del Tribunal de que el control de CAA por parte de CGE debe remontarse a la entrada en vigencia del Contrato de Concesión.⁶

Por ello, Argentina considera que esto constituye una determinación sin fundamentos.

(iii) *La Decisión de Anulación*

38. Según Argentina, el Primer Comité *ad hoc* adecuadamente caracterizó el Artículo 1(2)(c) del TBI al considerar que se refiere al alcance de la operación del TBI y, por lo tanto, a la jurisdicción del Tribunal. No obstante, Argentina argumenta que si bien el Primer Comité *ad hoc* resolvió que el Primer Tribunal no había expresado motivos para considerar que CAA era un inversionista francés, resulta difícil entender cómo esta conclusión del Tribunal podría no haber sido “tomada en cuenta en [su] razonamiento posterior”⁷, dado que dicha conclusión era esencial para hacer valer su jurisdicción respecto de CAA. CAA era una sociedad argentina y, como tal, sólo podía contar con legitimación procesal como demandante contra el Estado argentino en un proceso de arbitraje del CIADI sobre la base del TBI entre Francia y Argentina si cumplía con los requisitos del Artículo 25(2)(b) del Convenio CIADI y el Artículo 1(2)(c) del TBI. Por lo tanto, para ejercer jurisdicción *ratione personae* respecto de CAA, el Tribunal debe haber concluido que ésta se encontraba bajo el control extranjero de CGE al momento en que comenzó el proceso de arbitraje y que era controlada efectivamente de forma directa o indirecta por CGE al momento del supuesto incumplimiento de la obligación que constituye la base del reclamo.

39. Luego, el Primer Comité *ad hoc* desarrolló su conclusión en una decisión posterior:

“[E]n el momento del comienzo del arbitraje CGE controló directamente o indirectamente a CAA, y para el propósito de la jurisdicción del CIADI eso es suficiente. El Comité dejó muy claro que al anular parcialmente la decisión del Tribunal, incluidas sus conclusiones de que CAA era controlada por CGE a partir de la fecha de vigencia del Contrato de Concesión, no

⁶ Memorial de Argentina, 17 de octubre de 2008, párr. 173.

⁷ *Íd.*, párr. 175.

*tomó ninguna decisión por sí mismo sobre cualquier otro aspecto del fondo del reclamo de Tucumán*⁸.

40. Argentina considera que la primera oración de esta afirmación es claramente correcta en relación con el requisito de control del Artículo 25 del Convenio CIADI, mientras que la segunda oración anula la decisión del Tribunal respecto de la aplicación del control de CAA por parte de CGE retrospectivamente desde la fecha del Contrato de Concesión.

(iv) *La conclusión sobre jurisdicción del Segundo Tribunal*

41. Durante el segundo procedimiento de arbitraje, Argentina nuevamente impugnó la jurisdicción del Segundo Tribunal, sobre la base de varios fundamentos, incluida la cuestión de la nacionalidad. Sin embargo, en la decisión sobre jurisdicción emitida por el Segundo Tribunal, éste citó la decisión del Primer Tribunal respecto de este punto y luego señaló que “[e]l Comité *ad hoc* sobre Anulación no anuló esta decisión positiva; la respaldó expresamente”⁹. Para fundamentar su conclusión, se refirió a la decisión sobre anulación del Comité *ad hoc*, pero no a la aclaración contenida en sus motivos suplementarios que expresaba que había anulado la conclusión positiva en cuestión. El Segundo Tribunal procedió a reiterar esta conclusión, textualmente, en su laudo¹⁰.

42. Según Argentina, el Segundo Tribunal aplicó el principio de *res judicata* (ver párrafos 87 y 97) al establecer que “este Tribunal no está facultado para reconsiderar la decisión sobre jurisdicción adoptada por el Primer Tribunal, según la cual se cumplieron los requisitos para que exista jurisdicción”. Argentina argumentó que el Tribunal no ofrece un análisis o razonamiento independiente en respaldo de sus conclusiones sobre la cuestiones planteadas por Argentina.

(v) *Extralimitación manifiesta de la jurisdicción*

43. Argentina aduce que el Segundo Tribunal tenía la facultad para ejercer jurisdicción sobre la diferencia sólo si se reunían los requisitos sobre jurisdicción del Artículo 1(2)(c) del BIT. La aplicación del principio de *res judicata* por parte del Segundo Tribunal, requería claramente que las

⁸ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. (anteriormente Compagnie Générale des Eaux) c. la República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/97/3) (en adelante denominado *Vivendi c. Argentina*), (Procedimiento de Rectificación y Suplementación de la Decisión), Decisión del Comité *ad hoc* relativa a la Solicitud de Suplementación y Rectificación de la Decisión sobre la Anulación del Laudo del 28 de mayo de 2003, párr. 21.

⁹ *Vivendi c. Argentina*, (Segundo Procedimiento de Arbitraje) Decisión sobre Jurisdicción, 14 de noviembre de 2005, párr. 69.

¹⁰ *Íd.*, Laudo del 20 de agosto de 2007, párr. 2.6.5.

partes pertinentes de la decisión del Primer Tribunal siguieran en vigencia después de la decisión de anulación emitida por el Primer Comité *ad hoc*. El Segundo Tribunal erró al aplicar partes de la decisión del Primer Tribunal como si tuvieran carácter de *res judicata*, cuando el Primer Comité *ad hoc* había anulado dicho segmento del Laudo del Primer Tribunal. Argentina sostiene que al aplicar dicha sección, el Segundo Tribunal se extralimitó en su jurisdicción, y que tal extralimitación fue manifiesta.

(vi) *Omisión de motivos*

44. Como lo expresó el comité *ad hoc* en *MINE c. Guinea*: “el requisito de que se expresen los motivos se cumple toda vez que el laudo permita al lector establecer la forma en que el tribunal pasó del Punto A al Punto B, y finalmente a su conclusión, incluso en el caso de haber cometido un error de hecho o de derecho”.¹¹

45. Argentina considera que al basar su decisión en el principio de *res judicata*, así como en partes de la decisión del Primer Tribunal que habían sido anuladas posteriormente, el Segundo Tribunal no proporcionó una cadena de razonamiento válida a su conclusión. Por ende, no se brinda al lector de la Segunda Decisión sobre Jurisdicción y del Segundo Laudo motivos válidos que lo guíen “desde el punto A hasta el punto B”. Más bien da la impresión que el razonamiento del Tribunal se basó en la creencia equivocada de que el Comité *ad hoc* había respaldado, y no anulado, las partes pertinentes del Laudo del Primer Tribunal.

d) El Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades al decidir sobre cuestiones que estaban fuera de su jurisdicción por ser *res judicata*

46. Argentina aduce que la decisión del Primer Tribunal debería haberse considerado *res judicata* en tanto el Primer Comité *ad hoc* no la anuló. El Primer Comité *ad hoc* concluyó 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”. Al analizar cómo el Primer Tribunal omitió decidir sobre ciertas reclamaciones, el Primer Comité *ad hoc* afirmó que:

¹¹ *Maritime International Nominees Establishment c. República de Guinea* (en adelante denominado *MINE c. Guinea*), Decisión sobre la Solicitud presentada por Guinea para la Anulación Parcial del Laudo del 6 de enero de 1988, 14 de diciembre de 1989, párr. 5.09.

“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 TBI”¹².

47. El Primer Comité *ad hoc* agregó una nota al pie indicando en forma específica los párrafos del Primer Laudo a los que se refería. Se trata de los párrafos 65, 66, 67, 68, 69, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80 y 81. No obstante, de acuerdo con Argentina, el Comité *ad hoc* no anuló el párrafo 91 del Primer Laudo. Ese párrafo se refería al hecho de que:

“El Tribunal les pidió específicamente a las partes que se exhibieran acerca de si existía prueba en autos en cuanto a que las acciones de los legisladores de Tucumán que afectaron adversamente las operaciones de las demandantes (v.gr., demostraciones e incitaciones al no pago de facturas) fueron dirigidas o coordinadas de hecho por el Gobernador de Tucumán o su gabinete”¹³

Asimismo, el Primer Tribunal concluyó que:

“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”¹⁴

48. Con fundamento en lo anterior, Argentina aduce que la decisión del Primer Tribunal es *res judicata* en este aspecto, sobre el cual el Laudo del Segundo Tribunal no podía volver a decidir. Según Argentina, esto no implicaba que el Segundo Tribunal no pudiera determinar si las acciones de los legisladores de Tucumán que afectaron adversamente las operaciones de las Demandantes “fueron dirigidas o coordinadas de hecho por el Gobernador de Tucumán o su gabinete”¹⁵.

¹² *Vivendi c. Argentina*, (Primer Procedimiento de Anulación), Decisión de Anulación 3 de julio de 2002, párr. 111.

¹³ *Vivendi c. Argentina*, (Procedimiento Arbitral Original), Laudo del 21 de noviembre de 2000, párr. 91.

¹⁴ *Íd.*, párr. 91.

¹⁵ *Íd.*, párr. 91.

49. Argentina alega que el Segundo Tribunal no observó estos límites y mencionó estas cuestiones en sus conclusiones. A la luz de la Decisión del Primer Comité *ad hoc*, el Segundo Tribunal no podía invocar “un esfuerzo coordinado por el Gobernador de Tucumán o su gabinete en contra del Contrato de Concesión”¹⁶. El Primer Tribunal ya había decidido respecto de esta alegación y el Primer Comité *ad hoc* no la había anulado.
50. Según Argentina, CAA tomó ventaja de esta nueva oportunidad para reargumentar la cuestión y presentar pruebas nuevas en este tema, y el Segundo Tribunal analizó estos actos y determinó que violaban el estándar de trato justo y equitativo del TBI.

3. El Laudo no ha expresado las razones en las que se funda y el Tribunal ha incurrido en la violación de una norma esencial de procedimiento de conformidad con el artículo 52(1)(d) y (e)

51. Según Argentina, el Segundo Tribunal falló gravemente en establecer los hechos del caso: (1) dando por probados hechos que no lo estaban; (2) omitiendo considerar pretensiones presentadas por las partes; (3) basando su decisión en evidencia no incorporada en el procedimiento; (4) considerando parcialmente cierta evidencia y omitiendo considerar otra evidencia, haciendo en consecuencia un uso selectivo y arbitrario de la evidencia; (5) utilizando selectivamente otras pruebas fundamentales; (6) utilizando criterios contradictorios e (7) invirtiendo la carga de la prueba.
52. Una cuestión fundamental para Argentina es que el Tribunal específicamente determinó que el TBI se había violado a través de la existencia de una campaña para privar a CAA de su inversión. Argentina considera que la teoría de la campaña tiene muchas fallas. Estas fallas incluyen el hecho de que este asunto era *res judicata* y de que el Segundo Tribunal no expresó su razonamiento ni las pruebas en las que fundó sus conclusiones.

a) Abusivo recurso a la prueba testimonial

53. Argentina argumenta que el Tribunal prefirió usar el testimonio de los funcionarios de las Demandantes en vez de la prueba documental en el expediente. Así, el Tribunal contradujo su

¹⁶ Memorial de Argentina, párr. 203.

propio criterio, ya que había afirmado que para probar un hecho determinado “hacía falta más que” declaraciones o referencias testimoniales breves¹⁷.

b) El Tribunal omitió considerar las pretensiones presentadas por las partes

54. El Tribunal violó una norma fundamental de procedimiento al no analizar las alegaciones hechas por las partes en clara violación al Artículo 48(3) del Convenio CIADI y la Regla de Arbitraje 47(1)(h). Argentina sostiene que la falta de tratamiento de una cuestión presentada por una parte o la falta de decisión sobre ella está encuadrada en la causal del artículo 52(1)(e) del Convenio.

(i) *El Informe Rais debió haber sido considerado en toda su extensión como solicitó la República Argentina*

55. Según Argentina, el Tribunal no hizo referencia al pedido expreso realizado por la República Argentina respecto de la necesidad de considerar el “Informe Rais” en forma completa, siendo ésta una pieza esencial de evidencia “equilibrada y muy precisa” atribuida a un tercero imparcial contratado para realizar un análisis de la situación en Tucumán. Argentina considera que de haber adoptado el Tribunal las conclusiones del Informe Rais en su integridad, el resultado de esta controversia hubiera sido diferente dado que este reporte rechaza la existencia de una conspiración y/o coordinación de las autoridades de Tucumán para frustrar el Contrato de Concesión.

(ii) *El Tribunal redujo la discusión a cuatro cuestiones controvertidas incurriendo en las conductas condenadas por el artículo 52(1)(b), (d) y (e) del Convenio CIADI*

56. Según Argentina, el Tribunal redujo las cuestiones litigiosas a cuatro:

“(i) Primera: las causas y la previsibilidad del problema del agua negra. (ii) Segunda: la renegociación del contrato. (iii) Tercera: si el ERSACT, como órgano regulador actuó debidamente o no. (iv) Cuarta: los 70 cambios a la ley del 6 de junio de 1997”¹⁸.

57. Por ende, según Argentina, el Tribunal ignoró cuestiones fundamentales relacionados con la controversia entre las partes, por ejemplo: (a) las condiciones sociales que prevalecían en la Provincia de Tucumán al momento de la inversión y, por consiguiente, la factibilidad del

¹⁷ *Vivendi c. Argentina*, (Segundo Procedimiento de Arbitraje), Laudo del 20 de agosto de 2007, párr. 8.3.9.

¹⁸ Memorial de Argentina, párr. 227.

Contrato de Concesión; (b) la controversia entre las partes relacionada con el derecho al agua como un derecho humano fundamental; (c) el incumplimiento de las obligaciones emergentes de la inversión en relación con el principio *non adimplenti contractus*; (d) la naturaleza del contrato de concesión bajo el derecho administrativo argentino y el derecho público aplicable de la Provincia de Tucumán; y (e) el alcance de la responsabilidad de los funcionarios del gobierno provincial conforme al derecho aplicable.

c) El Tribunal basó su decisión sobre evidencia no incorporada en el arbitraje

(i) *El tribunal basó su decisión en la existencia de una conspiración de los órganos de Tucumán para hacer fracasar el contrato de concesión. Tal conspiración nunca existió ni fue probada.*

58. La decisión del Segundo Tribunal está basada en la idea de que el gobierno de Tucumán maquinó una conspiración con el fin de perjudicar al concesionario, o – en el mejor de los casos – con la finalidad de renegociar el Contrato de Concesión y obtener una readecuación de tarifas. Al adoptar este criterio, de acuerdo con Argentina, el Tribunal violó los Artículos 52(1)(d) y (e), dado que como se mencionó anteriormente, el Primer Comité *ad hoc* no anuló el párrafo 91 del Laudo. De hecho, Argentina señala que el Primer Tribunal había determinado que no se habían presentado pruebas para establecer la existencia de tal campaña.

(ii) *El argumento de la campaña (conspiración) no tiene sustento en evidencia y contiene contradicciones graves*

59. El Primer Tribunal determinó que no existía prueba en el expediente a los fines de demostrar la existencia de una conspiración, un hecho que requeriría probar la voluntad del Gobernador de Tucumán o su gabinete de coordinar una campaña designada para hacer fracasar la concesión. Según Argentina, al basar su decisión en la teoría de una campaña, el Segundo Tribunal no solo violó el Artículo 52(1)(e) del Convenio CIADI, sino también el Artículo 52(1)(b) y (d) del Convenio CIADI.

60. El Laudo se encuentra meramente basado en inferencias, dado que el Tribunal no incorporó referencias a pruebas y no proporcionó un razonamiento que lleve con facilidad a una conclusión.

61. Según Argentina, debe destacarse dos párrafos centrales de la decisión del Tribunal dado que los mismos demuestran que la conspiración es el hilo conductor sobre el que se apoya la conclusión del Laudo:

“Atento a los hechos frente a los que nos encontramos, sólo es posible concluir que el Gobierno del Sr. Bussi, indebidamente y sin justificación alguna, montó una “campana” ilegítima contra la Concesión, el Contrato de Concesión y la empresa concesionaria “extranjera” desde el momento en que entró en funciones, con miras a revertir la privatización o bien forzar a la empresa concesionaria a renegociar (y bajar) las tarifas de CAA”¹⁹.

“Este caso, las acciones de la Provincia —partiendo de los primeros meses de la Concesión, siguiendo con su indebido accionar reglamentario y terminando por las modificaciones unilaterales del Contrato del 8 de abril— tuvieron la consecuencia necesaria de forzar a CAA a rescindir el Contrato de Concesión”²⁰.

62. Argentina considera que CAA no demostró, y que consecuentemente, el Tribunal carecía de evidencia para probar que hubieran existido razones para existiera un esfuerzo coordinado contra la empresa. La República Argentina reclama que el Tribunal consideró que ciertas cuestiones habían sido probadas, a pesar de que no fue así, y le otorgó valor probatorio a cuestiones que no lo tenían, tanto con respecto a hechos específicos como con respecto a la existencia de una campaña. Argentina sostiene que estos no constituyen errores en la interpretación del Tribunal sino que es una evidente violación de una norma esencial de procedimiento siendo que da por probado asuntos sobre lo cuales no tiene evidencia que los respalde. Asimismo, el razonamiento del Tribunal no permite ir del punto A al B, dado que como se dijo anteriormente no existe evidencia para arribar a estas conclusiones, por lo que se configuran las causales de anulación de los artículos 52(1)(d) y (e) del Convenio CIADI.

63. Argentina sostiene que se ha producido el quebrantamiento grave de una norma de procedimiento y que al llegar a esta conclusión el Tribunal se ha extralimitado manifiestamente en sus facultades. Por ello, Argentina solicita la anulación de esta conclusión y del Laudo en su totalidad.

¹⁹ *Vivendi c. Argentina*, (Segundo Procedimiento de Arbitraje), Laudo del 20 de agosto de 2007, párr. 7.4.19.

²⁰ *Id.*, párr. 7.5.33.

(iii) *En relación a la campaña el tribunal resolvió extra petita*

64. El Tribunal sostiene en el párrafo 7.5.3.1 que la existencia de la campaña fue argumentada por las Demandantes, cuando en realidad, según Argentina, las Demandantes ya habían abandonado expresamente la existencia de una campaña como argumento en esta controversia.

(iv) *En relación a la campaña no existe prueba en el expediente que demuestre una campaña de Bussi contra CAA.*

65. Según Argentina, el Tribunal no tiene pruebas que respalden la siguiente afirmación: “En cambio, están bien documentadas las declaraciones y conductas contrarias En la campaña electoral de 1995, el partido del General Bussi dijo a la población que las tarifas eran demasiado elevadas y que, de resultar electo, las corregiría”.²¹ No hay en el Laudo evidencia alguna que permita demostrar esto. Esta aseveración carece de fundamento y, por sus implicancias, da pie a las causales contempladas en el Artículo 52(1)(d) y (e).

d) Otras cuestiones cuya existencia no se encuentran sustanciadas en evidencia

66. Argentina aduce que las siguientes otras cuestiones incluidas en el Laudo no tienen prueba de respaldo:

(a) No existe ningún documento en el expediente que pruebe el párrafo 4.3.6. que afirma que “El Ministro de Economía [...] solicitó al Consorcio que considerara revisiones [...] que dieran lugar a un menor coeficiente de ajuste de tarifas, así como proyecciones de la tasa de recuperación que arrojaran valores más altos”²².

(b) No había pruebas que respaldaran la afirmación del párrafo 4.10.2 del Laudo, donde el Tribunal acepta que CAA presentó un modelo de factura al ERSACT antes de comenzar a facturar a los usuarios. Según Argentina, este documento nunca formó parte de la prueba del expediente²³ y por ello era imposible cuestionar su existencia y contenido. Aunque el Tribunal nunca vio este documento, se incluyó la siguiente afirmación en el Laudo: “Las facturas correspondieron precisamente al modelo anteriormente presentado al ERSACT y, como ocurría

²¹ *Vivendi c. Argentina*, (Segundo Procedimiento de Arbitraje), Laudo del 20 de agosto de 2007, párr. 7.4.42.

²² Según Argentina, el Anexo 123, que se refiere al Tribunal (y su traducción al inglés, Anexo 939) demuestra que esto es falso. Ver el Memorial de Argentina, párr. 261.

²³ Ver el Memorial de Argentina, nota al pie 50 y párrs. 136 y 262 a 263.

en el modelo, también contenían un cargo adicional por concepto de impuestos, que comprendía impuestos provinciales, gravámenes municipales e impuestos federales”²⁴.

(c) El Tribunal basó parte de su decisión en pruebas que el mismo Tribunal había desestimado. En la sección 8 del Laudo respecto a la decisión sobre daños (párrafo 8.3.7. y nota al pie 414) el Tribunal usó como parte de su argumento un documento presentado por las Demandantes que el mismo Tribunal expresamente rechazó. Es el caso del Anexo N° 1069. Los anexos de prueba válidos finalizan en el Anexo N° 1065²⁵.

(d) Inexistencia de prueba para sustentar la condena en daños. No existe ningún documento válido en el expediente que permita al Tribunal concluir que: “Las cuentas de CAA a fines de 2005 revelaban que CAA adeudaba a Vivendi aproximadamente US\$75 millones”²⁶.

(e) A pesar de la falta de pruebas, el Tribunal concluyó que el gobierno de Tucumán causó el fracaso del contrato de concesión mediante la incorporación unilateral de “70 cambios” al Proyecto de Ley del 22 de abril de 1997.

(f) El Tribunal no fundamentó el efecto negativo de los “70 cambios”.

(g) Decisiones esenciales del Tribunal se fundaron en un documento cuestionado en su veracidad: Argentina se refiere a secciones del Laudo que tratan la turbiedad en el agua entre los meses de diciembre de 1995 y marzo de 1996. Argentina adujo que el Tribunal basó su conclusión casi exclusivamente en el Informe Final del Subcomité de Calidad del Agua ERSACT/CAA²⁷, indicándose que el referido documento era falso y que en consecuencia específicamente se solicitaba que fuera rechazado²⁸. Argentina argumenta que el Anexo 870 no se presentó junto con el Memorial de las Demandantes, dado que es evidente que fue preparado después de noviembre de 2004 y antes de la Réplica de las Demandantes, el 15 de febrero de 2006. Por ende, según Argentina, un informe nuevo (y falso) de 26 páginas se escribió y compiló con otros documentos para producir el Anexo 870. Argentina adujo que las Demandantes no demostraron la validez probatoria del Anexo 870.

²⁴ *Vivendi c. Argentina*, (Segundo Procedimiento de Arbitraje), Laudo del 20 de agosto de 2007, párr. 4.10.3.

²⁵ Ver el Memorial de Argentina, párr. 265.

²⁶ *Vivendi c. Argentina*, (Segundo Procedimiento de Arbitraje), Laudo del 20 de agosto de 2007, párr. 8.3.17

²⁷ Anexo 870: “Informe Final, Subcomité de Calidad del Agua ERSACT/CAA”.

²⁸ Ver Memorial de Dúplica de Argentina, párrs. 104 a 106.

e) Independencia e imparcialidad de los árbitros

67. Argentina afirma que la independencia de los árbitros y consecuentemente la igualdad entre las partes son reglas esenciales de procedimiento. También lo son – y han sido consagradas de este modo en el Convenio CIADI y en sus Reglas de Procedimiento – la obligación de declarar la propia independencia e imparcialidad y mantener tales atributos a lo largo de todo el procedimiento de arbitraje, poniendo en conocimiento de las partes cualquier situación que pueda causar una variación en ella.
68. Argentina aduce que para que un sistema de solución de controversias funcione adecuadamente las partes han de creer que su controversia va a ser decidida por un tribunal justo que actuará imparcialmente y observando los principios básicos del debido proceso. Argentina hace referencia al Artículo 12 de la Ley Modelo CNUDMI, que establece cuáles son las circunstancias que pueden dar lugar a dudas justificadas respecto de la imparcialidad de los árbitros y que éstas deben ser reveladas.
69. La independencia de un árbitro es normalmente cuestionada si hay o ha habido en el pasado una relación entre las partes en disputa y el árbitro. Bajo la práctica CCI no es necesario que la relación sea directa entre el árbitro y una de las partes para que pueda afectar la capacidad del árbitro para actuar en un determinado caso.
70. Argentina subraya que la jurisprudencia de la Corte de la CCI es unánime en cuanto a que corresponde acoger los cuestionamientos de un árbitro ante la presencia de una conexión entre el árbitro y una empresa afiliada a una de las partes. El necesario corolario de la debida independencia de los árbitros y el derecho de las partes a un debido proceso es la obligación de los árbitros de revelar cada uno de los hechos o circunstancias que puedan afectar la percepción de las partes acerca de la imparcialidad e independencia del tribunal de arbitraje y sus miembros.
- (i) *Las Directivas IBA sobre conflictos de interés en el arbitraje internacional*
71. Argentina menciona que el Comité de Arbitraje y RAC de la *International Bar Association* convocaron un Grupo de Trabajo de 19 expertos en arbitraje internacional para estudiar la cuestión de la independencia e imparcialidad en el arbitraje internacional. La Profesora Kaufmann-Kohler se encontraba entre esos 19 expertos seleccionados para participar del Grupo de Trabajo.

72. El Grupo de Trabajo preparó las Directivas IBA sobre conflictos de interés en el arbitraje internacional y las dio a conocer en el año 2004. El Grupo de Trabajo ha también provisto una lista de situaciones específicas que, en su consideración, debieran o no conducir a la obligación de revelación o a la descalificación de un árbitro.
73. Como se aclara en el comentario a la Regla General 2 (General Standard 2), el Grupo de Trabajo creyó que una interpretación amplia del estándar de “cualquier duda sobre la imparcialidad o independencia ha de conducir al árbitro a declinar la designación”. A fin de que los estándares puedan ser aplicados con la mayor consistencia posible, estableció que el test para la descalificación ha de ser un test objetivo (descrito en el punto 2.3.1. de la Lista Roja renunciante) que trata de situaciones es la que “el árbitro actualmente representa o asesora una de las partes o a una afiliada de una de las partes”.
74. Según Argentina, tomando un enfoque más indulgente, la Profesora Kaufmann-Kohler se encontraría en la situación descrita en la Lista Naranja bajo el número 3.5.4 donde “el árbitro es un manager, un director o miembro de la board de supervisión, o tiene una influencia controladora similar, en una empresa afiliada de una de las partes, cuando la afiliada no está directamente involucrada en los hechos en disputa en el arbitraje”.
75. Argentina aduce que independientemente de la situación actual aplicable a la Profesora Kaufmann Kohler, es irrefutable que ella debería haber revelado su afiliación a UBS y la República Argentina debería haber tenido la oportunidad de cuestionar el mantenimiento de su participación como miembro del Tribunal. Argentina argumenta que tal conclusión se encuentra apoyada por el mismo Grupo de Trabajo que ha explicado que en caso de duda el árbitro siempre tiene la obligación de revelar una determinada situación.

(ii) *Independencia e imparcialidad son aun más importantes en el Arbitraje CLADI*

76. Argentina invoca el Artículo 14²⁹, el Artículo 40³⁰, y el Artículo 57³¹ del Convenio para destacar la importancia de la calidad de los árbitros y de su independencia e imparcialidad en el arbitraje

²⁹ “Las personas designadas para figurar en las Listas deberán gozar de amplia consideración moral, tener reconocida competencia en el campo del Derecho, del comercio, de la industria o de las finanzas e inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio. La competencia en el campo del Derecho será circunstancia particularmente relevante para las personas designadas en la Lista de Árbitros”.

³⁰ “Todo árbitro que no sea nombrado de la Lista de Árbitros deberá reunir las cualidades expresadas en el apartado (1) del Artículo 14”.

³¹ “Cualquiera de las partes podrá proponer a la Comisión o Tribunal correspondiente la recusación de cualquiera de sus miembros por la carencia manifiesta de las cualidades exigidas por el apartado (1) del Artículo 14”.

relativo a inversiones, especialmente debido a su incidencia en las cuestiones públicas y en la sociedad civil.

77. Argentina señala que la imparcialidad absoluta se refiere no sólo a la imparcialidad subjetiva del juzgamiento de un árbitro sino también a la apariencia objetiva de imparcialidad por parte del árbitro frente a terceros. En consecuencia, Argentina sostiene que el cargo de la Profesora Kaufmann-Kohler en UBS creaba, desde una óptica objetiva, un conflicto de intereses incompatible con la necesaria apariencia de imparcialidad requerida de un árbitro del CIADI. El conflicto de intereses se mantuvo a lo largo del procedimiento de arbitraje, lo que claramente justifica la anulación del Laudo en su totalidad.
78. Argentina considera que el Laudo debería anularse sobre la base de las dos causas de anulación principales bajo los Artículos 52(1)(a) y (d), no solo porque la decisión la emitió un tribunal con la participación de un árbitro que carecía de las cualidades requeridas por el Convenio CIADI y por los principios generales del derecho, sino también porque Argentina, por la falta injustificada de revelación por parte de la Profesora Kaufmann-Kohler, fue privada del derecho de cuestionar su pertenencia al Tribunal. Esto constituye un incumplimiento procesal y una composición irregular del Tribunal.

4. La cuestión de la indemnización

79. Argentina manifiesta que el Tribunal entendió acertadamente que casi el 95% del reclamo de CAA [es decir, USD 300.532.000] respondía al concepto de lucro cesante, y dependía exclusivamente de ganancias esperadas que el Contrato nunca había garantizado. Según Argentina, CAA se había basado exclusivamente en una metodología de flujo de fondos descontados (FFD) para valorar los daños, lo cual requiere que se establezca con cierto grado de certeza la probabilidad de que exista rentabilidad. (Párr. 8.3.4 del Laudo).
80. El Tribunal no aceptó los métodos de valuación propuestos por las partes³². En cambio, utilizó un tercer método de su elección, el valor de inversión de la concesión, el cual, en opinión del Tribunal, parecía ofrecer la representación más cercana de la indemnización que deseaba otorgar³³.

³² *Vivendi c. Argentina*, (Segundo Procedimiento de Arbitraje), Laudo del 20 de agosto de 2007, párrs. 8.3.11 y 8.3.14.

³³ *Íd.*, párr. 8.3.13.

81. Dado que ninguna de las partes había presentado una valuación basada en dicho criterio elegido, Argentina argumenta que el Tribunal no recibió evidencia para respaldar el monto de la compensación según ese enfoque.
82. Aun así, el Tribunal se basó en este método a pesar de la falta de evidencia, infringiendo abiertamente el Convenio y las Reglas y extralimitándose manifiestamente en sus facultades. Al hacerlo, Argentina argumenta que el Tribunal distorsionó las pruebas que obraban en el expediente respecto de la inversión de Vivendi en CAA, e incorporó como único fundamento de su decisión pruebas que habían sido expresamente excluidas del proceso por acuerdo de las partes y por resolución del propio Tribunal como el único fundamento de su decisión. Esto constituyó un quebrantamiento grave de una norma de procedimiento. Asimismo, la decisión del Tribunal con respecto a daños carece de motivación, incurriendo en las causales de los Artículos 52(1)(b), (d) y (e) del Convenio.
83. El Tribunal basó sus cálculos de la inversión de Vivendi en CAA y, en consecuencia, de la indemnización otorgada, en la suma de tres conceptos: (i) un aporte de capital de USD 30 millones; (ii) inversiones en deuda por un monto de USD 21 millones e (iii) inversiones adicionales en deuda de CAA por parte de CGE/Vivendi por un monto de USD 54 millones.
84. De acuerdo con Argentina, al utilizar este método de cálculo el Tribunal incurrió en las causales de los artículos 52(1)(b), (d) y (e), dado que en el contexto de un proceso de arbitraje con más de mil pruebas presentadas y no menos de cinco informes de valuación diferentes, demostró un alarmante desprecio por la evidencia producida, desconociendo la misma prueba documental presentada por las partes.

a) Explicación detallada de las causales de anulación relacionadas con la indemnización

85. Argentina aduce que sin perjuicio de las claras instrucciones del Tribunal y del acuerdo al que llegaron las partes el 1 de julio de 2004³⁴, CAA intentó presentar nuevas pruebas el 23 de agosto de 2006, supuestamente a fin de respaldar una valuación fundada en la inversión.

³⁴ Registrado también en un adjunto al acta de la sesión celebrada por el Segundo Tribunal el 7 de julio de 2004. El acuerdo establece que “[e]l Tribunal no recibirá [testimonios] ni otras pruebas que no hayan sido presentadas por escrito, a menos que determine que existen circunstancias excepcionales”.

86. Por lo tanto, el propio Tribunal no se encontraba en condiciones de considerar testimonios u otras pruebas que no hayan sido presentadas por escrito. Argentina manifiesta que, sin embargo, lo hizo, con el testimonio del Sr. Régis Hahn, dando validez a un testimonio durante la ampliación de su testimonio oral que fue utilizado en el Laudo para justificar la realización de inversiones por USD 75 millones³⁵.
87. Una situación similar se dio respecto al testimonio de la Sra. Dominique Perrier, testimonio que también tuvo en cuenta el Tribunal para justificar su Laudo. La misma testigo había especialmente manifestado que su testimonio era exclusivamente de carácter metodológico y que no había tenido acceso a los libros de la empresa. El Tribunal respaldó el testimonio del Sr. Hahn con el testimonio de la Sra. Perrier, ambos carentes de valor probatorio conforme lo manifestado y en contradicción con el testimonio del Sr. Francois de Rochambeau.
88. Asimismo, el testimonio de la Sra. Perrier contradice su propia fuente (declaración jurada del Sr. de Rochambeau). En el párrafo 129 de su declaración jurada, el Sr. Rochambeau afirmó que la *inversión total* de Vivendi/CGE en CAA al mes de agosto de 1998 ascendía aproximadamente a USD 69 millones. No obstante, en la página 10 de su informe (donde cita al Sr. Rochambeau), la Sra. Perrier señaló que los USD 69 millones se referían a la inversión en deuda (excluido el capital) de Vivendi/CGE.
89. Argentina afirma que, dado que el Laudo otorga una indemnización sobre la base tanto de los aportes de capital a CAA como de los USD 69 millones mencionados en el testimonio de la Sra. Perrier, el Segundo Tribunal otorgó una doble compensación³⁶.
90. Además, Argentina señala que cuando se les solicitó a CAA y Vivendi que indicaran cualquier indicio de la inversión de USD 75 millones de Vivendi en CAA por encima de los aportes de capital que obrara en el expediente³⁷, las Demandantes sólo pudieron señalar las escuetas tres líneas de la transcripción donde, durante el interrogatorio directo, el Sr. Hahn prestó esa declaración.
91. Argentina sostiene que el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades en el Laudo al validar y aceptar el testimonio del Sr. Hahn como fundamento de su decisión sobre indemnización, dado que las pruebas documentales para respaldarlo no habían sido incorporadas

³⁵ Transcripción, Día 5, P:1322, L:12 a 14

³⁶ *Vivendi c. Argentina*, (Segundo Procedimiento de Arbitraje), Laudo del 20 de agosto de 2007, nota al pie 424.

³⁷ Transcripción, Día 11, P: 2815, L:6 a 13.

al expediente de conformidad con los procedimientos acordados y el testimonio sobre este asunto no había sido presentado por escrito antes de la audiencia sobre el fondo, afectando gravemente el debido proceso, la igualdad de las partes y el acuerdo a que habían arribado las partes y proporcionando causales claras para la anulación del Laudo en virtud del Artículo 52(1)(d) del Convenio.

b) La condena en daños no tiene justificación en evidencia y no expresa los motivos en que se funda

92. Argentina aduce que el Segundo Tribunal no brinda justificación alguna basada en la prueba documental obrante en el expediente para un monto indemnizatorio de USD 105 millones, y que esta decisión fue tomada en violación de los deberes del Segundo Tribunal. La indemnización otorgada asciende a USD 27,5 millones, 35% más que el monto máximo que puede derivarse estrictamente de las pruebas que obran en el expediente presentadas por las Demandantes. La indemnización no refleja en absoluto los montos documentados y verificables de la inversión real de Vivendi en CAA según surge del expediente.

93. El Segundo Laudo no intenta explicar cómo o porqué, al valuar la indemnización reclamada por CAA y Vivendi, el Tribunal sólo se basó en: (i) los supuestos aportes de capital realizados por Vivendi y terceros en CAA, y (ii) el supuesto financiamiento y otros aportes realizados por Vivendi. Asumiendo, que el Tribunal tenía derecho a calcular la indemnización de las Demandantes utilizando los montos verificables invertidos como aproximación, esto no explica porqué el Tribunal cambió de criterio a la mitad de su análisis.

94. Según Argentina, el Tribunal no proporcionó ni una razón para su cálculo de la indemnización debida a las Demandantes y, por ese motivo, el Laudo también debe anularse en virtud del Artículo 52(1)(e).

c) El cálculo de los intereses

95. Argentina afirma que la decisión del Tribunal respecto de la cuestión de los intereses de la indemnización otorgada también justifica la anulación del Laudo. El Tribunal, sin expresar motivo alguno y extralimitándose en sus facultades, otorgó intereses a las Demandantes respecto de la indemnización impuesta por un monto superior al de su reclamo.

96. Las disposiciones pertinentes del Laudo establecen lo siguiente:

“(vi) La Demandada, la República Argentina, también deberá pagar intereses, compuestos anualmente, a la tasa del 6,00%, (a) sobre el monto de US\$51.000.000,00 a partir del 28 de agosto de 1997 hasta la fecha de pago, y (b) sobre otro monto de US\$54.000.000 a partir del 5 de septiembre de 2002 hasta la fecha de pago”³⁸

97. Según Argentina, las dos fechas mencionadas en el Laudo como punto de partida para el devengamiento de intereses carecen de todo sentido o explicación:

- (i) *28 de agosto de 1997:* El Laudo reconoce que las Demandantes consideraron que los intereses de cualquier indemnización debían pagarse desde el 27 de noviembre de 1997. Aun así, sin proveer ninguna explicación, el Tribunal decidió que los intereses respecto del monto de USD 51 millones debían pagarse a partir del 28 de agosto de 1997. El Laudo no incluye ningún motivo para el otorgamiento de intereses desde una fecha anterior a la fecha del cálculo de la indemnización propuesta por las Demandantes y se transforma así en una extralimitación *ultra petita*. Argentina aduce que esto constituye, simultáneamente, una extralimitación manifiesta de las facultades del Tribunal en virtud del Art. 52.1(b) del Convenio CIADI, y una grave omisión de los motivos en que se basó el laudo, contemplada por las disposiciones del Artículo 52(1)(e).
- (ii) *5 de septiembre de 2002:* Según Argentina, no existen indicios en el Laudo ni en otra parte del expediente respecto de porqué debería considerarse al 5 de septiembre de 2002 como una fecha pertinente en relación con cualquier pérdida de CAA o Vivendi por el monto de USD 54 millones. Como mínimo, esto constituye una omisión grave por parte del Tribunal de los motivos en que se basó la decisión. Por lo tanto, el Laudo debe anularse en virtud del Art. 52.1(e) del Convenio.

B. La posición de las Demandantes

1. Independencia del Árbitro Kaufmann-Kohler

98. Las Demandantes sostienen que otro tribunal ya descartó la alegada falta de independencia de la Profesora Kaufmann-Kohler en otro caso en que estaban involucrados precisamente la

³⁸ *Vivendi c. Argentina*, (Segundo Procedimiento de Arbitraje), Laudo del 20 de agosto de 2007, párr. 11.1.

Profesora Kaufmann-Kohler , Argentina y Vivendi. En todo caso, las Demandantes consideraron que en última instancia esta reclamación fue presentada fuera de tiempo, está prohibida procesalmente y que no tiene base sustancial, por lo cual se la debe desestimar.

a) Antecedentes fácticos

99. Según las Demandantes, hacia fines de 2006, UBS tenía el 1,97% de las acciones de Vivendi, y esa tenencia accionaria había caído al 1,58% hacia fines de 2007. UBS había tenido muchas, si no todas, de esas acciones en representación de terceros.

100.El 19 de abril de 2006, se designó a la Profesora Kaufmann-Kohler como miembro del Directorio de UBS por un período de tres años. Las Demandantes sostienen que la Ley sobre Bancos de Suiza y el Convenio Constitutivo de UBS establecen que el Directorio tiene la responsabilidad última en cuanto a “la supervisión y el control” de la administración de UBS, así como la “responsabilidad última en cuanto a la administración”³⁹. Asimismo, el Directorio es un organismo distinto del Directorio Ejecutivo del Grupo, que tiene la responsabilidad de implementar las decisiones estratégicas del Directorio y desempeña un papel ejecutivo más directo en la sociedad.

101.Según las Demandantes, como miembro del Directorio, la Profesora Kaufmann-Kohler debía tener total independencia con respecto a la administración⁴⁰ y tomó medidas para garantizar que su cargo en el Directorio de UBS no representara ninguna duda respecto de su imparcialidad o independencia como árbitro, incluida la presentación de una lista de todos sus arbitrajes a UBS. UBS le manifestó que, con la excepción de un único asunto (del que ella misma se recusó), su papel en el Directorio de UBS no representaba ningún conflicto de interés⁴¹. Además, las Demandantes afirman que la Profesora Kaufmann-Kohler no solía recibir información sobre las tenencias en títulos valores individuales de UBS y no recibía información relacionada con Vivendi.

102.Por ello, según las Demandantes, la Profesora Kaufmann-Kohler no tenía conocimiento de que UBS tenía acciones en Vivendi hasta el 29 de noviembre de 2007, cuando la Demandada planteó

³⁹ Ver *Suez c. Argentina I*, Decisión sobre la Segunda Propuesta de Recusación de un Miembro del Tribunal de Arbitraje, 12 de mayo de 2008, párr. 38.

⁴⁰ *Íd.*, párr. 38; Ordenanza de Implementación sobre los Bancos y las Bancas de Ahorro de Suiza, 17 de mayo, 1972, Art. 8(2) (Anexo 1192) (09691).

⁴¹ Carta de la Profesora Gabrielle Kaufmann-Kohler en la pág. 2 (Anexo 1194) (09739); *Suez c. Argentina I*, Decisión sobre la Segunda Propuesta de Recusación, párrs. 14, 47; *EDF c. Argentina 2*, Decisión sobre las Excepciones respecto de la Profesora Gabrielle Kaufman-Kohler, 25 de junio de 2008, párr. 59(iv).

la cuestión en *Suez c. Argentina*⁴², mientras que el Segundo Tribunal ya había pronunciado su Laudo el 20 de agosto de 2007.

b) El Segundo Tribunal se constituyó correctamente

103. Las Demandantes sostienen que la afirmación de la Demandada de que el Segundo Tribunal no se constituyó adecuadamente debería descartarse, dado que el Segundo Tribunal se constituyó el 14 de abril de 2004 y la Profesora Kaufmann-Kohler no se incorporó al Directorio de UBS hasta dos años después, el 19 de abril de 2006. Por ende, no podría siquiera haber habido un conflicto o un cuestionamiento respecto de la independencia de la Profesora Kaufmann-Kohler al momento en que se constituyó el Segundo Tribunal.

c) El cuestionamiento de la Demandada a la independencia del Árbitro Kaufmann-Kohler está prohibida procesalmente y no tiene fundamentos

104. Según las Demandantes, el cuestionamiento alternativo de la Demandada, basado en un quebrantamiento grave de una norma esencial de procedimiento, no tiene fundamento. La Demandada reclamó que la Profesora Kaufmann-Kohler estaba o podría haber estado motivada por el prospecto de un beneficio financiero si se admitían las reclamaciones de Vivendi. Además, la Demandada adujo que la Profesora Kaufmann-Kohler sabía o debió haber sabido de la existencia de tal conflicto de intereses, y que falló al no revelar dicho conflicto.

105. Las Demandantes se refieren a otros dos casos, *Suez y otros c. Argentina* y *EDF International S.A. y otros c. Argentina*, en los que la Demandada planteó las mismas excepciones. En *Suez*, en la que Vivendi también es demandante, las excepciones de la Demandada se referían a las mismas alegaciones fácticas respecto de las mismas partes: es decir, a la relación de la Profesora Kaufmann-Kohler con UBS y a la conexión de UBS con Vivendi. En *EDF*, la cuestión fue extraordinariamente similar e involucró las conexiones de UBS con determinadas demandantes societarias del caso. Tanto en *Suez* como en *EDF*, los tribunales rechazaron las excepciones de la Demandada.

⁴² *Suez c. Argentina I*; *Suez c. Argentina II*; *AWG c. Argentina*, Decisión sobre la Segunda Propuesta de Recusación de un Miembro del Tribunal de Arbitraje, 12 de mayo de 2008.

(i) *El estándar para una excepción sobre anulación en un procedimiento de arbitraje*

106. Las Demandantes argumentan que la Demandada no puede demostrar ningún quebrantamiento de las disposiciones de los Artículos 14(1) y 57 del Convenio CIADI, mucho menos, un quebrantamiento grave. Según las Demandantes, el estándar para la anulación de un laudo sobre la base de falta de independencia o imparcialidad es más riguroso que los requisitos para la recusación de un árbitro.

107. La anulación es una acción extraordinaria, cuya aplicación, según las Demandantes, debe considerarse en relación con la importancia fundamental de la definitividad de un procedimiento de arbitraje. La Demandada ha invocado causas que exigen que se demuestre el quebrantamiento *grave* de la norma aplicable. A su vez, ese elemento solo se establece si un problema en particular planteado por la excepción es “debe privar a la parte del beneficio o la protección que la norma intentaba proporcionar”.⁴³

(ii) *El cuestionamiento de la demandada a la profesora Kaufmann-Kohler está prohibido procesalmente*

108. Las Demandantes afirman que en el caso *Suez* la Demandada planteó excepciones muy similares contra la Profesora Kaufmann-Kohler. Los miembros restantes del tribunal de *Suez* rechazaron los argumentos de la Demandada en su totalidad y determinaron que la Profesora Kaufmann-Kohler no carecía manifiestamente del criterio independiente que exige el Artículo 14(1).

109. Por ende, las Demandantes argumentan que el principio de *res judicata* le prohíbe a la Demandada plantear la misma cuestión en este procedimiento, porque los requisitos de *res judicata* (la identidad de las partes, la identidad del objeto y la identidad de la causa) se verifican, dado que las excepciones planteadas en *Suez* trataban de los mismos hechos, argumentos y estándares del Convenio CIADI y se plantearon contra el mismo árbitro y con respecto a la misma demandante, Vivendi.

(iii) *No existe ninguna conexión significativa entre la profesora Kaufmann-Kohler y Vivendi*

110. Las Demandantes manifiestan que las excepciones de la Demandada también fracasarían respecto del fondo, dado que las conexiones entre la Profesora Kaufmann-Kohler y Vivendi son

⁴³ *MINE v. Guinea*, párr. 5.05.

demasiado remotas y menores como para plantear dudas razonables o manifiestas sobre su imparcialidad e independencia.

111.Según las Demandantes, una parte que cuestiona la independencia de un árbitro no puede invocar la existencia de ningún tipo de conexión entre el árbitro y una parte. Por el contrario, la conexión “debe evaluarse *cualitativamente* para decidir si constituye un hecho que indique carencia de la cualidad de independencia de juicio e imparcialidad exigible a un árbitro del CIADI”⁴⁴.

112.La Regla General 2 (*General Standard 2*) de las Directivas IBA sobre Conflictos de Interés en el Arbitraje Internacional, citadas por las Demandantes, establece que puede haber “dudas justificadas” respecto de la independencia de un árbitro si el árbitro tuviere “una participación económica significativa o interés personal en el asunto en litigio”, de manera que “una tercera persona razonable e informada” llegaría a la conclusión de que, “probablemente, la decisión del árbitro podría verse influida por factores distintos a los méritos del caso”⁴⁵.

113.Las Demandantes aducen que la conexión entre UBS y Vivendi era *de minimis* bajo cualquier definición. La participación de UBS en Vivendi constituía menos de 0,046% de los activos totales de UBS. Asimismo, como se mencionó anteriormente, gran parte de la participación de UBS en Vivendi no era por cuenta propia, sino en representación de los clientes a los que les proporciona servicios de corretaje o administración de activos, respecto de los cuales UBS en sí misma no se beneficiaría del desempeño financiero de Vivendi.

114.Según las Demandantes, si lo que la participación de UBS en Vivendi podían representar en el negocio global de UBS era minúsculo, el posible impacto del procedimiento de arbitraje CIADI sobre estas tenencias era realmente microscópico.

115.Las Demandantes argumentan que incluso si la Profesora Kaufmann-Kohler tenía acciones u opciones sobre acciones en UBS, e incluso a pesar de que fuera miembro del Directorio de UBS, no podría haber tenido ninguna motivación posible, y mucho menos un “interés significativo” a favor de Vivendi. Como afirmó el tribunal de *Suez*, la “supuesta conexión no supone para la Profesora Kaufmann-Kohler beneficio o ventaja alguna, ni la hace depender en ninguna medida de [Vivendi]” y “las tenencias de acciones de UBS en [Vivendi] no influyen sustancialmente sobre los resultados financieros, la rentabilidad o el precio de las acciones de UBS, ni afectan en

⁴⁴ *Suez c. Argentina I*, Decisión sobre la Segunda Propuesta de Recusación, párr. 33 (énfasis del original).

⁴⁵ Directivas IBA sobre conflictos de interés en el arbitraje internacional, Regla general 2 (*General Standard 2*), 22 de mayo de 2004, disponible en www.ibanet.org; ver también *EDF c. Argentina* en el párr. 114.

medida alguna la remuneración que obtiene la Profesora Kaufmann-Kohler como miembro del Directorio de UBS”⁴⁶.

(iv) *La profesora Kaufmann-Kohler no sabía, ni tenía ninguna razón para saber, de ninguna conexión con Vivendi*

116.Las Demandantes alegan que si la Profesora Kaufmann-Kohler hubiera tenido una conexión significativa con Vivendi, su independencia e imparcialidad no se hubieran visto necesariamente afectadas por el simple motivo de que ella desconocía tal conexión. Como lo ha manifestado expresamente por escrito a un tribunal CIADI, la Profesora Kaufmann-Kohler no tuvo conocimiento de las acciones de UBS en Vivendi hasta el 29 de noviembre de 2007, mucho después de que se dictara el Laudo y el caso concluyera.

(v) *Unanimidad del Laudo*

117.Por último, las Demandantes aducen que cualquier duda respecto de la independencia e imparcialidad de la Profesora Kaufmann-Kohler se ve adicionalmente mitigado por el hecho de que el Laudo se dictó en forma unánime.

2. Legislación aplicable (extralimitación manifiesta de las facultades)

a) El Segundo Tribunal aplicó adecuadamente el TBI y las otras fuentes del derecho aplicables

118.Según las Demandantes, el Segundo Tribunal aplicó correctamente el TBI y las otras fuentes del derecho, estableció los hechos (incluido el contenido del Contrato de Concesión y la conducta de las partes bajo sus condiciones), identificó los requisitos legales del Tratado y aplicó aquellos estándares legales a los hechos.

⁴⁶ *Suez c. Argentina I*, Decisión sobre la Segunda Propuesta de Recusación, párr. 40.

b) La invocación del derecho interno por parte de la Demandada es incorrecta e incongruente con su postura previa

(i) *La Demandada interpreta erróneamente las funciones del TBI y del derecho interno*

119. Según las Demandantes, la afirmación de la Demandada de que la controversia se rige principalmente por el derecho interno no tiene fundamentos. Las Demandantes sostienen que el Primer Tribunal concluyó que no tenía competencia para decidir sobre las reclamaciones bajo el Contrato de Concesión. El Primer Comité *ad hoc* estuvo de acuerdo y agregó que las reclamaciones de las Demandantes bajo el TBI se regían por el Convenio CIADI, el TBI y el derecho internacional. Por ende, el Segundo Tribunal simplemente siguió el enfoque del Comité *ad hoc*, y esto no puede servir de causa para una solicitud de anulación.

120. Además, las Demandantes aducen que la Demandada renunció a la presentación de cualquier argumento de que el Segundo Tribunal estaba obligado a aplicar el derecho interno o las cláusulas del Contrato de Concesión, dado que rechazó contundentemente la aplicación del derecho interno, en especial del derecho contractual tucumano y argentino, para decidir sobre las reclamaciones presentadas bajo el tratado.

121. Adicionalmente, las decisiones del Primer Tribunal y del Primer Comité *ad hoc*, así como el previo enfoque de la Demandada en el derecho internacional, tienen el respaldo de las autoridades pertinentes. El Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado de la Comisión de Derecho Internacional (“CDI”), dejan en claro que el hecho de que un acto sea apropiado bajo el derecho interno no determina la violación o no del derecho internacional. El Artículo 3 de la CDI, titulado “Calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito” establece que:

“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”.

122. Las Demandantes también invocan las decisiones pronunciadas por otros tribunales y comités de anulación *ad hoc* en procedimientos de fondo del CIADI que han tomado esta línea de análisis, por ejemplo, *Wena Hotels c. Egipto*⁴⁷, *Azurix c. Argentina*⁴⁸ y *MTD Equity c. Chile*⁴⁹. Las

⁴⁷ Ver *Wena Hotels Limited c. República Árabe de Egipto* (Caso CIADI No. ARB/98/4) (en adelante denominado *Wena c. Egipto*), Decisión sobre Anulación, 5 de febrero de 2002, párr. 23.

Demandantes también se refirieron al Artículo 8(4) del TBI, que trata el derecho aplicable y se refiere al TBI, al derecho del estado receptor, al derecho internacional y a las cláusulas y condiciones de los contratos celebrados entre las partes (por ejemplo, el Contrato de Concesión).

123. En cuarto lugar, las Demandantes consideran que la cuestión puede ser dudosa a efectos del derecho argentino, dado que los tratados y el derecho internacional están incorporados al cuerpo de derecho argentino y, de hecho, prevalecen sobre otras disposiciones incongruentes del derecho interno. Asimismo, el Artículo 10 del TBI establece que cualquier “acuerdo especial” regirá la inversión sólo en la medida en que las disposiciones del acuerdo sean “más favorables” que las del TBI.

124. Según las Demandantes, Argentina interpretó erróneamente la función de los TBI al afirmar que cualquier cuestión relacionada con los contratos de concesión de servicios públicos en Argentina debían regirse por el derecho interno en vez de por el derecho internacional, dado que el TBI no aborda las disposiciones sustantivas en ese aspecto. Las Demandantes afirman que los TBI no están diseñados para regir tipos específicos de inversiones en sectores particulares sino que contienen estándares generales de tratamiento (por ejemplo, el trato justo y equitativo) que los tribunales pueden aplicar, teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada caso, así como los principios generales del derecho internacional y las decisiones previas de los tribunales.

(ii) *El Segundo Tribunal consideró el Contrato de Concesión adecuadamente*

125. Con respecto a las reclamaciones de la Demandada de que el Segundo Tribunal “no consideró” el hecho de que las supuestas violaciones contractuales de CAA fueron la causa del fracaso de la concesión, las Demandantes adujecen que la Demandada, una vez más, contradijo su postura anterior, ya que había insistido en que el Segundo Tribunal *no* podía interpretar el contrato ni decidir si las partes lo habían infringido.

126. La Demandada invocó el principio de *exceptio non adimpleti contractus* y argumentó que al violar el Contrato de Concesión, las Demandantes perdieron el derecho de reclamar contra la Demandada por socavar el mismo contrato. Las Demandantes se refirieron a la decisión del Primer Comité *ad hoc* de que el Segundo Tribunal podía tomar en cuenta las cláusulas del Contrato de Concesión

⁴⁸ *Azurix Corp. c. Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/12) (en adelante denominado *Azurix c. Argentina*).

⁴⁹ *MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. c. República de Chile* (Caso CIADI No. ARB/01/7) (en adelante denominado *MTD c. Chile*).

como parte de los antecedentes fácticos en relación con los cuales debían considerarse las reclamaciones presentadas por las Demandantes en virtud del tratado.

127. Las Demandantes sostienen que el Segundo Tribunal no ignoró las cuestiones contractuales, sino que sólo entendió que las acciones de los funcionarios de Tucumán no se tomaron por los supuestos incumplimientos contractuales de CAA, sino por fines políticos inapropiados y con el objetivo de obligar a las Demandantes a renegociar la concesión. Las Demandantes consideran que esta es una conclusión fáctica que no está sujeta a revisión en un procedimiento de anulación.

(iii) *El Segundo Tribunal consideró adecuadamente la conducta de los funcionarios de Tucumán*

128. Las Demandantes consideraron que es incorrecto argumentar que el Segundo Tribunal debería haber aplicado el derecho argentino para determinar si cierta conducta podía atribuirse al gobierno de Tucumán y, en última instancia, a la Demandada. Como explicó el Primer Comité *ad hoc*, en este contexto la cuestión de atribución se rige por el derecho internacional.

129. Las Demandantes también se refirieron a la alegación de la Demandada de que el Segundo Tribunal cometió un error al no aplicar el derecho interno para determinar si las acciones de ciertas autoridades demostraron la postura “oficial” de Tucumán respecto de ciertas cuestiones (por ejemplo, la controversia entre CAA y la Provincia para determinar si CAA debía absorber ciertos impuestos o si los debía cobrar a los clientes en forma independiente de la tarifa básica). En este sentido, las Demandantes argumentan que estas conclusiones fácticas no están sujetas a revisión en esta anulación.

130. En tercer lugar, la Demandada argumentó que el Segundo Tribunal derogó el derecho provincial aplicable (es decir, el derecho tucumano) al determinar que distintas autoridades de Tucumán actuaron con fines políticos en vez de en el justo ejercicio de sus deberes. Según las Demandantes, esto representa un intento de reargumentar el fondo de la cuestión. Las Demandantes resaltan que las reclamaciones se presentaron en virtud del TBI, no en virtud del Contrato de Concesión o del derecho interno. Esas reclamaciones deben juzgarse solo bajo los estándares del derecho internacional.

(iv) *El Segundo Tribunal abordó adecuadamente la extinción del Contrato de Concesión*

131. La Demandada argumentó que el Segundo Tribunal cometió un error al no aplicar el derecho interno a la cuestión de la extinción del Contrato de Concesión. Según las Demandantes, cuando CAA cursó la notificación formal de rescisión el 27 de agosto de 1997, las autoridades de Tucumán ya habían cometido varias violaciones al TBI. Por ende, era innecesario que el Segundo Tribunal decidiera sobre la existencia o no de fundamentos contractuales para la rescisión de CAA.

3. Nacionalidad de CAA (extralimitación manifiesta de las facultades/falta de expresión de motivos)

a) El Segundo Tribunal entendió correctamente que la cuestión de la nacionalidad de CAA era *res judicata*

132. Con respecto al cuestionamiento de la Demandada sobre la nacionalidad de CAA a efectos del TBI, las Demandantes invocan la Decisión sobre Jurisdicción del Segundo Tribunal, que resolvió que la cuestión de la nacionalidad de CAA a efectos jurisdiccionales era *res judicata* y que, por ende, no estaba sujeta a más revisiones.

133. El Artículo 1(2)(c) del TBI define el término “inversores” de manera que incluye a las “las personas jurídicas efectivamente controladas directa o indirectamente por los nacionales de una de las Partes Contratantes”. Como ocurre con otras cuestiones jurisdiccionales, los hechos relevantes para determinar si esta definición ha sido satisfecha son aquellos que existían al comienzo del procedimiento de arbitraje. Por ello, al determinar si CAA fue un “inversor” y legítimo demandante en este caso, la cuestión fundamental era definir si CGE, una sociedad francesa, controlaba efectivamente a CAA a la fecha de comienzo del procedimiento de arbitraje.

134. Las Demandantes argumentan que el Primer Tribunal, el Primer Comité *ad hoc* y el Segundo Tribunal respondieron a esta pregunta en forma afirmativa. El Primer Tribunal observó que en junio de 1996, CGE era propietaria del 68,33% del total del capital accionario de CAA y adquirió la propiedad en beneficio de un 16,67% adicional. Las partes habían acordado además que hacia fines de 1996, cuando comenzó el procedimiento de arbitraje, CGE adquiriría acciones de DYCASA, uno de los inversionistas originales de CAA. El Primer Tribunal resolvió que CGE también controlaba CAA desde mucho tiempo atrás, a partir de la fecha de vigencia del contrato

de concesión (18 de mayo de 1995). Junto con su conclusión de que CGE seguía incrementando su participación accionaria en CAA después de tal fecha, esto implicaba necesariamente que CGE controlaba CAA cuando comenzó el procedimiento (el 26 de diciembre de 1996). El Primer Tribunal concluyó que CAA era de nacionalidad francesa en el momento pertinente (el comienzo del arbitraje), así como antes de este momento, y que era una legítima demandante. El Primer Comité *ad hoc* afirmó esta conclusión.

135. De acuerdo con las Demandantes, el Segundo Tribunal determinó correctamente que tanto el Primer Tribunal como el Primer Comité *ad hoc* habían abordado en forma concluyente la cuestión de la nacionalidad de CAA y concluyó que la cuestión era *res judicata* y no podía reconsiderarse.

b) Los argumentos de la Demandada sobre la nacionalidad de CAA se basan en una distorsión de los autos

136. La Demandada afirmó que el Primer Comité *ad hoc* anuló la conclusión fundamental del Primer Tribunal respecto de la nacionalidad de CAA y de su condición como legítima demandante y que el Segundo Tribunal cometió un error al tratarlo como *res judicata*. Para respaldar esta reclamación, la Demandada señaló un fragmento de la decisión del Primer Comité *ad hoc* respecto de la solicitud de la Demandada para la rectificación y suplementación de la primera decisión sobre anulación, en la que el Primer Comité *ad hoc* estableció que había anulado la conclusión del Primer Tribunal de que CGE controlaba CAA a partir de la fecha de entrada en vigencia del contrato de concesión. Según la Demandada, el Segundo Tribunal basó su determinación de que la cuestión era *res judicata* en esa conclusión específica (anulada) del Primer Tribunal. Ergo, la Demandada reclamó que el Segundo Tribunal “se extralimitó manifiestamente en sus facultades” y “no expresó los motivos” al negarse a reconsiderar la cuestión de la nacionalidad y condición de legítima demandante de CAA.

137. Las Demandantes alegan que el argumento de la Demandada no solo es incorrecto, sino también frívolo, dado que la conclusión del Primer Tribunal de que CGE controlaba CAA a partir de la fecha de entrada en vigencia del contrato de concesión (y no a partir de la fecha de inscripción) “no fue[ron] tomada[s] en cuenta en el razonamiento del [Primer] Tribunal⁵⁰” respecto de la cuestión de la nacionalidad. En efecto, aun si el Primer Tribunal y el Primer Comité *ad hoc*

⁵⁰ *Vivendi v. Argentina*, (Primer Procedimiento de Anulación), Decisión sobre Anulación, de 3 de julio de 2002, párr. 50.

hubieran determinado en forma expresa que CGE *no* controlaba CAA al comienzo del contrato de concesión, ese hecho hubiera sido irrelevante respecto de la cuestión de la jurisdicción.

138.La conclusión fundamental a efectos jurisdiccionales es el hecho de que CGE controlaba CAA al momento en que se inició el arbitraje. Por ello, las Demandantes rechazan las críticas de la Demandada a la decisión del Segundo Tribunal.

4. Las conclusiones de hecho del Segundo Tribunal (falta de expresión de motivos/quebrantamiento grave de una norma esencial de procedimiento)

139.La Demandada alegó que el Segundo Tribunal distorsionó el contenido fáctico en autos, otorgó una importancia inapropiada a ciertas pruebas o no proporcionó una explicación lo suficientemente detallada para sus conclusiones de hecho. Las Demandantes contestaron que cada una de las reclamaciones de la Demandada carece de fundamentos sustanciales y debería desestimarse por inadmisibles.

a) El intento de la Demandada de reargumentar la cuestión de las acciones de las autoridades tucumanas contra CAA es inadecuado y puede inducir a un error

140.Las Demandantes consideran que cada uno de los argumentos de la Demandada respecto de la conclusión básica del Segundo Tribunal de que distintas autoridades tucumanas cometieron actos hostiles e inapropiados contra CAA, carecen de fundamento.

(i) El Segundo Tribunal resolvió correctamente que las autoridades tucumanas actuaron para socavar la inversión de las Demandantes

141.Las Demandantes argumentan que el Laudo documentó en forma precisa y detallada las diversas acciones a través de las cuales los funcionarios tucumanos destruyeron la concesión de CAA y las inversiones que las Demandantes habían hecho en ella.

(ii) La invocación de res judicata de la Demandada se basa en una interpretación errónea del expediente

142.Las Demandantes afirman que el argumento de la Demandada de que el párrafo 91 del Primer Laudo sigue en vigor, es incorrecta. Según la Demandada, este párrafo (que comenta ciertas acciones de los funcionarios tucumanos) descalifica la conclusión del Segundo Tribunal de que

los poderes ejecutivo y legislativo del gobierno de Tucumán tomaron acciones para socavar la inversión de las Demandantes. Las Demandantes consideran que los argumentos de la Demandada en este sentido no tienen fundamentos.

143. Según las Demandantes, la Demandada hace una interpretación errónea del expediente, dado que el párrafo 91 –así como todas las otras conclusiones del Primer Tribunal respecto de las acciones de los funcionarios tucumanos- quedó anulado por el Primer Comité *ad hoc*.

144. Las Demandantes sostienen que todas las conclusiones del Primer Tribunal respecto de las acciones de las autoridades tucumanas, incluidas aquellas sobre el efecto colectivo de la “campana concertada” de los poderes ejecutivo y legislativo, quedaron anuladas. En efecto, está claro que el párrafo 91 del Primer Laudo, que el Primer Comité *ad hoc* identificó como relacionado con las “reclamaciones referentes a Tucumán”⁵¹, se encontraba entre las porciones anuladas del Primer Laudo. Es sencillamente imposible conciliar el texto de la decisión del Primer Comité *ad hoc*, que anula “la totalidad de las reclamaciones por los actos de Tucumán”⁵² con la teoría de la Demandada de que el párrafo 91, o de hecho cualquier conclusión del Primer Tribunal respecto de los actos de los funcionarios tucumanos, sobrevivió a la anulación. La teoría de anulación de la Demandada llevaría a un resultado contradictorio y absurdo.

(iii) *Acciones de los legisladores individuales*

145. Las Demandantes también se refirieron a las excepciones planteadas por la Demandada respecto de las conclusiones del Segundo Tribunal sobre la atribución de la conducta de los legisladores provinciales a Argentina. Según la Demandada, en el párrafo 91, el Primer Tribunal concluyó que los actos de los legisladores no podían dar lugar a la responsabilidad de Argentina conforme al TBI y que, por ello, la cuestión era *res judicata*. La Demandada adujo que el Segundo Tribunal decidió esta cuestión incorrectamente, por lo que se extralimitó manifiestamente en sus facultades.

146. Según las Demandantes, nada de lo que expresó el Primer Tribunal en el párrafo 91 es *res judicata*, dado que el Primer Comité *ad hoc* anuló ese párrafo en forma expresa. Asimismo, el Segundo Tribunal se negó en forma expresa a determinar si los actos de los legisladores individuales se

⁵¹ *Vivendi v. Argentina*, (Primer Procedimiento de Anulación), Decisión sobre Anulación, de 3 de julio de 2002, párr. 107.

⁵² *Id.*, párr. 115.

podían atribuir a la Demandada, ya que era innecesario decidir esta cuestión dado que los actos de otros funcionarios eran suficientes para determinar la responsabilidad de la Demandada.

147. Por último, la Demandada no planteó el argumento de *res judicata* con respecto a las reclamaciones de Tucumán ante el Segundo Tribunal, por lo que éste no tuvo la oportunidad de referirse a este asunto.

(iv) Las excepciones planteadas por la Demandada respecto de las conclusiones del Segundo Tribunal sobre las acciones de las autoridades tucumanas no tienen fundamentos y no corresponden a la etapa de anulación

148. Las Demandantes manifiestan que la Demandada intentó reargumentar, respecto al fondo, la procedencia de las acciones de los funcionarios tucumanos. La Demandada argumentó que el Segundo Tribunal resolvió que las distintas autoridades provinciales habían participado de una conspiración contra CAA, y que tal conclusión no estaba respaldada por evidencia. Las Demandantes afirman que esos cuestionamientos exceden el alcance de un proceso de anulación y se basan en una caracterización incorrecta del caso de las Demandantes y de las conclusiones del Segundo Tribunal.

149. Las Demandantes argumentan que el Segundo Tribunal no concluyó que existía una conspiración. Si bien el Segundo Tribunal entendió que determinadas conductas implicaban cierto grado de coordinación entre personas o entidades independientes, no sugirió que cada ejemplo de acción estatal se hubiera realizado como parte de un plan maestro global.

150. Las Demandantes sugieren que al plantear este argumento, la Demandada simplemente busca una reconsideración integral de las pruebas y los méritos de la diferencia, incluida una revisión *de novo* de las conclusiones de hecho del Segundo Tribunal.

b) Las excepciones planteadas por la Demandada a las otras conclusiones de hecho del Segundo Tribunal son inapropiadas, irrelevantes y carecen de fundamentos

151. Según las Demandantes, la Demandada planteó una serie de excepciones a varias conclusiones de hecho específicas del Segundo Tribunal. Cada uno de estos argumentos fácticos, que se describen en breve a continuación, exceden el alcance de un procedimiento de anulación y, por ello, el Comité *ad hoc* no necesita y no debe abordarlos respecto del fondo.

(i) *Informe del Subcomité ERSACT/CAA*

152. Las Demandantes aducen que la Demandada efectuó una serie de interpretaciones erróneas, particularmente objetables con respecto al hecho de que el Segundo Tribunal se basó en el Anexo 870, que contiene el Informe Final del Subcomité Conjunto de ERSACT/CAA sobre la Calidad del Agua, presentado en mayo de 1996. La Demandada afirma que el Segundo Tribunal basó sus conclusiones sobre los incidentes de la turbiedad en el agua "casi exclusivamente" en el Informe Final del Subcomité.

153. Por el contrario, las Demandantes argumentan que el Segundo Tribunal no se basó "casi exclusivamente" en este Informe para arribar a sus conclusiones. En cambio, en la porción de su decisión que se refiere a los incidentes de turbiedad, el Segundo Tribunal citó el testimonio escrito y oral de al menos cinco testigos diferentes, así como pruebas documentales adicionales. Por ende, aun si el Informe Final fuera excluido en un procedimiento de anulación, las conclusiones de hecho del Segundo Tribunal sobre las cuestiones de calidad del agua tienen amplios fundamentos en otras pruebas, y no hay indicios de ninguna falta de expresión de motivos ni de ningún quebrantamiento grave de una norma esencial de procedimiento.

(ii) *La postura de la campaña del Gobernador Bussi*

154. La Demandada también objetó las conclusiones de hecho del Segundo Tribunal sobre la postura de Fuerza Republicana, el partido político del Gobernador Bussi y del Vicegobernador Topa, durante su campaña electoral de 1995. Las Demandantes argumentan que la Demandada no había explicado por qué sería adecuado que un comité de anulación revisara tal conclusión de hecho. Una anulación no presenta la oportunidad de una revisión *de novo* del contenido fáctico en autos, la importancia otorgada por un tribunal a ciertas pruebas o las conclusiones de un tribunal respecto del expediente.

(iii) *Los 70 cambios*

155. Las Demandantes también se refirieron a las reclamaciones de la Demandada contra las conclusiones fácticas del Segundo Tribunal sobre los 70 cambios unilaterales que los funcionarios tucumanos introdujeron al contrato de concesión revisado de CAA y que los representantes del Gobierno de Tucumán negociaron y acordaron en abril de 1997.

156.No obstante, las Demandantes reiteraron que esas reclamaciones no sirven de fundamento para una solicitud de anulación, por lo que este Comité *ad hoc* no necesita ni debe abordarlas.

157.Las Demandantes consideran que esta fase de anulación no es el momento o lugar oportuno para reevaluar si alguna de las partes “demostró” algún hecho suficientemente; sino que el Segundo Tribunal tenía la responsabilidad de evaluar la suficiencia de la prueba producida, y su criterio no está sujeto a cuestionamiento en un procedimiento de anulación.

(iv) *Anexo 1069*

158.Las Demandantes se refirieron al argumento de la Demandada de que en el párrafo 8.3.7 del Laudo, el Segundo Tribunal citó información de un documento (el Anexo 1069, un estado contable de CAA correspondiente al ejercicio finalizado el 31 de diciembre de 1997) que según la Demandada se había excluido de autos por haberse presentado fuera de término.

159.Las Demandantes argumentaron que el Anexo 1069 no se excluyó de autos y que era el mismo documento que se presentó al Primer Tribunal como Anexo 287 durante el procedimiento inicial en 1998. Por acuerdo de las partes y con la aprobación del Segundo Tribunal, esos anexos presentados anteriormente permanecían automáticamente en autos en el caso de nueva presentación del caso. Las Demandantes solo renumeraron el “Antiguo Anexo 287” como “Anexo 1069” a efectos del segundo procedimiento de arbitraje. En su orden procesal del 15 de septiembre de 2006, el Segundo Tribunal sólo excluyó de autos aquellos documentos que se habían presentado por primera vez con la carta de las Demandantes del 23 de agosto de 2006.

160.En cualquier caso, las Demandantes afirman que la referencia a aquel documento era contrario a su postura, dado que el Segundo Tribunal citó el documento como una base para desestimar los argumentos de las Demandantes sobre el cálculo de daños, respaldando la postura de la Demandada al respecto.

(v) *Tasa de recuperación proyectada*

161.La Demandada adujo que no hay prueba documental que respalde la conclusión de hecho del Segundo Tribunal de que el Ministro de Economía de Tucumán le solicitó al Consorcio que

“considerara revisiones [...] que dieran lugar a un menor coeficiente de ajuste de tarifas, así como proyecciones de la tasa de recuperación que arrojaran valores más altos”⁵³.

162.Las Demandantes respondieron que, nuevamente, la Demandada reclama respecto de conclusiones de hecho del Segundo Tribunal y respecto a la suficiencia de las pruebas que respaldan esas conclusiones, lo que no corresponde en un procedimiento de anulación. En todo caso, las Demandantes alegan que la reclamación de la Demandada carece de fundamentos sustanciales y que la conclusión del Segundo Tribunal está bien respaldada.

(vi) *Factura modelo de CAA*

163.Según las Demandantes, la Demandada intentó reargumentar los hechos del caso y ese esfuerzo inapropiado carece de méritos. En primer lugar, si bien la factura modelo en sí misma no obra en el expediente, el Segundo Tribunal estaba en su pleno derecho de resolver, como hizo –sobre la base de pruebas pertinentes y sustanciales– que la factura modelo existía. Las Demandantes argumentaron que, tal y como lo señaló el Segundo Tribunal, el ente regulador de Tucumán publicó un aviso en el diario sobre los cargos enumerados en el modelo y en las facturas, manifestando que esos cargos concordaban con el Contrato de Concesión. De ello se desprende que el ente regulador estaba al tanto del contenido del modelo y de las facturas (reales) de CAA y aprobaba ese contenido, y las críticas subsecuentes de las autoridades tucumanas a las facturas era, como mínimo, cuestionable.

164.Las Demandantes consideran que esta cuestión no provee fundamento para objetar la conclusión de hecho del Segundo Tribunal y, mucho menos, como base para una anulación.

c) El Segundo Tribunal consideró adecuadamente las reclamaciones de las partes

165.Las Demandantes observan que si bien el tribunal debe responder a cada “pretensión” presentada por las partes, este requisito se refiere a las defensas o a las reclamaciones dispositivas de carácter sustantivo planteadas por las partes durante el procedimiento. Según las Demandantes, la Demandada cometió un error al reclamar que el Laudo debía anularse porque no se aprobaron ciertas afirmaciones fácticas de uno de los testigos de la Demandada y porque supuestamente el Segundo Tribunal no abordó ciertos puntos planteados por la Demandada o

⁵³ Memorial de Argentina, párr. 261 (discutiendo el Laudo de *Vivendi v. Argentina 2*, párr. 4.3.6).

ciertas pruebas producidas por ella. Las Demandantes confirman que ninguna de estas alegadas omisiones es una causa de anulación.

166. Por último, las Demandantes argumentan que la Demandada no ha identificado ninguna omisión genuina de una defensa o reclamación dispositiva en el Laudo. Por ello, las Demandantes solicitan que se rechace la solicitud de la Demandada para la revisión *de novo* y la revocación de los siguientes hechos.

(i) *Las conclusiones del Segundo Tribunal respecto del Informe de Rais fueron adecuadas*

167. Con respecto al argumento de la Demandada de que el Segundo Tribunal no tomó determinados fragmentos del Informe de Rais que favorecían la postura de la Demandada, las Demandantes observan que el Dr. Rais no se puede describir como un “tercero imparcial”. Asimismo, las Demandantes señalan que, contrario a la afirmación de la Demandada, el Informe de Rais no desestimó la existencia de una conspiración de las autoridades tucumanas para frustrar el Contrato de Concesión. En cambio, como observó el Segundo Tribunal, el Informe de Rais afirmó lo opuesto. En tercer lugar, nuevamente contrario al argumento de la Demandada, el Segundo Tribunal sí invocó otro fragmento del Informe de Rais que favorecía a la Demandada. De todas maneras, según las Demandantes, aun si fuera cierto, este argumento no sirve de base para la anulación. El Segundo Tribunal, a quien le correspondía determinar los hechos, tenía total discreción para evaluar las pruebas, determinar la credibilidad de las distintas declaraciones y tomar otras decisiones sobre las cuestiones de hecho controvertidas.

(ii) *El resumen de las cuestiones controvertidas preparado por el Segundo Tribunal fue adecuado*

168. Las Demandantes sostienen que el resumen de los hechos preparado por el Segundo Tribunal, en el que identificó cuatro grupos de cuestiones fácticas controvertidas entre las partes⁵⁴ fue adecuado y no omitió cuestiones “esenciales”. Las Demandantes argumentan que la Demandada ignoró varias porciones del Laudo que se refieren directamente a las cuestiones que alega fueron omitidas por el Segundo Tribunal. Según las Demandantes, el Segundo Tribunal no tenía la obligación de considerar los argumentos en cuestión y, en todo caso, *sí* los consideró. Por ende, las críticas de la Demandada no proporcionan fundamento para una anulación.

⁵⁴ Estos cuatro grupos son: 1) las causas y la previsibilidad de los episodios de turbiedad; (2) la renegociación del Contrato de Concesión; (3) la razón de las distintas acciones regulatorias del ERSACT contra CAA; y (4) los 70 cambios al contrato revisado propuestos en 1997.

d) El Segundo Tribunal consideró adecuadamente la prueba testimonial

169. Las Demandantes argumentan que es absolutamente apropiado que los tribunales de arbitraje internacionales consideren e invoquen el testimonio oral de los testigos de las partes. Las Demandantes se refirieron a las Reglas de Arbitraje CIADI que no restringen el testimonio de los testigos de las partes ni les imputan un menor valor probatorio. La Regla 34 de las Reglas de Arbitraje le otorga total discreción al tribunal para determinar el valor probatorio de todo testimonio.

170. Según las Demandantes, la Demandada no ha demostrado que las referencias del Segundo Tribunal a la prueba testimonial hayan afectado significativamente el resultado de la diferencia y, en cualquier caso, el Segundo Tribunal se refirió en forma extensa a las pruebas que se le presentaron para llegar a sus conclusiones de hecho y de derecho. Las Demandantes manifiestan que la gran mayoría de los testimonios de testigos citados en el Laudo tienen respaldo en las declaraciones contenidas en la prueba documental que obra en el expediente. Las Demandantes sostienen que la Demandada no puede aducir que el resultado del Laudo haya dependido de las referencias al testimonio de los testigos sin ningún respaldo en la prueba documental. En todo caso, según las Demandantes, estas referencias no serían inadecuadas en absoluto y ciertamente no podrían constituir una causa de anulación.

e) Las conclusiones del Segundo Tribunal sobre los daños son adecuadas

171. Las Demandantes alegan que ninguna de las excepciones planteadas por la Demandada sobre los daños tomaron en cuenta la gran discreción de la que gozan los tribunales para evaluar los hechos y determinar la indemnización. Según las Demandantes, cada uno de los argumentos busca la revisión de las conclusiones de hecho del Segundo Tribunal que subyacen al otorgamiento de la indemnización, y son por ende, inadmisibles como causas de anulación.

(i) El análisis de la indemnización del Segundo Tribunal

172. Las Demandantes señalan que el punto de partida para el análisis del Segundo Tribunal fue el Artículo 5(2) del TBI, que requiere que en caso de expropiación se otorgue una indemnización equivalente al “valor real” de la inversión. El Segundo Tribunal también basó su análisis de la indemnización en el principio de que ésta debe reestablecer la situación que habría existido si no

se hubiera cometido el acto ilícito⁵⁵. El Segundo Tribunal agregó que, en virtud de estos principios, su función era principalmente determinar el “valor de mercado” de la inversión de las Demandantes. Según las Demandantes, la Demandada no se opuso a este enfoque.

173.Las Demandantes habían argumentado que el valor de mercado debía basarse en las ganancias que CAA habría obtenido si el gobierno de Tucumán no hubiera socavado la concesión. Las Demandantes pretendían una indemnización equivalente al flujo de fondos netos descontados (FFD) que la concesión habría generado si no fuera por las supuestas acciones de los funcionarios tucumanos. A pedido de la Demandada, el Segundo Tribunal se negó a seguir este enfoque, al resolver que el registro de las operaciones de las concesionarias no demostraba con la suficiente seguridad que hubieran sido lucrativas.

174.Entonces, las Demandantes propusieron que la indemnización se basara en los montos que Vivendi/CGE habían invertido en CAA. Como fundamento de esta alternativa, las Demandantes citaron el testimonio escrito y oral del Sr. Régis Hahn, Director Financiero y Administrativo de CAA a partir de 1997 (y luego, Vicepresidente) y ciertos estados contables de CAA. Esta información tenía el respaldo del testimonio del Sr. François de Rochambeau, el Vicepresidente y anterior Director General de CAA, y del informe escrito del experto de Sr. Dominique Perrier de PricewaterhouseCoopers.

175.Las Demandantes sostuvieron que el expediente demuestra que Vivendi siguió invirtiendo fondos en CAA después de agosto de 1998. El Sr. Rochambeau y el Sr. Charles-Louis de Maud’huy (Presidente de CAA) afirmaron que Vivendi/CGE debieron otorgar préstamos de USD 2,5 millones por mes a CAA para cubrir el déficit del flujo de fondos durante el período de hostage que culminó en octubre de 1998. Los gastos de CAA continuaron después de la presentación del Memorial de las Demandantes a fines de 2005. Para ese momento, como afirmó el Sr. Hahn en su testimonio, Vivendi/CGE habían otorgado un total de USD 75 millones para la financiación de la deuda de CAA. Por ende, a fines de 2005, el monto total de capital y deuda invertidos en CAA ascendía a USD 105 millones: USD 30 millones en aportes de capital y USD 75 millones en préstamos de Vivendi/CGE.

176.El Segundo Tribunal adoptó esta alternativa para el cálculo de la indemnización. Tras citar el testimonio del Sr. Hahn y de la Sra. Perrier, el Segundo Tribunal combinó la deuda y el capital

⁵⁵ Ver *Vivendi c. Argentina*, (Segundo Procedimiento de Arbitraje), Laudo del 20 de agosto de 2007, párrs. 8.2.4 a 8.2.7 (que cita el *Caso de la Fábrica de Chorzon*, Sentencia No. 13, 13 de septiembre de 1928, Méritos, 1928 P.C.I.J. Serie A. No. 17, pág.47).

acumulados a fines de 2005 y llegó al total de USD 105 millones, que otorgó a las Demandantes como el monto invertido. Además, dividió estos montos en dos categorías temporales: las inversiones realizadas a la fecha de expropiación y las realizadas posteriormente. Sobre la base del testimonio del Sr. Hahn y de la Sra. Perrier, el Segundo Tribunal resolvió que USD 51 millones (USD 30 millones en capital y USD 21 millones en deuda) pertenecían a la primera categoría, mientras que los USD 54 millones restantes (correspondientes a USD 75 millones en deuda total hacia fines de 2005, menos los USD 21 millones que ya se habían contabilizado) pertenecían a la segunda categoría.

177.El Segundo Tribunal otorgó a las Demandantes intereses compuestos sobre estos montos a una tasa del 6%. Las fechas de inicio para el cálculo de los intereses se basaron en las dos categorías temporales señaladas anteriormente, es decir, los daños incurridos al momento de la expropiación y los daños incurridos posteriormente. Por ello, los intereses sobre la primera categoría de daños –los USD 51 millones señalados– comenzaron a correr el 28 de agosto de 1997, el día que CAA notificó a la Provincia de su rescisión del Contrato de Concesión, para el cual el Segundo Tribunal determinó que ya se había realizado la expropiación. Se determinó que los intereses sobre la segunda categoría –los USD 54 millones restantes– comenzaron a correr el 5 de septiembre de 2002, la fecha en que Tucumán sancionó la Ley 7234 (que le prohibía a CAA aplicar las sentencias pronunciadas en los casos locales sobre el cobro de la deuda), que fue un acto específico de la Provincia que apoyó la conclusión del Segundo Tribunal de que se hubiera dado una violación adicional al tratado.

(ii) *Las conclusiones del Segundo Tribunal sobre la evidencia respecto a la indemnización son adecuadas*

178.La Demandada no objetó en forma directa la metodología básica del Segundo Tribunal para el cálculo de la indemnización. En cambio la Demandada, argumentó que el Segundo Tribunal basó sus conclusiones respecto de la indemnización en pruebas que, según la Demandada, eran ilegítimas, inadecuadas o inconsistentes con otras porciones del expediente. Según la Demandada, estas conclusiones respecto a la evidencia supuestamente defectuosas equivalían a una extralimitación manifiesta de facultades, un quebrantamiento grave de una norma esencial de procedimiento y a una falta de expresión de motivos, por lo que justificaban la anulación conforme al Artículo 52(b), (d) y (e) del Convenio CIADI. La teoría de la Demandada es errónea en todo sentido, en especial, porque intenta revisar la importancia otorgada por el Segundo Tribunal a ciertas pruebas fácticas –lo que le corresponde exclusivamente al Segundo Tribunal conforme a la Regla 34 de las Reglas de Arbitraje del CIADI y lo cual no es objeto de anulación.

(iii) *Discreción del Tribunal respecto de la indemnización*

179. Las Demandantes aducen que las excepciones planteadas por la Demandada al cálculo de la indemnización realizado por el Segundo Tribunal asumen inadecuadamente que el Comité *ad hoc* tiene la facultad de revisar en forma plenaria las conclusiones de hecho del Segundo Tribunal.

180. Según las Demandantes, la Demandada ignoró la discreción otorgada a los tribunales de arbitraje, no solo para llegar a conclusiones de hecho, sino también para calcular indemnizaciones. Asimismo, como se comentó anteriormente, la Regla 34 de las Reglas de Arbitraje del CIADI establece que el tribunal es el juez de la admisibilidad y del valor probatorio de todas las pruebas –lo que incluye necesariamente las pruebas respecto de la indemnización.

181. Las Demandantes argumentan que las reclamaciones de la Demandada no prueban que el Segundo Tribunal haya cometido ningún error que pudiera servir de base para la anulación.

(iv) *Testimonio del Sr. Régis Hahn*

182. La Demandada planteó una serie de argumentos sobre el testimonio del Sr. Hahn, incluido el argumento de que ese testimonio carecía de validez debido al acuerdo procesal de las partes aprobado por el Segundo Tribunal. Según las Demandantes, la Demandada parece entender ese acuerdo en el sentido de que las partes no podían presentar testimonios orales, o que el Segundo Tribunal no podía tratar ese testimonio como prueba de los hechos de este caso.

183. Las Demandantes observaron que el acuerdo de las partes citado por la Demandada tenía el propósito de restringir la presentación de nuevos testigos, nuevo testimonio de testigos por escrito o nuevas pruebas documentales en la audiencia o después de ella. Sin embargo, no tenía el propósito de prohibir que los testigos de las partes que ya habían presentado su testimonio por escrito proporcionen un testimonio oral en la audiencia, ni de impedir que el Segundo Tribunal considerara e invocara tal testimonio.

184. Las Demandantes argumentaron que el testimonio del Sr. Hahn tenía el respaldo de la información consistente contenida en el testimonio escrito y en los documentos presentados antes de la audiencia en relación con las inversiones realizadas en CAA a octubre de 1998. Por ende, el testimonio del Sr. Hahn simplemente elaboró respecto de esas pruebas, para confirmar

que las actividades de CAA estaban financiadas por Vivendi y para actualizar la información sobre el monto total del financiamiento de la deuda otorgado por Vivendi a CAA a fines de 2005.

185. Además, las Demandantes señalan que la Demandada no ha intentado explicar cómo la disposición citada en la Orden podría constituir una “norma esencial de procedimiento” a efectos del Artículo 52(d) del Convenio CIADI. Las Demandantes sostuvieron que una prohibición al testimonio oral posiblemente tendría el potencial de constituir una violación, más que una confirmación, de las normas esenciales de procedimiento.

186. En segundo lugar, la Demandada afirmó que el testimonio del Sr. Hahn carecía de validez porque se basaba en pruebas que eran parte del expediente. Las Demandantes supusieron que el argumento de la Demandada es que el Sr. Hahn basó su testimonio en los registros contables y financieros de Vivendi que el Segundo Tribunal declaró inadmisibles por presentarse fuera de término. Las Demandantes consideran que este argumento carece de fundamentos e importancia, dado que esos documentos solo ofrecían un respaldo adicional a las declaraciones del Sr. Hahn. El hecho de que los registros financieros no se admitieran como parte de la prueba no afecta en modo alguno el conocimiento del Sr. Hahn en su carácter de Director Financiero y Administrativo de CAA ni la legitimidad de su testimonio.

187. Asimismo, las Demandantes observan que la Demandada decidió no contrainterrogar al Sr. Hahn respecto de sus comentarios sobre los USD 75 millones en préstamos que Vivendi/CGE otorgó a CAA. La Demandada tampoco actuó en ningún momento, sea en la audiencia o en su escrito posterior a la audiencia, para demostrar que el testimonio del Sr. Hahn fuera impreciso en algún aspecto. La Demandada solo objetó a la admisibilidad de ciertos documentos ofrecidos por las Demandantes después de la audiencia, sobre la base del momento de su presentación.

188. Según las Demandantes, el argumento de la Demandada vuelve a constituir un intento de reabrir las cuestiones de hecho que el Segundo Tribunal resolvió en forma concluyente. Ningún aspecto de este argumento sirve de base para una anulación.

189. La Demandada también criticó el hecho de que el Segundo Tribunal invocara el testimonio de la Sra. Perrier al afirmar que la Sra. Perrier estaba desinformada respecto de los asuntos contables y que su testimonio sobre los montos invertidos por Vivendi/CGE carecía de valor probatorio. Las Demandantes observaron que el informe de experto de la Sra. Perrier adjuntaba como

apéndice un fragmento de los estados contables de CAA, lo que demuestra que de hecho ella sí tenía acceso a los aspectos relevantes de la información financiera de CAA. Aún más, la misma Sra. Perrier manifestó que otra información incluida en su informe se basaba en la declaración testimonial del Sr. Rochambeau, quien incuestionablemente tenía conocimiento directo de la información financiera de CAA.

190. Con respecto a las inconsistencias alegadas por la Demandada entre el informe de experto de la Sra. Perrier y el testimonio del Sr. Rochambeau, las Demandantes adujeron que, otra vez, la carga de la Demandada estaba mal ubicada. De hecho, la referencia del Laudo a la que objeta la Demandada dice que el informe de la Sra. Perrier establece que “la cuenta de accionistas de Vivendi en los libros de CAA, en la que se reflejaba su inversión en CAA, había aumentado a US\$69 millones a fines de agosto de 1998”⁵⁶, según las Demandantes, esta redacción deja en claro que el Segundo Tribunal entendió acertadamente que la cifra de USD 69 millones se refería a la inversión total de Vivendi en CAA (deuda y capital) a fines de 1998. Las Demandantes argumentan que dado que CGE debía seguir financiando a CAA después de 1998, esa cifra era absolutamente coherente con el testimonio del Sr. Hahn de que Vivendi/CGE habían invertido USD 75 millones en deuda (y USD 105 millones en total) en CAA a fines de 2005, como correctamente lo afirmó el Segundo Tribunal.

191. Por ello, el Segundo Tribunal entendió correctamente tanto el testimonio del Sr. Rochambeau como el de la Sra. Perrier y no cometió ningún error, menos aún un error anulable. Nuevamente, las críticas de la Demandada respecto del testimonio mencionado carecen de fundamentos y, en cualquier caso, no implicaría ningún error que pudiera servir de base para la anulación.

(iv) *Capital invertido en CAA*

192. El Segundo Tribunal otorgó USD 30 millones sobre la base del capital total invertido en CAA (por Vivendi/CGE y otros accionistas) y los USD 75 millones adicionales en deuda invertida por Vivendi CGE exclusivamente. La Demandada considera que es inadecuado que el Segundo Tribunal haya incluido en el monto anterior la porción del capital que no invirtió Vivendi/CGE en sí mismo.

193. Las Demandantes argumentan que la objeción de la Demandada es impertinente, dado que Vivendi no es la única demandante del caso; CAA también recibió los USD 30 millones

⁵⁶ *Vivendi c. Argentina*, (Segundo Procedimiento de Arbitraje), Laudo del 20 de agosto de 2007, nota al pie 424.

completos como aporte de capital y lo invirtió en la concesión. Luego, CAA incurrió en pérdidas que superaron ampliamente ese capital, por lo que CAA acudió a Vivendi/CGE para solicitarles préstamos. La Demandada ha caracterizado incorrectamente el Laudo o, por lo menos, no ha comprendido el análisis del Segundo Tribunal. En cualquier caso, esta objeción sin fundamentos no sirve de base para la anulación.

(vi) *El enfoque del Segundo Tribunal para el cálculo de los intereses tenía justificación*

194. Por último, la Demandada criticó el cálculo de intereses del Segundo Tribunal, en especial su elección de las fechas de inicio para la acumulación de intereses. Con respecto a la primera fecha de inicio, la Demandada argumentó que las Demandantes sólo habían solicitado que los intereses corrieran desde el 27 de noviembre de 1997, pero el Segundo Tribunal adoptó la fecha anterior del 28 de agosto de 1997, otorgando a las Demandantes más intereses de los que habían solicitado.

195. Las Demandantes argumentan que habían sugerido la fecha del 27 de noviembre de 1997 como parte de una solicitud de una indemnización mayor que incluía el lucro cesante. La fecha de noviembre se utilizó en la solicitud de intereses solo porque era la fecha hasta la que las Demandantes habían descontado los flujos de fondos en sus cálculos de lucro cesante. De la misma manera, las Demandantes podrían haber descontado los flujos de fondos hasta el 28 de agosto de 1997 y podrían haber solicitado los intereses a partir de tal fecha. De todas formas, el Segundo Tribunal rechazó la solicitud y otorgó una indemnización a un nivel inferior y con una tasa de interés inferior y, por ende, un monto total de intereses menor al solicitado por las Demandantes. Al fijar la primera fecha de acumulación de intereses, el Segundo Tribunal utilizó la fecha en que, en su opinión, se había expropiado la inversión de las Demandantes –un punto que la Demandada no cuestiona y una decisión que está claramente dentro de la discreción del Segundo Tribunal.

196. Respecto de la segunda fecha de inicio, como se explicó anteriormente, la fecha en cuestión –5 de septiembre de 2002– es la fecha en la que la Demandada sancionó la Ley 7234, la primera de una serie de leyes que obstruyeron los intentos de CAA para ejecutar las sentencias sobre las facturas impagas. El Segundo Tribunal había resuelto que la sanción de dichas leyes constituía una violación adicional al TBI. Por ello, según las Demandantes, era bastante adecuado establecer que los intereses sobre los daños incurridos después de la expropiación comenzaran a correr a partir de esa fecha.

197. Nuevamente, las Demandantes consideran que el argumento de la Demandada constituye un intento de reargumentar los hechos e ignora la gran discreción de la que gozan los tribunales para evaluar las pruebas y calcular indemnizaciones. Las excepciones planteadas por la Demandada no articulan ninguna causa legítima de anulación.

5. La conclusión de las Demandantes

198. Las Demandantes solicitan que el Comité *ad hoc* desestimara la solicitud de anulación de la Demandada en su totalidad y que adjudicara las costas, incluidos los honorarios de los abogados, a favor de las Demandantes.

199. Las Demandantes argumentan que la Demandada está intentando convertir este procedimiento de anulación en una tercera fase sobre el fondo de la cuestión y de inducir tanto a las Demandantes como al Comité *ad hoc* a concentrar sus esfuerzos en una reconsideración de cada uno de los argumentos de hecho y de derecho presentados ante el Segundo Tribunal. Las Demandantes consideran que la reargumentación de los hechos del caso no proporcionan una base para la anulación del Laudo, ya que los estándares aplicables para la anulación se encuentran en el Artículo 52 del Convenio CIADI. Ninguno de los argumentos de la Demandada está cerca de satisfacer ese estándar.

III. Las opiniones del Comité *ad hoc*

A. Parte Uno: La constitución correcta o incorrecta del Tribunal de Arbitraje

200. La República Argentina señala que el papel del Comité *ad hoc* “es proteger la integridad del sistema”⁵⁷. El Comité *ad hoc* coincide con esta posición. Por ende, esta premisa fundamental no está en discusión, y todas las causales de anulación invocadas en este caso deben abordarse a la luz de esta consideración de política fundamental.

201. Las controversias entre las partes en las fases escrita y oral de este procedimiento surgen principalmente de la designación de la Profesora Kaufmann-Kohler como miembro del Directorio de UBS el 19 de abril de 2006, sea como base para afirmar que el Segundo Tribunal “no se constituyó correctamente” conforme al Artículo 52(1)(a) del Convenio CIADI o sobre la

⁵⁷ Memorial de Argentina, párr. 34, pág. 9.

base de la aseveración de “un quebrantamiento grave de una norma esencial de procedimiento” bajo el Artículo 52(1)(d). Una causal de anulación adicional bajo el Artículo 52(1)(c) fue retirada.

202. No ha sido controvertido el hecho de los hechos y circunstancias que afectaban la capacidad de la Profesora Kaufmann-Kohler para servir como árbitro fueron recién descubiertos cuando el Segundo Laudo ya había sido dictado.⁵⁸ La Profesora Kaufmann-Kohler no comunicó este hecho a ninguna de las partes involucradas en los arbitrajes en el que ella actuaba como árbitro cuando fue nombrado miembro del directorio de UBS. Dicho nombramiento no se podía considerar de conocimiento público.

203. La Demandada considera que ésta es una falla importante y una causal de anulación y fundamenta dicha posición con el testimonio experto del Profesor Loukas Mistelis, quién fue conainterrogado, así como con una opinión anterior del Profesor Charles W. Wolfram en el caso *EDF c. Argentina*⁵⁹, que también forma parte del expediente. Las Demandantes han objetado esta opinión, pero no han presentado una declaración de un testigo experto de su parte.

204. Una cuestión básica es la compatibilidad de la posición de director en un banco internacional principal con la función de árbitro internacional. Esto concierne a los conflictos de intereses que resultan o pueden resultar cuando se combinan estos cargos y a la forma en que, en esas situaciones, el árbitro debe abordar y manejar estos conflictos presentes o potenciales, en especial en términos de (a) la investigación de cualquier conexión entre el banco y las partes de los arbitrajes pendientes; (b) la revelación de tales conexiones a las partes en dichos arbitrajes, si el árbitro desea continuar; y (c) la notificación de la designación a las partes, al margen de cualquier conexión que pudieran existir, de manera que éstas puedan estar debidamente informadas.

205. Otra cuestión adicional es definir las consecuencias, en términos de la anulación, de una supuesta falta básica de investigación, revelación o información.

206. El Comité *ad hoc* es consciente de su seria responsabilidad en asuntos de esta naturaleza, los cuales no solo conciernen la continuidad de la validez del Segundo Laudo sino también, como ya se mencionó y más particularmente, la integridad del proceso ante el CIADI en su conjunto, que es lo que subyace en forma clara y no controvertida en el Artículo 52 del Convenio CIADI.

⁵⁸ Memorial de Argentina, párr. 68, pág. 18.

⁵⁹ *EDF c. Argentina 2*.

207. En los casos de anulación, los miembros de los comités *ad hoc* del CIADI se eligen exclusivamente del Panel de Árbitros y se desempeñan en su cargo a invitación del CIADI para resolver estos asuntos. Por ende, su posición es diferente a la de los árbitros.
208. En este sentido, el Comité *ad hoc* destaca la afirmación incluida en el Informe del Profesor Mistelis de que ha habido una demostrable tendencia de los árbitros internacionales a elevar el parámetro para la recusación de sus colegas árbitros. Esto no se objetó en la conainterrogación, y las partes no comentaron al respecto luego de que se las invitara a hacerlo.
209. Es más factible que tal actitud se manifieste entre los árbitros que son llamados a resolver una recusación respecto a un árbitro con quien sesionan. Este es el procedimiento establecido en el Artículo 58 del Convenio CIADI.
210. Los comités *ad hoc* no están en una situación similar.
211. En este caso, la diferencia de roles puede incidir en la discusión respecto al efecto de las decisiones anteriores en los casos *EDF c. Argentina*⁶⁰ y *Suez c. Argentina*⁶¹, en particular respecto al efecto de *res judicata* de cualquiera de las conclusiones a las que se arribó en ellos relacionada con el presente asunto.
212. Independientemente de esta diferencia y del cuestionamiento respecto a si para un comité *ad hoc* la conclusión a la que se arribó en un caso previo es o no vinculante, el importante y equitativo principio de los actos propios debe ser considerado con mayor detalle.
213. En este sentido, cabe destacar que los casos de *EDF c. Argentina* y *Suez c. Argentina* siguen sujetos a procedimientos de anulación CIADI y que, por ende, no son definitivos.
214. Además, se refieren a la cuestión de la independencia en las relaciones, respectivamente entre UBS y EDF, o entre UBS y Suez (aunque Vivendi también fue parte en este último caso, pero CAA, no). Cada relación fue diferente y, como la relación entre UBS y Vivendi, debe considerarse en forma individual. Es notable que una mayor o menor participación de UBS en una u otra compañía puede adquirir relevancia en este aspecto.

⁶⁰ *EDF c. Argentina 2*, Decisión sobre la Recusación de la Profesora Gabrielle Kaufman-Kohler, 25 de junio de 2008.

⁶¹ *Suez c. Argentina I*, Decisión sobre la Segunda Propuesta de Recusación de un Miembro del Tribunal de Arbitraje, 22 de octubre de 2007.

215. Por último, dado que el Convenio del CIADI no hace referencia a este asunto, también puede ser relevante que las partes al someter la diferencia al arbitraje del CIADI, difícilmente podrían haber tenido la intención de aceptar cualquier efecto de *res judicata* en una situación como la presente.
216. Por los motivos expuestos, se rechaza el argumento de *res judicata*.
217. Respecto de la básica cuestión de la compatibilidad entre un puesto de dirección en un banco internacional de importancia y la función de árbitro internacional, el Profesor Wolfram, respaldado férreamente por el Profesor Mistelis durante la audiencia, plantea la obvia cuestión de que un director en el ejercicio de sus funciones, tiene la responsabilidad fiduciaria frente a los accionistas del banco de favorecer sus intereses y, por ende, de postergar conflictos de interés.
218. Básicamente, esa responsabilidad se contradice con la tarea de un árbitro independiente en un arbitraje que involucra a una parte en la cual el banco tiene acciones u otro tipo de participación, sin importar lo pequeña que pueda ser⁶². Dado que un banco internacional de importancia tiene conexiones con, o bien tiene un interés en casi todas las grandes empresas internacionales (que también son empresas que tienen más posibilidades de estar involucradas en arbitrajes internacionales), esto sugiere que los cargos de director de un banco de esta índole y de árbitro internacional podrían ser compatibles, o no deberían serlo, en el contexto del arbitraje internacional moderno, o bien no deberían combinarse más.
219. Como mínimo, el Comité *ad hoc* considera que hay razones para ejercer una gran cautela, en especial en los casos del CIADI en los cuales el interés público está frecuentemente en juego.
220. Significa fundamentalmente que cualquiera que aspire a una posición de director en un banco internacional de importancia debería entender el posible alcance de los intereses de dicho banco, y la posibilidad de conflicto debería ser clara, en particular, para todos los árbitros *senior* y de experiencia que acepten dichas posiciones.

⁶² La cuestión que se planteó en el curso de la audiencia oral fue que “la posición de un director incluso no ejecutivo de un gran banco internacional es incoherente e irreconciliable con un cargo como árbitro internacional”. (Transcripción de la Audiencia en castellano, pág. 438, líneas 7 a 11). El Profesor Mistelis respondió “Sí. Desde luego”. (Transcripción de la Audiencia en castellano, pág. 444, líneas 10 a 11) a la pregunta “¿[p]ero desde el punto de vista del conflicto de intereses?” (Transcripción de la Audiencia en castellano, pág. 444, líneas 8 a 9) y luego agregó que “[l]a no revelación incide en la constitución del Tribunal y, por ende, ese arbitraje está sesgado”. (Transcripción de la Audiencia en castellano, pág. 447, líneas 9 a 12).

221. Cualquier árbitro que aún así desee combinar ambas funciones debe por ende realizar un esfuerzo especial para tratar apropiadamente y con mucho cuidado los conflictos que puedan surgir⁶³.
222. El Comité *ad hoc* considera que esto no solo exige que cualquier árbitro que llegue o haya llegado a ser miembro del directorio de un banco internacional de importancia deba primero investigar en forma específica si el banco tiene alguna conexión con alguna de las partes del arbitraje pendiente o si dicho árbitro tiene algún interés en alguna de ellas; sin embargo, si el árbitro decide, en principio, continuar, también debe notificar a las partes de cada arbitraje de tal conexión o interés. Esto impone un continuo deber de investigación.
223. Esta obligación no puede considerarse cumplida solo por proporcionarle al banco, al momento del nombramiento, una lista de arbitrajes pendientes con una solicitud de que se analice si puede haber conflictos de interés, como aparentemente sucedió en este caso. En cambio, la cuestión principal es analizar si el banco tiene algún interés o conexión con alguna de las partes de los arbitrajes y cuál es la índole de dicha conexión.
224. Esto debe establecerse en primer lugar, y cualquier lista de arbitrajes proporcionada por un árbitro al banco solo puede servir a ese propósito principal⁶⁴. Está claro que la Profesora Kaufmann-Kohler no le solicitó al banco que investigara tales conexiones y que le informara de éstas.
225. Si existían cualquier tipo de conflictos para efectos del banco, esto debía haber sido decidido por el banco mismo. Naturalmente el banco también podía decidir subsecuentemente si deseaba continuar con el nombramiento al directorio o no. No obstante, el banco no puede decidir respecto de estos asuntos por otros, en especial, en lugar de las partes de un arbitraje, que, desde la perspectiva de su arbitraje, pueden tener una visión muy distinta de los conflictos que resultan o podrían resultar de la relación de su árbitro con el banco.
226. Más aún, una vez que se ha investigado y establecido en la forma adecuada y apropiada cualquier relación que pueda existir entre el banco y cualquiera de las partes de los arbitrajes, es el árbitro

⁶³ El Convenio CIADI y las Reglas de Arbitraje no son claras al respecto, pero la declaración contemplada en la Regla 6 de las Reglas de Arbitraje, que se refiere a los motivos por los que un árbitro no debería desempeñarse como tal y a su leal saber y entender en este sentido, requiere una investigación apropiada y adecuada. Este es un requisito objetivo, cuyo alcance, en primera instancia, se deja a criterio del árbitro y puede ser puesto a prueba en una recusación o en un procedimiento de anulación.

⁶⁴ Esto debe considerarse separadamente del requisito regulatorio que puede exigir a los potenciales miembros del Directorio de las sociedades públicas que revelen cualquier interés adverso u opuesto.

quien personalmente debe considerar, en primer lugar, esa conexión en términos de una renuncia voluntaria al cargo de árbitro, en forma personal. De lo contrario, tal conexión debe revelarse apropiadamente a las partes, mediante la modificación pertinente de las declaraciones realizadas previamente de conformidad a la Regla 6.

227.Los deberes del árbitro/miembro del directorio no terminan con esas acciones. Dado que el banco podría no poder rastrear con facilidad los múltiples tipos de contactos que pueda tener con cualquiera de las partes de los arbitrajes⁶⁵, también corresponde que al menos se circule un *curriculum vitae* actualizado a todas las partes del arbitraje, de manera que cada parte pueda decidir por sí misma si hay motivos por los que el árbitro/miembro del directorio no debería desempeñarse como tal, aun cuando cualquier objeción subsiguiente pueda ser mal intencionada.

228.El Comité *ad hoc* entiende que ese es el riesgo que asume un árbitro internacional que desea participar como miembro del directorio de un banco de importancia internacional.

229.En otras palabras, no solo el banco podría desear tener la oportunidad de revisar la posición respecto al (inminente) nombramiento en el directorio después de la revelación de los arbitrajes pendientes del (potencial) miembro del mismo, sino también las partes del arbitraje que puedan ser afectadas. En todo caso, es difícil comprender por qué la Profesora Kaufmann-Kohler notificó al banco de sus arbitrajes existentes, pero no notificó a las partes de sus arbitrajes de su (inminente) cargo en el directorio del banco al mismo tiempo.

230.Las complicaciones que surgieron después en términos de agonía, de la credibilidad del CIADI, y de costos, no solamente en este caso, proveen un vívido y lamentable ejemplo de las consecuencias de la aceptación por parte de un árbitro de un cargo en el directorio de un banco internacional de importancia, sin que se investigue apropiadamente y se revelen las conexiones entre el banco y las partes de sus arbitrajes y también desconociendo sus deberes de información.

231.En un inicio, la actitud de la Profesora Kaufmann-Kohler's en estos asuntos podría haber sido considerada como un serio *lapsus* de juicio aislado, sin embargo su remoción por la Corte Permanente de Arbitraje en los casos Yukos⁶⁶ después de su negación de retirarse voluntariamente parece confirmar que ella tiene una visión de su independencia más amplia y de

⁶⁵ Una *due diligence* adecuada también hubiera llevado a la lectura de los Reportes Anuales de las partes del arbitraje, que en el caso de Vivendi revelaban la participación accionaria de UBS.

⁶⁶ *Yukos Universal Limited (Isla de Man) c. La Federación Rusa*, CPA Caso No. AA 227, Laudo Provisional sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 30 de noviembre de 2009, párr. 15 y *Veteran Petroleum Limited (Chipre) c. La Federación Rusa*, CPA Caso No. AA 228, Laudo Provisional sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 30 de noviembre de 2009, párr. 15.

los criterios relevantes en este sentido, los cuales no están o ya no están más de acuerdo con los estándares mínimos que prevalecen actualmente en esta materia.

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

233. No obstante, el Comité *ad hoc* debe establecer si, en este caso en particular, la conducta y las actitudes de la Profesora Kaufmann-Kohler constituyen una causal suficiente, de conformidad con el Artículo 52, para efectivamente anular el Segundo Laudo. Se entiende y está bien establecido que, conforme al Artículo 52(3), un Comité *ad hoc* tiene cierta discreción y puede considerar otros factores.

234. Las Demandantes han puesto mucho énfasis en el hecho de que, según sus propias declaraciones, la Profesora Kaufmann-Kohler desconocía la conexión entre UBS y las Demandantes hasta después de que se emitiera el Laudo. Si bien la Demandada no ha aceptado esta declaración al pie de la letra, no hay motivos suficientes para que el Comité *ad hoc* no le crea.

235. En consecuencia, el Comité *ad hoc* acepta que la relación entre UBS y las Demandantes no tuvo un efecto material en la decisión final del Tribunal, que, de todas formas, fue unánime.

236. La Demandada ha planteado el punto importante de que si este es un elemento decisivo, la falta de investigación adecuada, de revelación y de información se promueven de esta manera, y como consecuencia resulta en un sinsentido de todos los deberes relacionados, y por ende se socava la credibilidad del proceso del CIADI en su totalidad, el cual el Comité ya ha expresado subyace en todo el Artículo 52. La Demandada invoca la revisión del caso *Pinochet* por la Cámara de los Lores⁶⁷ como un respaldo sólido.

237. El Comité *ad hoc*, acepta sin reservas que Argentina y todas las partes, tiene el derecho a que se observen y respeten los más altos estándares en este sentido por todos los árbitros en sus casos del CIADI.

⁶⁷ *Pinochet* [1999] Cámara de los Lores del Reino Unido, disponible en <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990115/pino01.htm>

- 238.En este caso, sin embargo, los hechos siguen siendo que, a pesar de las más graves deficiencias, en estas circunstancias, el ejercicio del criterio independiente de la Profesora Kaufmann-Kohler conforme al Artículo 14 del Convenio CIADI no se vio perjudicado. Por ende, el Tribunal era funcional y operó en forma adecuada respecto de ambas partes.
- 239.Habiendo ampliamente considerado todos los argumentos, el Comité *ad hoc* después de largas deliberaciones ha llegado a la conclusión que no existe fundamento suficiente para anular el Segundo Laudo.
- 240.Al concluir esto, el Comité *ad hoc* se ve obligado a tener en cuenta que sería injusto denegarle a las Demandantes el beneficio del Laudo ahora que no existe ninguna diferencia justificable en el resultado. Si bien las Demandantes nombraron originalmente a la Profesora Kaufmann-Kohler y pueden haber sentido que tenían la responsabilidad de defenderla en el procedimiento de anulación, éstas no tienen ninguna responsabilidad por sus acciones u omisiones.
- 241.Por último, el Comité *ad hoc* también consideró la extraordinaria duración del presente caso. La Demandada ha afirmado acertadamente que este no es un argumento concluyente por sí mismo. En cualquier caso, ambas partes han contribuido a esto, y el prospecto de un tribunal adicional actuando en este caso, tampoco es por sí mismo un argumento válido, sino simplemente la consecuencia del mecanismo de anulación en el Tratado mismo, el cual los comités *ad hoc* no están llamados a cuestionar. Empero, es un principio imperativo que todos los litigios deben finalizar, a no ser que hayan motivos sólidos para que continúen.
- 242.En estas circunstancias, el Comité *ad hoc* sólo puede expresar claramente su opinión respecto de conflictos de interés y sobre cómo deberían haber sido abordados. Más adelante en esta decisión el Comité *ad hoc* expresará sus opiniones respecto de la división de las costas incurridas por las partes en relación con esta objeción.

B. Parte Dos: Las otras causas de anulación

- 243.La República Argentina en su carácter de Demandada, reclama que el Segundo Laudo “ignoró cuestiones fundamentales que hacen a la controversia entre las partes en conformidad con el artículo 52(1)(b), (d) y (e) del Convenio CIADI”, entre otras, “las condiciones sociales existentes en la Provincia de Tucumán al tiempo de la inversión y, consecuentemente, la viabilidad del

contrato; la controversia entre las Partes respecto al derecho al agua como derecho humano esencial; no analizó el cumplimiento de las obligaciones de inversión en relación al principio *non adimplenti contractus*; la naturaleza del contrato de concesión bajo el derecho administrativo argentino (e inclusive el derecho público aplicable en la Provincia de Tucumán); la no evaluación del alcance de la responsabilidad de los funcionarios públicos provinciales a la luz del derecho aplicable”⁶⁸.

244. Asimismo, la República Argentina denunció lo que consideró “*el vector a través del cual se violó el Tratado*” del Segundo Tribunal, es decir, no los actos individuales, sino la supuesta existencia de una ‘conspiración’ montada por las autoridades de la Provincia de Tucumán⁶⁹, o en otros términos, una “*campana para destruir el contrato*”⁷⁰.

245. El Comité *ad hoc* no tiene necesidad de emprender debates teóricos sobre el significado exacto de las causales de anulación invocadas, dado que la Demandada ha reconocido pertinentemente que el término “manifesto” en el contexto del Artículo 52(1)(b) significa que la extralimitación de las facultades debe ser “evidente”⁷¹, y que para que la anulación conforme al Artículo 52(1)(d) sea posible, el quebrantamiento debe ser grave y la norma de procedimiento a la que se refiere debe ser de carácter esencial⁷².

246. Básicamente, el Comité *ad hoc* debe concentrarse directamente en:

- (i) El primer argumento de la Demandada basado en el Artículo 52(1)(b), según el cual el Segundo Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades en varias instancias.
- (ii) El segundo argumento de la Demandada basado en el Artículo 52(1)(d), según el cual el Segundo Tribunal basó su laudo en múltiples instancias sobre pruebas inadecuadas.
- (iii) El tercer argumento de la Demandada basado en el Artículo 52(1)(e), según el cual el Segundo Tribunal no respondió adecuadamente a las pretensiones pertinentes y no expresó apropiadamente los motivos.

⁶⁸ Memorial de Argentina, párr. 228, pág. 66.

⁶⁹ *Íd.*, párr. 240, pág. 70.

⁷⁰ *Íd.*, párr. 253, pág. 73.

⁷¹ *Íd.*, párr. 43, pág. 12.

⁷² *Íd.*, párr. 44, pág. 12.

247. Con respecto a estas tres causales de anulación, el Comité *ad hoc* desea realizar las siguientes observaciones.

- (i) Hay consenso respecto de que el Artículo 52 no introduce un mecanismo de apelación, sino solo un mecanismo diseñado para conservar y fortalecer la integridad del procedimiento del CIADI. En este sentido, la posibilidad de anulación contemplada en el Tratado se basa en causas específicas y limitadas.
- (ii) El Comité *ad hoc* entiende que esto significa que, conforme al Artículo 52(1)(b) y (d), debe haber un caso *prima facie* para anulación, como lo señalan los términos “manifiestamente” y “quebrantamiento grave”⁷³. En particular, estas secciones no pueden ser usadas efectivamente para reiniciar el caso completo ante el Comité *ad hoc*. En su lugar, la Demandada debe ser precisa e identificar específicamente cada instancia respecto a la cual reclama bajo estos numerales en términos de un caso de anulación *prima facie*.
- (iii) El Artículo 52(1)(e) modela más en términos similares a los de una apelación ordinaria, pero, en la opinión del Comité *ad hoc*, el estándar es que el razonamiento utilizado por el Tribunal debe haber sido plausible, lo que significa adecuado para comprender cómo el Tribunal tomó sus decisiones, dándosele el beneficio de la duda si hay lugar para una diferencia de opiniones al respecto. El Comité *ad hoc* considera que solo de esta manera la naturaleza y la función del Artículo 52(1)(e) se pueden entender y salvaguardar adecuadamente.

248. El Comité *ad hoc* también reitera en este respecto lo que la Demandada acordó durante la audiencia y que tiene implicaciones en la interpretación del Artículo 48(3): no debe hacer referencia a todos los argumentos, sino solo los esenciales. Solamente con respecto a estos, debe haber un razonamiento suficientemente relevante. También se entiende que con respecto al razonamiento adecuado, en una audiencia, los Comités *ad hoc* pueden, si lo consideran oportuno, desarrollar, aclarar o complementar el razonamiento manifestado por el Tribunal, en lugar de anular la decisión.

⁷³ Frecuentemente se cree que bajo el Artículo 52(1)(b) solamente decisiones arbitrarias o claramente irracionales deben ser rechazadas, ver *MCI c. Ecuador*, Decisión del 19 de octubre de 2009, párrafo 49, en la que se hace referencia al Comité *ad hoc* de *MINE*, párrafo 4.06; a *Wena c. Egipto*, párrafo 2; a *CDC c. Seychelles*, párrafo 41. Bajo el Artículo 52(1)(d) la atención se orienta al nada más que al debido proceso y a las protecciones procesales fundamentales.

249. En la opinión del Comité *ad hoc*, a este respecto, un Tribunal puede basarse en el testimonio de un experto u otro participante con el que concuerda y puede ignorar otros testimonios. Esta es una de sus tareas principales, ver también la Regla 34. Está generalmente aceptado que un Tribunal tiene una amplia discreción en estos asuntos y que no necesita explicar las opiniones de los expertos.
250. Para aclarar su postura aún más, el Comité *ad hoc* también acepta que en los casos en los que el Tribunal concuerda con una de las partes o con los expertos, no es sorprendente o inapropiado que adopte el lenguaje utilizado por ellos en los escritos o en el testimonio escrito.
251. Asimismo, el Comité *ad hoc* ha escuchado argumentos respecto a si conclusiones incorrectas de hecho y de derecho pueden ser consideradas causales de anulación. El Comité *ad hoc* entiende que esto es posible, pero solo si se equiparan a los estándares exactos de anulación expresados en el Artículo 51(1). Lo mismo se aplica a los incidentes procesales.
252. Ya se manifestó que incluso en el caso de un error anulable, el Comité *ad hoc* mantiene un grado de discreción conforme al Artículo 52(3) para ordenar o no la anulación.
253. Tras interpretar el Artículo 52(1)(b), (d) y (e) de la manera expuesta y considerar todos los argumentos que se le presentaron, el Comité *ad hoc* considera que en el presente caso, excepto en lo que se discute bajo el anterior apartado A, no hay conclusiones ni aspectos del Segundo Laudo que alcancen el nivel de las causales de anulación establecidas bajo el Artículo 52(1)(b), (d) y (e).
254. En primer lugar, el Comité *ad hoc* desea tratar el argumento de que la metodología y los detalles del cálculo de la indemnización estaban viciados, en relación con lo cual la Demandada invocó el Artículo 52(1)(b), (d) y (e).
255. El Comité *ad hoc* considera que el enfoque de los ‘montos invertidos’ tomado por el Tribunal se encontraba dentro del margen de valoración del Tribunal. Fue el método propuesto originalmente por la Demandada y redujo considerablemente la indemnización solicitada. En cuanto al cálculo final, el Tribunal invocó el testimonio del Sr. Régis Hahn, respaldado por el testimonio experto que estableció que la deuda de CAA a Vivendi ascendía a USD 75 millones en 2005 (aparte de una inversión de capital de USD 30 millones). El Tribunal se pronunció dentro de sus facultades, cuando optó por ese testimonio sobre otros. Las pruebas periciales producidas no eran inadecuadas y los motivos expresados no fueron insuficientes.

256. En relación con el tema de intereses y su cálculo, el Comité *ad hoc* considera que no existe *ultra petita*, incluso en relación con el asunto de determinar la fecha de inicio del cálculo de los intereses a pagar a las Demandantes, dado que el otorgamiento de intereses, así como la valuación de la compensación, cae dentro del poder discrecional del Tribunal a la luz de las circunstancias particulares del caso. No existe ninguna indicación que se abusara de dicha discreción.
257. Por ende, la omisión de expresar razones específicas en este sentido, no puede ser considerado como un fundamento suficiente para la anulación de conformidad con el Artículo 52(1)(e), dado que las razones expresadas dentro del contexto del enfoque del Tribunal respecto a la evaluación de los daños a ser compensados puede ser entendidos como que cubren el tema de los intereses.
258. Respecto de la cuestión de la nacionalidad de CAA planteada por la Demandada bajo el Artículo 52(1)(b), el Primer Tribunal y el Primer Comité *ad hoc* ya consideraron esta cuestión. Ellos resolvieron en forma unánime que CAA era inversionista bajo el Artículo 1(2)(c) del TBI Argentina-Francia. La anulación parcial del Primer Comité de Anulación se refirió a otros asuntos. Por ello, no puede aceptarse que el Segundo Tribunal, se haya extralimitado manifiestamente en sus facultades al confirmar esta conclusión.
259. Respecto a la cuestión del derecho aplicable, también planteada por la Demandada en virtud del Artículo 52(1)(b), existe una conocida confusión respecto al significado del Artículo 42 del Convenio del CIADI. El derecho aplicable al TBI era, bajo su Artículo 8(4), las leyes de Argentina. La Demandada considera que la no aplicación de esta ley es una manifiesta extralimitación de las facultades del Segundo Tribunal.
260. Aún cuando la inapropiada aplicación de la ley aplicable no está directamente mencionada como una causal de anulación bajo el Artículo 52(1)(b), es generalmente aceptado que esto puede llegar a considerarse como una causal de anulación bajo este Artículo y este asunto por ende requiere una consideración adicional.
261. Para comprender debidamente la cláusula sobre la ley aplicable del Artículo 42, debe considerarse que al momento en que el Convenio del CIADI fue promulgado, el mecanismo normal de resolución de disputas estaba basado en una cláusula de arbitraje contractual. En los casos basados en TBI, el énfasis es esencialmente respecto a una violación de derecho

internacional en el sentido de que se alega que el estado anfitrión ha violado los estándares de tratamiento que se otorgan a los inversores extranjeros bajo el TBI en cuestión.

262.El resultado fue una distinción entre los reclamos contractuales y reclamos bajo los tratados. Respecto a los últimos, se aplica el derecho internacional. Es posible que surjan cuestiones de otras leyes al considerar las acciones de las partes, por ejemplo, con respecto al asunto del cumplimiento de buena fe de los contratos de concesión; pero no hay nada en el Segundo Laudo que sugiera que el Segundo Tribunal, que en los párrafos 7.3.9 y siguientes hiciera distinciones similares, siguiendo al Primer Comité *ad hoc* que también lo hizo, haya sobrepasado sus facultades respecto de la aplicación de lo que consideró el derecho pertinente, mucho menos, manifiestamente.

263.En cuanto a la cuestión jurisdiccional planteada conforme al Artículo 52(1)(b) y (e), el Segundo Tribunal consideró que las cuestiones de jurisdicción eran *res judicata* (excepto el argumento de la ausencia de poderes adecuados para algunos de los abogados de las Demandantes, lo cual fue desestimado). Además, estas cuestiones no se pueden revisar en un procedimiento de anulación, salvo que lleguen al nivel del criterio de anulación establecido en el Artículo 52(1). El Comité *ad hoc* resuelve que, también en este aspecto, no hubo ni una extralimitación manifiesta de las facultades ni un razonamiento insuficiente.

264.Respecto al asunto de si los argumentos de la Demandada en relación con las acciones de la Provincia de Tucumán fueran debidamente considerados, planteados conforme al Artículo 52(1)(b), (d) y (e), la conclusión básica del Segundo Tribunal fue que las acciones de la Provincia de Tucumán fueron, en esencia, una cuestión electoral y, por ello, política, ni siquiera una respuesta comedida a los supuestas deficiencias de CAA. Lo relevante no es si el Comité *ad hoc* concuerda con esto o no, sino si el Segundo Tribunal estaba facultado para llegar a esta conclusión.

265.El Comité *ad hoc* considera que también en este aspecto, el Segundo Tribunal actuó dentro de sus facultades y que no hubo una falta procesal en la forma en que el Tribunal acotó las cuestiones y decidió explicar sus conclusiones, ni insuficiencia en su razonamiento.

266.Otros asuntos de los que se queja la Demandada en este aspecto son el tratamiento del Segundo Tribunal respecto de la Tasa de Recuperación Prevista, la Factura Modelo de CAA, el Anexo 1069, el Informe del Subcomité de Calidad del Agua de CAA-ERSACT, las actitudes del

Gobernador Bussi durante las elecciones de 1995, los 70 cambios incorporados por la Provincia a la versión revisada del Contrato de Concesión en 1997, las acciones de los legisladores individuales y las múltiples cuestiones sobre los testimonios y demás pruebas⁷⁴.

267.El Comité *ad hoc* ha considerado todos estos asuntos, pero resuelve que ninguna de las quejas alcanzan el nivel de una causa de anulación conforme al Artículo 52(1).

C. Costas

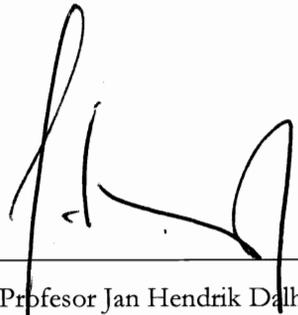
268.Respecto de la cuestión de la responsabilidad por el costo del litigio, el Comité *ad hoc* resuelve que cada una de las Partes deberá sufragar sus propias costas, tanto en relación con la fase del procedimiento relativa a la suspensión como con la fase relativa al fondo.

269.En cuanto a las costas del Comité *ad hoc* y del CIADI en relación con la fase de anulación, incluida la suspensión, el Comité *ad hoc* considera que las partes deben sufragar estas costas en partes iguales.

D. Decisión

Por los motivos expuestos, el Comité *ad hoc* decide rechazar la Solicitud de Anulación del Segundo Laudo emitido por el Segundo Tribunal el 20 de agosto de 2007, presentada por Argentina.

⁷⁴ Memorial de Argentina, párrs. 207 a 276.



Profesor Jan Hendrik Dalhuisen

Miembro del Comité *ad hoc*

Fecha: July 30 2010

Sujeto a la opinión separada adjunta



Embajador Andreas J. Jacovides

Miembro del Comité *ad hoc*

Fecha: 3 August 2010



Dr. Ahmed S. El Kosheri

Presidente del Comité *ad hoc*

Fecha: 27 de julio de 2010

Opinión Adicional del Profesor JH Dalhuisen bajo el Artículo 48(4) del Convenio del CIADI

1. Antes de terminar la discusión, me gustaría referirme al rol de la Secretaría del CIADI en este asunto, el cual llevó a múltiples complicaciones y ha atrasado la decisión final por muchos meses.
2. Está claro que la Secretaría tiene la intención de adquirir un papel más importante en el desarrollo de los casos CIADI y en el proceso también quiere involucrarse en la redacción de las decisiones. Lo mismo en este caso. Creo que esto, en general, no le compete al CIADI y no es deseable.
3. El rol de la Secretaría en el CIADI está substancialmente definido en el Artículo 11 del Convenio del CIADI y en el Capítulo V del Reglamento Administrativo y Financiero. Es un rol de administración y soporte; es claro que la Secretaría no tiene poderes originales en la resolución de la disputa y en el proceso de toma de decisiones.
4. Como mínimo, la Secretaría está dispuesta a escribir los recitales, pero como lo demuestran en el presente caso, al permitir la participación de la Secretaría, éstos se vuelven cada vez más largos. Para hacerlo adecuadamente, se deben tomar decisiones, y difícilmente sea ésta la función de la Secretaría. Son los Árbitros o los Miembros del Comité *ad hoc* los que deben elegir y decidir cuáles son los hechos fundamentales y los argumentos relevantes, así como la forma de presentarlos en el laudo o en la decisión final.
5. Cualquier otro enfoque lleva fácilmente a una exposición discordante de argumentos, contraargumentos y decisiones, especialmente en casos como el presente, en el que prácticamente todo fue controvertido. Asimismo, en estas circunstancias recibir un texto presentable de la Secretaría atrasó el resultado final considerablemente.
6. Si bien puede ser útil que se resuman los argumentos, lo ideal es hacerlo en una etapa más temprana del caso, antes de la audiencia, para que dicho resumen pueda ser corroborado por los Árbitros o de los Miembros del Comité *ad hoc* en el procedimiento oral. En caso de que se requiera este tipo de colaboración preparatoria, sería más acertado que los Tribunales de Arbitraje o los Comités *ad hoc* designaran a su propio asistente, sujeto a su pleno control y dirección. Cualquier texto que se someta a esta corroboración podría utilizarse más adelante en los casos apropiados como parte del laudo o la decisión final.

7. También, parecería absolutamente inapropiado que la Secretaría redacte las decisiones y el razonamiento en todo o en parte, aun siguiendo las instrucciones básicas de los Árbitros o de los Miembros del Comité *ad hoc*, aunque la versión final estuviera naturalmente sujeta a su aprobación. Esto no parecería suficiente para legitimizar el texto.
8. Durante el conainterrogatorio, se preguntó por qué y se cuestionó cómo algunos árbitros podían participar de tantos casos. Una forma de hacerlo es delegar la redacción en otros, en el caso del CIADI, en la Secretaría. Pareciera que hay mucha apreciación respecto a esto por los árbitros atareados pero esto es inapropiado.
9. En este caso, la Secretaría del CIADI incluso tomó la posición que podía intervenir por su propia iniciativa para “pulir” los textos acordados previamente por el Comité *ad hoc*, y algunos miembros de mayor jerarquía de la Secretaría se acercaron informalmente a los Miembros *individuales* del Comité con vista a modificar el texto. Naturalmente, esto significó una gran tensión para el Comité, ya que planteó muchas cuestiones fundamentales respecto a su procedencia, la independencia, la comunicación abierta y directa entre los Miembros del Comité y la confidencialidad.
10. Es relevante en este sentido hacer notar que parece haberse desarrollado en el CIADI la práctica de que todas las comunicaciones, también aquellas entre el Presidente y los Miembros de los Comités *ad hoc* (o los Árbitros según sea el caso) se realicen a través del Secretaría, pero este no es el sistema del Convenio, muy aparte de la cuestión de si le da al Secretaría subsecuentemente poder para intervenir.
11. Bajo la Regla 24(1)(b), las comunicaciones entre los Miembros del Comité *ad hoc* (y los Árbitros según sea el caso) están específicamente sustraídos de la intermediación a través del Secretaría y esto es así durante toda la duración del procedimiento.
12. Esto se relaciona con la Regla de Arbitraje 15 que hace a las deliberaciones privadas y secretas. Solamente los Miembros del Comité *ad hoc* (o los Árbitros según sea el caso) deberán tomar parte y ninguna otra persona es admitida.
13. Estas reglas se mantienen a la razón y son obligatorias. Puede dudarse si pueden ser renunciadas, lo cual podría al menos requerir el consentimiento de todos los Miembros del

- Comité (o los Árbitros). Esto significa que las deliberaciones y los intercambios relacionados no pueden debidamente ser conducidos a través de la Secretaría. El rol de la Secretaría en el mantenimiento de registros (en la medida que existan registros) no se desvía de estas reglas; las deliberaciones no son parte del registro en este sentido.
14. La necesidad de respetar este sistema es especialmente claro en un caso como en el presente donde serios asuntos de reputación están en discusión. La privacidad y el secreto son aquí esenciales para promover la libre comunicación mientras se protege a los Miembros del Comité *ad hoc* (o en su caso a los Árbitros) pero no menos las personas cuya reputación puede ser afectada. Debería notarse en este sentido que la Secretaría, mientras recibe cualquiera de esta información, parece no estar bajo ninguna obligación similar de secreto.
 15. Como sea, la Secretaría del CIADI no está autorizado para esta información y no puede actuar sobre ésta a voluntad. Sobre la base de lo que ve, la Secretaría del CIADI bien puede tomar la iniciativa de alertar al Comité para aclarar errores u omisiones, pero siempre debe hacerlo por escrito y dirigiéndose a todos los Miembros simultáneamente. No debe intervenir de otro modo, de ninguna forma, salvo que el Comité se lo solicite formalmente por motivos bien definidos, que nunca deberían afectar el fondo de la cuestión, sea directa o indirectamente.
 16. Además, pareciera que la Secretaría fuera la voz de una *jurisprudence constante* y que tuviera la tarea de promoverla y protegerla, y que le da un derecho autónomo de intervención. Ésto es también profundamente erróneo y puede perjudicar seriamente a las partes. En todo caso, es demasiado pronto para asumir la existencia de tal *jurisprudence* y su status como norma sería incierta aún si existiera. Debe recordarse que en derecho internacional, nunca ha habido una norma de precedentes vinculantes y esto es así, por muy buenas razones.
 17. Por el momento, la formulación de tal *jurisprudence* se debe dejar en las manos de los académicos, mientras que se debe advertir que embarcarse en una forma de creación de un sistema o de pensar en modelos académicos, no necesariamente es objetivo ni está libre de prejuicios intelectuales u otros sesgos. En todo caso, la Secretaría no tiene la función de asumir la esfera académica y no está, ni podría estar, preparada para ello.
 18. La Secretaría no debe tener su propia política o visión respecto de estas cuestiones sino debe respetar la autoridad e independencia de los Tribunales de Arbitraje y de los Comités *ad hoc*,

- que deben aplicar la ley sobre la base de los hechos como se presentan ante ellos. Por supuesto, esto no significa que los casos anteriores no puedan tener un valor persuasivo, pero es el Tribunal o el Comité *ad hoc* pertinente quién debe tomar decisiones en cada instancia, considerando los argumentos presentados por las partes.
19. Los argumentos de la Secretaría, sea cual sea su intención, son legalmente irrelevantes y no son más que una opinión no solicitada. Al no ser sujetas a la examinación de las partes, ellas no pueden tener ningún peso.
 20. Las decisiones de esta naturaleza tampoco son textos legales o manuales y los Comités *ad hoc* o Tribunales, no deben hacerlas tales en el razonamiento. De todos modos, no creo que se le pueda pedir a las partes que paguen por tales prácticas que hacen que las opiniones sean aún más extensas y difíciles de manejar, o incluso confusas, y que no le hacen ningún bien a la práctica del arbitraje internacional. Nuestra misión es, fundamentalmente, resolver un problema para las partes, no para otros en el presente o en el futuro, y en este sentido no actuar como jueces ordinarios.
 21. En conclusión, la Secretaría no es el cuarto miembro de los Tribunales o de los Comités *ad hoc* del CIADI, y no es una parte interesada de ningún otro modo. No tiene tampoco la facultad de escrutinio en la forma de la Corte de la CCI. Si bien en la práctica actúa como autoridad de nombramiento -en el caso de los Comités *ad hoc*, de todos los Miembros- ello no significa que estos Comités se convierten en una extensión de la Secretaría.
 22. La potencial estrecha interconexión en las presentes prácticas de la Secretaría entre la ampliación de su rol y sus facultades de nombramiento, debe estar sujeta a escrutinio, y estas prácticas en sí mismas mayor transparencia. Esto plantea la cuestión de la independencia de los Árbitros y los Miembros de Comités *ad hoc* nombrados por el CIADI al nivel institucional dentro del CIADI. Resulta particularmente necesario evitar que se vislumbre cualquier colusión entre la Secretaría y los Árbitros o los Miembros de los Comités que designa.
 23. En síntesis, es urgente que la Secretaría clarifique su propio rol, que en virtud del Convenio, el Reglamento Administrativo y Financiero y las Reglas de Arbitraje, sólo puede ser el de prestar asistencia, respetar y resguardar la privacidad y el secreto de las deliberaciones de los Comités *ad hoc* o Tribunales con una completa y meticulosa separación del fondo de la

- cuestión, apreciando que, en las cuestiones legales, la redacción es sustancia, organizándose adecuadamente y solicitando el respaldo financiero únicamente para este limitado rol.
24. Para concluir, el asunto clave en este caso de anulación, era principalmente el asunto de independencia de los Árbitros en el Segundo Laudo, pero también devino en un asunto de independencia de los Miembros del Segundo Comité *ad hoc* y, en ese contexto, de la privacidad y el secreto de las deliberaciones y los proyectos.
 25. Lo que subyace es el posible impacto pernicioso del deseo de (re)nombramiento de muchos, no menos que por las ganancias financieras, en el cual, no solamente retener información relevante para las partes, como fue el objeto de la decisión de este Comité *ad hoc*, pero también incurrir el favor del Secretaría, podría ser asuntos importantes en términos de independencia. Recientemente, el mundo se ha consternado ante la falta total de criterio con respecto de los empresarios bancarios de mayor jerarquía. Al margen de los aciertos o desaciertos en este caso, puede servir de seria advertencia también para los árbitros del CIADI.
 26. Si los mecanismos de autocorrección del sistema de arbitraje internacional no son suficientemente fuertes, o bien, si existe la necesidad de una mayor supervisión de los Árbitros y de los Miembros de los Comités *ad hoc*, ésta no es la función de la Secretaría del CIADI, que debe estar sujeta a una supervisión adecuada en sí misma, sino que esta supervisión se deberá realizar en virtud de un cambio en los tratados que posiblemente implique la creación y el funcionamiento de una *corte internacional* especializada, que también pueda funcionar como máxima autoridad de supervisión y control de los arbitrajes comerciales internacionales (incluidas las cuestiones de reconocimiento e impugnación), donde es posible que existan cada vez más necesidades similares.



Prof. Jan Hendrik Dalhuisen
Miembro del Comité *ad hoc*

Fecha: *July 30 2010*