

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

En el procedimiento entre

Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi
Universal, S.A.
(Demandantes)

y

la República Argentina
(Demandada)

Caso CIADI No. ARB/03/19

**RESOLUCIÓN EN RESPUESTA A LA PETICIÓN DE TRANSPARENCIA Y
PARTICIPACIÓN EN CALIDAD DE *AMICUS CURIAE***

Miembros del Tribunal:
Profesor Jeswald W. Salacuse, Presidente
Profesora Gabrielle Kaufmann-Kohler, Árbitro
Profesor Pedro Nikken, Árbitro

Secretario del Tribunal:
Sr. Gonzalo Flores

Fecha: 19 de mayo de 2005

I. Introducción

1. El 28 de enero de 2005, cinco organizaciones no gubernamentales, Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ), Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Centro para el Derecho Internacional Ambiental (CIEL), Consumidores Libres Cooperativa Ltda. de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria, y Unión de Usuarios y Consumidores [en adelante, “los Peticionarios”] presentaron ante el CIADI una “Petición de Transparencia y Participación en Calidad de *Amicus Curiae*” [en adelante, “la Petición”] en el caso mencionado en el encabezado de la presente resolución. Argumentando que el caso involucraba cuestiones de interés público básico y derechos fundamentales de los residentes de la zona afectada por la diferencia en este caso, los Peticionarios solicitaron al Tribunal:

- a. Conceder a los Peticionarios acceso a las audiencias que se celebren;
- b. Permitir a los Peticionarios oportunidad suficiente para exponer argumentos legales, en carácter de *amicus curiae*; y
- c. Conceder a los Peticionarios acceso oportuno, suficiente e irrestricto a los documentos del proceso.

2. El 16 de febrero de 2005, el Secretario del Tribunal, por instrucciones del Presidente del Tribunal, envió copia de la Petición a los Demandantes y la Demandada, solicitándoles presentar al Tribunal sus observaciones sobre la misma a más tardar el 11 de marzo de 2005.

3. El Tribunal recibió comentarios de ambas partes. Los Demandantes solicitaron al Tribunal rechazar la Petición en su totalidad y denegar cada uno de las solicitudes que

contenía. La Demandada, por el contrario, prestó conformidad a la Petición. En la presente resolución se da respuesta a las tres solicitudes planteadas por los Peticionarios.

II. Acceso a las audiencias del Tribunal de Arbitraje

4. Los Peticionarios solicitan al Tribunal que “conceda a los Peticionarios acceso a las audiencias” y también sugieren la apertura de las audiencias en el presente caso al público, citando los casos iniciados en el marco del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), *Methanex c. Estados Unidos de América* y *UPS c. Canadá*, en los que se celebraron audiencias abiertas al público. Al referirse al “acceso a las audiencias”, los Peticionarios no sólo solicitan el derecho de asistir a las mismas sino que también parecen sugerir que se les conceda la oportunidad de efectuar presentaciones orales ante el Tribunal, haciendo valer “el derecho que tiene cualquier persona a participar y a hacerse oír en forma previa a la toma de decisiones que pueden afectar sus derechos...” (Petición Pág. 11)

5. La presencia y la participación de personas en las audiencias del CIADI están expresamente reguladas en la Regla 32(2) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, que establece:

“El Tribunal decidirá, con el consentimiento de las partes, cuales otras personas pueden asistir a las audiencias, además de las partes, sus apoderados, consejeros y abogados, testigos y peritos durante su testimonio, y funcionarios del Tribunal”.

(El énfasis es nuestro).

6. En la Regla 32(2) se establece claramente que no pueden asistir a las audiencias otras personas que no sean las mencionadas específicamente en la Regla, a menos que

tanto los demandantes como el demandado expresen afirmativamente su consentimiento. En este caso, los Demandantes han manifestado claramente, en sus observaciones a la Petición de 11 de marzo de 2005, que se oponen a la presencia de los Peticionarios en las audiencias. Si bien, como se alega en la Petición, el Tribunal tiene ciertos poderes inherentes con respecto al procedimiento arbitral, no está facultado para ejercer esos poderes en oposición a una directriz estipulada claramente en las Reglas de Arbitraje, habiendo tanto los Demandantes como la Demandada aceptado que las mismas regirán el procedimiento en este caso. Es cierto que en los casos *Methanex* y *UPS* (ambos iniciados en el marco del TLCAN de acuerdo con las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional), citados por los Peticionarios se llevaron a cabo audiencias públicas, pero en esos casos los demandantes y los demandados consintieron específicamente permitir la presencia de público en las audiencias. El elemento crucial del consentimiento de ambas partes en la diferencia no está presente en el presente caso.

7. Por las razones expuestas, el Tribunal resuelve unánimemente que debe denegar a los Peticionarios la solicitud de tener acceso y asistir a las audiencias del caso que nos ocupa.

III. Presentación de escritos *amicus curiae*

8. Los Peticionarios solicitan al Tribunal que “permita a las organizaciones peticionarias oportunidad suficiente para exponer argumentos legales, en carácter de *amicus curiae*.” Aunque los Peticionarios no describen detalladamente el papel que desempeñaría un *amicus curiae* o “amigo de la corte” en un procedimiento de arbitraje

del CIADI, ni su naturaleza, o la forma precisa que adoptaría la intervención propuesta, el Tribunal entiende que el papel de *amicus curiae* que los Peticionarios desean desempeñar en el presente caso es similar al de un amigo de la corte, tal como ha sido reconocido en ciertos sistemas jurídicos y, recientemente, en un cierto número de procedimientos internacionales. En esos casos, una persona que no es parte en la diferencia ofrece, en calidad de “amigo”, proporcionar a la corte o tribunal sus perspectivas especiales, argumentos, o conocimientos especializados sobre la controversia, usualmente en forma de un escrito o presentación *amicus curiae*. En sus observaciones del 11 de marzo de 2005, los Demandantes solicitaron al Tribunal que rechazara esa solicitud, mientras que la Demandada manifestó su aprobación.

9. En el Convenio y en las Reglas de Arbitraje del CIADI no se autoriza ni se prohíbe específicamente la presentación de escritos *amicus curiae* u otros documentos por personas que no sean partes en el caso. Además, hasta donde llega el conocimiento del Tribunal, ningún tribunal anterior funcionando en el marco de las Reglas del CIADI ha otorgado el carácter de *amicus curiae* a una persona que no sea parte en una diferencia ni tampoco ha aceptado presentaciones *amicus curiae*. A raíz de esta falta de especificidad en el Convenio y en las Reglas del CIADI, el Tribunal en este caso debe resolver dos cuestiones básicas: 1) ¿Tiene poder para aceptar y tener en cuenta presentaciones *amicus curiae* realizadas por personas que no son partes en el caso? y 2) Si tiene en ese poder, ¿bajo qué condiciones debería ejercerlo?

10. Los poderes del Tribunal para aceptar presentaciones *amicus*. En el Artículo 44 del Convenio del CIADI se establece que:

“Todo procedimiento de arbitraje deberá tramitarse según las disposiciones de esta Sección y, salvo acuerdo en contrario de las partes, de conformidad con las Reglas de Arbitraje vigentes en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento al arbitraje. Cualquier cuestión de procedimiento no prevista en esta Sección, en las Reglas de Arbitraje o en las demás reglas acordadas por las partes, será resuelta por el Tribunal”. (El énfasis es nuestro).

La última frase del Artículo 44 concede al Tribunal poder residual para resolver cuestiones de procedimiento que no se abordan en el Convenio propiamente dicho, o en las reglas aplicables a una diferencia concreta.

11. Al aplicar esta disposición en el presente caso, el Tribunal debe decidir primero si permitir que una persona que no es parte en el caso realice una presentación *amicus curiae* constituye una “cuestión de procedimiento”. Básicamente, podría interpretarse que una cuestión de procedimiento es aquella que se refiere a la manera de proceder o que trata sobre los medios para lograr un fin determinado. La aceptación de una presentación *amicus curiae* estaría comprendida en esta definición de cuestión de procedimiento, pues puede considerarse que es una medida tendiente a ayudar al Tribunal a cumplir su labor fundamental de adoptar una decisión correcta en el presente caso.

12. En sus Observaciones, los Demandantes alegan que esa medida procesal tendría consecuencias sustanciales, pues “el efecto práctico sería que los Demandantes terminarían litigando con entidades que no son parte en el acuerdo de arbitraje” (párrafo 23). También sostienen que el Tribunal debería interpretar que el Convenio y las Reglas del CIADI prohíben la presentación de un escrito *amicus curiae*, pues en los mismos sólo se incluyen disposiciones relativas a litigios entre inversionistas y Estados receptores de

la inversión, factor que implícitamente excluye la intervención de otras personas como litigantes y partes en un procedimiento de arbitraje del CIADI.

13. El Tribunal no acepta la interpretación que hacen los Demandantes del Convenio y las Reglas del CIADI sobre este punto. Un *amicus curiae* es, como lo indica la expresión latina, un “amigo de la corte”, y no una parte en el procedimiento. En otros foros y sistemas no ha desempeñado tradicionalmente el papel de parte, y el Tribunal considera que tampoco lo desempeñaría en un procedimiento del CIADI. Su papel tradicional en un procedimiento contencioso es ofrecer a la autoridad decisoria argumentos, perspectivas y conocimientos especializados que las partes litigantes tal vez no presenten, con el propósito de ayudarla a tomar una decisión. En resumen, una solicitud de permiso para participar en calidad de *amicus curiae* es una oferta de ayuda, y la autoridad decisoria es libre para aceptarla o rechazarla. Un *amicus curiae* es un voluntario, un amigo de la corte, pero no es una parte.

14. En *Methanex c. Estados Unidos de América*, un caso iniciado en el marco del TLCAN de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 1976, la Decisión del Tribunal sobre Peticiones de Terceros para Intervenir en Calidad de *Amici Curiae*, de 15 de enero de 2001 (véase www.naftalaw.org), respalda la decisión de este Tribunal con respecto a su facultad para aceptar presentaciones *amicus* en el presente caso. En su interpretación del Artículo 15(1) de las Reglas de la CNUDMI, que es sustancialmente análogo al Artículo 44 del Convenio del CIADI, el Tribunal en el caso *Methanex* concluyó que las Reglas de la CNUDMI le otorgaban poder para aceptar escritos *amicus* y resolvió, específicamente, como lo hace este Tribunal, que “la recepción de presentaciones escritas realizadas por una persona que no es una de las partes

contendientes no equivale a agregar a esa persona como parte en el arbitraje” (párrafo 30). Más aún, como el tribunal del caso *Methanex*, el Tribunal en el presente caso considera que la aceptación de presentaciones *amicus* es una cuestión de procedimiento que no afecta los derechos sustantivos de las partes contendientes en razón de que los derechos de las partes son iguales tanto antes como después de la presentación.

15. Así como los demandantes en *Methanex*, los Demandantes en el presente caso alegan que las presentaciones *amicus* impondrían una carga más pesada a las partes y al Tribunal. Este resultado, si bien teóricamente posible, no es inevitable. El Tribunal considera que puede ejercer los poderes que le otorga el Artículo 44 de manera de minimizar la carga adicional para las partes y para el Tribunal, aprovechando el Tribunal al mismo tiempo las opiniones ofrecidas por *amici curiae* idóneos en las circunstancias apropiadas. El Tribunal en el presente caso también encuentra en las prácticas del TLCAN, el Tribunal de lo Contencioso Irán-Estados Unidos y la Organización Mundial del Comercio fundamentos para aceptar las presentaciones *amicus* en los procedimientos de arbitraje internacional.

16. El Tribunal resuelve unánimemente que el Artículo 44 del Convenio del CIADI le otorga la facultad de aceptar, en determinados casos, presentaciones *amicus curiae* realizadas por personas idóneas que no sean parte. A continuación, pasamos a analizar las condiciones en las que el Tribunal puede ejercer esa facultad.

17. Condiciones para la aceptación de escritos *amicus curiae*. Sobre la base de un examen de las prácticas *amicus* en otras jurisdicciones y foros, el Tribunal ha llegado a la conclusión de que el ejercicio de la facultad que le confiere el Artículo 44 para aceptar presentaciones *amicus* debería depender de tres criterios básicos: a) la pertinencia del

objeto del caso; b) la aptitud de cada persona que no sea parte para desempeñarse en calidad de *amicus curiae* en ese caso, y c) el procedimiento utilizado para llevar a cabo y analizar la presentación *amicus*. El Tribunal considera que la adecuada aplicación de esos criterios permitirá balancear el interés de terceros no contendientes a expresar sus opiniones, y proteger, al mismo tiempo, el derecho sustantivo y procesal de las partes contendientes a un proceso arbitral justo, ordenado y expedito.

18. La pertinencia del objeto del caso para la realización de presentaciones *amicus curiae*. Los Peticionarios fundan su solicitud de participar como *amicus* en el hecho de que este caso involucra cuestiones de considerable interés público en razón de que la diferencia de fondo se refiere a sistemas de abastecimiento de agua y alcantarillado que atienden a millones de personas. Los Demandantes, por otra parte, se oponen a esa caracterización alegando que “‘la importancia pública e institucional’ del caso no existe” (párrafo 40) y que se trata simplemente de un caso en que los Demandantes reclaman un supuesto derecho a compensación por la pretendida violación de sus derechos por la Demandada.

19. Varias cortes han aceptado tradicionalmente la intervención de *amicus curiae* en litigios ostensiblemente privados porque esos casos involucraban cuestiones de interés público y porque las decisiones que se adoptan en esos casos pueden afectar, en forma directa o indirecta, a otras personas además de las que intervienen directamente como partes en el caso. Tras examinar las materias planteadas en el presente caso, el Tribunal concluye que el mismo involucra potencialmente cuestiones de interés público. En este caso se analizará la legalidad en el marco del derecho internacional, y no del derecho privado interno, de varias acciones y medidas adoptadas por gobiernos. También está en

juego la responsabilidad internacional de un Estado - la República Argentina -, en contraposición a la responsabilidad de una empresa, que emana del derecho privado. Si bien es verdad que estos factores son ciertamente cuestiones de interés público, también es cierto que están presentes en virtualmente todos los casos de arbitraje iniciados en el marco de tratados de inversiones en el ámbito de la jurisdicción del CIADI. El factor por el cual este caso reviste especial interés público consiste en que la diferencia relativa a inversiones gira en torno a los sistemas de distribución de agua y alcantarillado de una extensa zona metropolitana: la ciudad de Buenos Aires y los municipios que la rodean. Esos sistemas proporcionan servicios públicos básicos a millones de personas y, en consecuencia, podrían plantear una amplia gama de cuestiones complejas en materia de derecho público e internacional, incluidas consideraciones relativas a derechos humanos. Toda decisión emitida en este caso, sea a favor de los Demandantes o de la Demandada, tiene el potencial de afectar el funcionamiento de esos sistemas y, por consiguiente, a la población que los mismos atienden.

20. Teniendo en cuenta estos factores, el Tribunal resuelve que este caso involucra materias de interés público de naturaleza similar a las que tradicionalmente han dado lugar a que algunas cortes y otros tribunales reciban presentaciones *amicus* realizadas por personas idóneas que no son partes. El presente caso no entraña una simple diferencia contractual entre partes privadas en la que cualquier intento realizado por personas que no sean partes por intervenir en calidad de amigos de la corte podría ser considerado como una ingerencia oficiosa.

21. A raíz del interés público en el objeto del caso que nos ocupa, es posible que personas idóneas que no son partes puedan aportar al Tribunal perspectivas, argumentos

y conocimientos especializados que lo ayudarán a tomar una decisión correcta. El Tribunal, en lugar de rechazar terminantemente las ofertas de asistencia, considera conveniente llevar a cabo un cuidadoso análisis de las mismas antes de aceptarlas o rechazarlas, cuidando siempre de preservar los derechos sustantivos y procesales de las partes contendientes y la conducción ordenada y eficiente del arbitraje.

22. La aceptación de las presentaciones *amicus* también tendría como consecuencia beneficiosa adicional el incremento de la transparencia en el procedimiento de arbitraje entre inversionistas y Estados. Una mayor apertura y un mayor conocimiento sobre la forma en que se conducen estos procedimientos reforzaría la aceptación de la opinión pública y la legitimidad del sistema arbitraje internacional, en particular cuando involucran a Estados y materias de interés público. Es este imperativo el que ha impulsado el aumento de la transparencia en los procedimientos de arbitraje de la Organización Mundial del Comercio y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte. A través de la participación de representantes idóneos de la sociedad civil en los casos apropiados, el público adquirirá un mejor conocimiento de los procedimientos del CIADI.

23. Por las razones antes expuestas, el Tribunal resuelve unánimemente que, el presente caso, es apropiado para que personas idóneas que no sean partes en el mismo puedan realizar presentaciones *amicus curiae* útiles para el caso.

24. La idoneidad de personas específicas que no sean partes para desempeñarse en calidad de *amicus curiae*. El objetivo de las presentaciones *amicus* es ayudar al Tribunal a arribar a la decisión correcta, proporcionándole argumentos, conocimientos especializados y perspectivas que las partes puedan no haber presentado. En

consecuencia, el Tribunal sólo aceptará dichas presentaciones cuando sean realizadas por personas que establezcan, a entera satisfacción del mismo, que poseen los conocimientos especializados, la experiencia y la independencia necesaria para contribuir a la solución del caso. Para que el Tribunal pueda determinar si se cumplen esas condiciones, cada persona que no sea parte y desee presentar un escrito *amicus curiae* debe solicitar primero la anuencia del Tribunal para realizar una presentación *amicus*.

25. Teniendo en cuenta la experiencia recogida en los casos del TLCAN administrados por el CIADI, así como la Declaración de la Comisión de Libre Comercio sobre la participación de partes no contendientes de 7 de octubre de 2003 (disponible en inglés en <http://www.ustr.gov> y en castellano en www.economia-snci.gob.mx/sic_php/ls23al.php?s=18&p=1&l=1), el Tribunal ha resuelto que las personas que no sean partes y deseen realizar una presentación *amicus* en el presente caso deberán elevar una petición al Tribunal, solicitando su anuencia para presentar un escrito *amicus curiae*, y que dicha petición debe incluir la siguiente información:

- a. La identidad y los antecedentes del peticionario, su composición si se trata de una organización, y la naturaleza de su relación, si la hubiera, con las partes en la diferencia.
- b. La naturaleza del interés del peticionario en el caso.
- c. Si el peticionario ha recibido apoyo financiero u otro apoyo material de cualquiera de las partes o de cualquier persona vinculada con las partes en el caso que nos ocupa.
- d. Las razones por las cuales el Tribunal debería aceptar el escrito *amicus curiae* del peticionario.

26. Tras recibir una solicitud de permiso para realizar una presentación *amicus curiae*, el Tribunal proporcionará copia de la misma a los Demandantes y a la Demandada, y solicitará sus comentarios.

27. Para decidir si concede o no a una persona que no es parte en el caso el permiso para presentar un escrito *amicus curiae*, el Tribunal tendrá en cuenta toda la información contenida en la petición; las opiniones de los Demandantes y la Demandada; la carga adicional que la aceptación de escritos *amicus curiae* pudiera imponer a las partes, el Tribunal y los procedimientos; y el grado de ayuda que el escrito *amicus curiae* propuesto podría ofrecerle al Tribunal para llegar a su decisión.

28. Habiendo las partes argumentado extensa y cuidadosamente todas las cuestiones de jurisdicción, el Tribunal ha llegado a la conclusión de que está plenamente informado sobre estas cuestiones, de modo que presentaciones *amicus curiae* sobre las cuestiones jurisdiccionales no serían procedentes, bajo el estándar establecido en el párrafo 17 precedente, pues no ayudarían al Tribunal en su tarea de determinar la jurisdicción.

29. Procedimiento para la presentación de escritos *amicus*. Si el Tribunal decide conceder a una determinada parte no contendiente permiso para presentar un escrito *amicus curiae*, determinará en ese momento el procedimiento apropiado aplicable a tal presentación. El objetivo de dicho procedimiento será permitir que un *amicus curiae* aprobado presente sus puntos de vista, procurando al mismo tiempo proteger los derechos sustantivos y procesales de las partes. En este último contexto, el Tribunal pondrá su mayor empeño para establecer un procedimiento que permita salvaguardar el debido proceso y el trato equitativo, así como la eficiencia de los procedimientos. El Tribunal

considera que no es necesario ni apropiado formular ese procedimiento actualmente, en razón de no existir un *amicus curiae* aprobado.

III. Acceso a los documentos del proceso

30. Los Peticionarios solicitan al Tribunal que "... conceda ... acceso oportuno, suficiente e irrestricto a los documentos del proceso, a saber, las presentaciones de las partes, actas de audiencias, declaraciones de testigos y expertos y todo otro documento producido en este arbitraje" (página 20). Esta amplia solicitud de toda la documentación del caso plantea cuestiones difíciles y delicadas debido a las limitaciones contenidas en el Convenio y las Reglas del CIADI y en la práctica del Centro.

31. En esta etapa del presente caso, el Tribunal no considera necesario resolver respecto de la capacidad de los Peticionarios para tener acceso a los documentos del caso. El fin que se persigue al solicitar acceso al expediente es permitir que la actuación de una parte no contendiente en calidad de *amicus curiae* tenga plena significación. Habiendo decidido que, a fin de obtener la autorización del Tribunal para participar en calidad de *amicus curiae*, las partes no contendientes deben presentar primero una solicitud para realizar presentaciones *amicus*, el Tribunal ha resuelto postergar la decisión respecto del acceso a la documentación hasta que conceda a una determinada parte no contendiente permiso para presentar un escrito *amicus curiae*.

32. La presente resolución es emitida en esta etapa del procedimiento porque fue en este tiempo cuando se presentó la Petición y el Tribunal considera una buena práctica no dejar peticiones como esta sin respuesta, aun cuando la Petición reveló no ser relevante

para la etapa jurisdiccional. Nada en esta resolución, en todo caso, debe ser entendido como implicando una determinación sobre la cuestión de jurisdicción.

IV. Conclusión

33. Tras examinar la Petición y las observaciones a la misma presentadas por los Demandantes y la Demandada, el Tribunal ha resuelto unánimemente:

- a. Denegar la solicitud de los Peticionarios para asistir a las audiencias del presente caso;
- b. Conceder a los Peticionarios la posibilidad de solicitar permiso para realizar presentaciones *amicus curiae* de acuerdo con las condiciones antes estipuladas; y
- c. Postergar la decisión respecto de la solicitud de acceso a la documentación formulada por los Peticionarios hasta que el Tribunal autorice a una parte no contendiente para presentar un escrito *amicus curiae*.

Prof. Jeswald W. Salacuse
Presidente del Tribunal

Prof. Pedro Nikken
Árbitro

Prof. Gabrielle Kaufmann-Kohler
Árbitro