

CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A
INVERSIONES

En los procedimientos entre

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., e InterAguas Servicios Integrales
del Agua S.A.

(Demandantes)

y

la República Argentina
(Demandada)

Caso CIADI No. ARB/03/17

y entre

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

En el arbitraje enmarcado en el Reglamento de
la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional entre

AWG Group (Demandante)

y

la República Argentina (Demandada)

Fecha: 22 de octubre de 2007

DECISIÓN SOBRE LA PROPUESTA DE RECUSACIÓN DE UN MIEMBRO DEL TRIBUNAL DE ARBITRAJE

I. Antecedentes

1. El 17 de abril de 2003 el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (“CIADI” o “el Centro”) recibió una solicitud de arbitraje (“la Solicitud” o “la primera Solicitud”), presentada en contra la República Argentina (“la Demandada” o “Argentina”), por Aguas Argentinas S.A. (“AASA”), Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. (“AGBAR”), Vivendi Universal S.A. (“Vivendi”) y AWG Group Ltd (“AWG”) (en conjunto, “las Demandantes”). AASA era una compañía constituida en Argentina. Suez y Vivendi, ambas constituidas en Francia; AGBAR, constituida en España, y AWG, constituida en el Reino Unido, eran accionistas de AASA. La solicitud se refería a las inversiones de las Demandantes en una concesión de servicios de distribución de agua y tratamiento de aguas servidas en la Ciudad de Buenos Aires y algunos municipios de los alrededores, y a una serie de supuestos actos y omisiones cometidos por Argentina, incluida la supuesta omisión o negativa de Argentina de aplicar ajustes previamente acordados en los mecanismos de cálculo y ajuste de tarifas¹.

2. También el 17 de abril de 2003 el Centro recibió una segunda solicitud de arbitraje (“la Solicitud” o “la segunda Solicitud”) en contra de la República Argentina, por Aguas Provinciales de Santa Fe S.A. (“APSF”), Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. (“AGBAR”) e InterAguas Servicios Integrales del Agua, S.A. (“InterAguas”; en conjunto, “las Demandantes”). APSF era una compañía constituida en Argentina. Suez, constituida en Francia, y AGBAR e InterAguas, ambas constituidas en España, eran grandes accionistas de APSF. La segunda Solicitud se refería a las inversiones realizadas por las Demandantes en una concesión de servicios de distribución de agua y tratamiento de aguas servidas en la provincia argentina de Santa Fe, y a una

¹ En esa misma fecha, el Centro recibió otra solicitud de arbitraje bajo el Convenio del CIADI, relativa a concesiones de agua en Argentina, presentada por Aguas Cordobesas S.A., Suez y Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. Como se explica más abajo, el Centro registró esa solicitud y, según lo acordado por las partes, fue sometida a consideración del mismo Tribunal, pero este procedimiento fue terminado ulteriormente luego de un acuerdo entre las partes.

serie de supuestos actos y omisiones incurridos por Argentina, incluida la supuesta omisión o negativa de Argentina de aplicar ajustes previamente acordados en los mecanismos de cálculo y ajuste de tarifas.

3. En la primera Solicitud, las Demandantes Suez y Vivendi invocaron el consentimiento dado por Argentina a la solución de diferencias a través del arbitraje del CIADI previsto en el Tratado Bilateral sobre Inversiones de 1991 entre Francia y la República Argentina (el “TBI Argentina-Francia”)², y AGBAR invocó el consentimiento de Argentina previsto en el Tratado Bilateral sobre Inversiones de 1991 entre la República Argentina y el Reino de España (“TBI Argentina-España”)³. La Demandante AWG invocó el consentimiento de Argentina al arbitraje de diferencias relativas a inversiones en el marco del Tratado Bilateral sobre Inversiones de 1990 entre la República Argentina y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (“TBI Argentina-Reino Unido”)⁴, en cuyo Artículo 8(3) establece que en el supuesto de que una diferencia relativa a inversiones sea objeto de arbitraje internacional, Argentina y el inversor de que se trate pueden acordar en someter su diferencia ya sea al arbitraje del CIADI o al arbitraje previsto en el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (“Reglamento de la CNUDMI”), y que transcurrido un período de tres meses sin que se haya llegado a un acuerdo, las partes están obligadas a someter su diferencia a arbitraje en los términos previstos en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Aunque el plazo de tres meses requerido expiró sin que se llegara a un acuerdo, AWG, en su solicitud de arbitraje invitó

² Accord entre le Gouvernement de la République Française et le Gouvernement de la République Argentine sur l’encouragement et la protection réciproques des investissements (Acuerdo entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República Francesa para la promoción y la protección recíproca de las inversiones), firmado el 3 de julio de 1991 y en vigor desde el 3 de marzo de 1993; 1728 UNTS 298.

³ Acuerdo para la promoción y protección recíprocas de inversiones entre el Reino de España y la República Argentina, firmado en Buenos Aires el 3 de octubre de 1991 y en vigor desde el 28 de septiembre de 1992; 1699 UNTS 202.

⁴ Convenio entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte para la Promoción y la Protección de Inversiones, firmado el 11 de diciembre de 1990 y en vigor desde el 19 de febrero de 1993; Publicación No. 41 (1993) de *Treaty Series*.

a Argentina a que acordara extender el arbitraje del CIADI a las reclamaciones de AWG enmarcadas en el TBI Argentina-Reino Unido.

4. En la segunda Solicitud las Demandantes invocaron el consentimiento de Argentina a la solución de diferencias a través del arbitraje del CIADI previsto en el Tratado Bilateral sobre Inversiones de 1991 entre Francia y la República Argentina (“TBI Argentina-Francia”)⁵ y en el Tratado Bilateral sobre Inversiones de 1991 entre la República Argentina y el Reino de España (el “TBI Argentina-España”)⁶.

5. El 17 de abril de 2003 el Centro de conformidad con la Regla 5 de las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje (“Reglas de Iniciación”) del CIADI, acusó recibo y transmitió una copia de ambas solicitudes a la República Argentina y a la Embajada de Argentina en Washington D.C.

6. El 17 de julio de 2003 el Secretario General interino del Centro registró ambas Solicitudes, conforme a lo previsto en el Artículo 36(3) del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (el “Convenio del CIADI” o “el Convenio”). El caso relativo a la primera Solicitud fue registrado como Caso CIADI No. ARB/03/19, oficialmente caratulado como “Aguas Argentinas, Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina”. En esa misma fecha el Secretario General interino, de conformidad con la Regla de Iniciación 7, notificó a las partes el registro de la Solicitud y las invitó a constituir cuanto antes un tribunal de arbitraje. Argentina no consintió en extender la jurisdicción del CIADI a las reclamaciones de AWG, pero sí acordó en permitir que el caso, aunque sujeto al Reglamento de la CNUDMI, fuera administrado

⁵ Accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République Argentine sur l’encouragement et la protection réciproques des investissements (Acuerdo entre la República Argentina y la República Francesa para la promoción y la protección recíproca de las inversiones), firmado el 3 de julio de 1991, y en vigor desde el 3 de marzo de 1993; 1728 UNTS 298.

⁶ Acuerdo para la promoción y protección recíprocas de inversiones entre el Reino de España y la República Argentina, firmado en Buenos Aires el 3 de octubre de 1991, y en vigor desde el 28 de septiembre de 1992; 1699 UNTS 202.

por el CIADI. También el 17 de julio de 2003 el Secretario General interino del Centro registró la segunda Solicitud, conforme a lo previsto en el Artículo 36(3) del Convenio. Este caso fue registrado como Caso CIADI No. ARB/03/17, oficialmente caratulado como “Aguas Provinciales de Santa Fe S.A, Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. República Argentina”.

7. Las partes no pudieron llegar a un acuerdo sobre el número de árbitros que habían de formar los tribunales de arbitraje en estos casos ni sobre el método de nombramiento de los mismos. En consecuencia, el 22 de septiembre de 2003 las Demandantes solicitaron que los tribunales pertinentes fueran constituidos de conformidad con la fórmula establecida en el Artículo 37(2)(b) del Convenio del CIADI, es decir, un árbitro designado por cada parte y que el tercer árbitro, que presidiría el tribunal, fuera designado por acuerdo de las partes. Las Demandantes designaron a la profesora Gabrielle Kaufmann-Kohler, de nacionalidad suiza, como árbitro. La República Argentina, a su vez, designó como árbitro al profesor Pedro Nikken, de nacionalidad venezolana.

8. A falta de un acuerdo entre las partes sobre el nombre del árbitro que presidiría, el 21 de octubre de 2003 las Demandantes, invocando el Artículo 38 del Convenio del CIADI y la Regla 4 de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI (“Reglas de Arbitraje”), solicitaron al Centro que efectuara este nombramiento. Con el acuerdo de ambas partes, el Centro nombró al profesor Jeswald W. Salacuse, de nacionalidad estadounidense, como Presidente del Tribunal. Las partes acordaron que el mismo Tribunal entendiera en los tres casos arriba indicados, y además en un cuarto caso⁷ en contra de Argentina, referente a la privatización del sistema de agua de la Provincia de Córdoba; que fue ulteriormente terminado en virtud de un acuerdo entre las partes.

9. El 17 de febrero de 2004 el Secretario General Adjunto del CIADI, de conformidad con la Regla 6(1) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, notificó a las partes

⁷ Caso CIADI No. ARB/03/18.

que todos los tres árbitros habían aceptado sus nombramientos, por lo cual se entendía constituido el Tribunal e iniciado el procedimiento en esa fecha. En relación con su nombramiento, cada uno de los miembros del Tribunal efectuó las declaraciones correspondientes a la Regla 6 de las Reglas de Arbitraje del CIADI con respecto a las circunstancias que pudieran afectar su confiabilidad a los efectos de emitir un pronunciamiento independiente.

10. El 7 de junio de 2004 el Tribunal celebró una sesión con las partes en la sede del Centro, en Washington, D.C. Durante la sesión las partes de los casos del CIADI reiteraron que a su juicio el Tribunal se había constituido debidamente, de conformidad con las disposiciones pertinentes del Convenio y las Reglas de Arbitraje del CIADI, y que no tenían ninguna objeción que formular a ese respecto. De igual forma, en el caso regido por el Reglamento de la CNUDMI, AWG y Argentina también acordaron en que el Tribunal había sido debidamente constituido.

11. Habiendo sido debidamente constituido, el Tribunal procedió, conforme tanto a las Reglas del CIADI como al Reglamento de la CNUDMI, a conocer en los casos arriba mencionados y a emitir una serie de importantes decisiones referentes a sus cronogramas y procedimientos de presentación de documentos, la jurisdicción del tribunal⁸, solicitudes de un grupo de organizaciones no gubernamentales de participar como *amicus curiae*⁹, el desistimiento de determinadas partes y diversos otros asuntos referentes a la ordenada administración y procesamiento de los procedimientos arbitrales. Entre el 28 de mayo y el 1 de junio de 2007, el Tribunal, con la plena participación de las partes, celebró una audiencia sobre el fondo de la diferencia en el Caso CIADI No. ARB/03/17. Con respecto al Caso CIADI No. ARB/03/19 y al caso sujeto al Reglamento de la CNUDMI, una vez culminadas las diversas fases de presentación de documentos el Tribunal, con el consentimiento de las partes, señaló para la audiencia sobre el fondo del asunto el período

⁸ Decisión sobre Jurisdicción, 16 de mayo de 2006.

⁹ Resolución en respuesta a la petición de participación como *Amicus Curiae*, 17 de marzo de 2006.

comprendido entre el 29 de octubre al 8 de noviembre de 2007, disponiendo que la audiencia se celebrará en las oficinas del Centro, en Washington, DC.

II. La propuesta de recusación de la profesora Gabrielle Kaufmann-Kohler

12. El 12 de octubre de 2007, la Demandada presentó al Secretario del Tribunal una propuesta (en lo sucesivo “Propuesta de la Demandada”) basada en el Artículo 57 del Convenio y en la Regla 9 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, de recusación de la profesora Gabrielle Kaufmann-Kohler como miembro del Tribunal “... en virtud de la existencia objetiva de dudas justificadas respecto de su imparcialidad” (para. 1). El supuesto fundamento de esta solicitud surgió del hecho de que la profesora Kaufmann-Kohler había sido miembro de un tribunal del CIADI en el caso *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina*¹⁰ (en lo sucesivo “caso *Aguas del Aconquija*”), que había dictado un laudo en contra de Argentina el 20 de agosto de 2007.

13. El caso *Aguas del Aconquija*, referente a un conflicto entre las partes suscitado por la privatización del sistema de agua y cloacas en la Provincia argentina de Tucumán en 1995, tenía una dilatada historia, que comenzó con un arbitraje del CIADI iniciado en 1996 y que resultó en un laudo, dictado en 2000 que fue anulado posteriormente por una decisión sobre anulación en el 2002¹¹, que a su vez dio lugar a la constitución de un nuevo tribunal en abril de 2004, del cual era miembro la profesora Kaufmann-Kohler, habiendo sido designada por las demandantes del caso. Fue ese tribunal el que dictaría un laudo el 20 de agosto de 2007, por US\$105.000.000, más intereses y costas a favor de las demandantes y en contra de Argentina, el cual ha llevado a Argentina a promover la recusación de la profesora Kaufmann-Kohler como árbitro en los tres casos que considera el presente Tribunal. En la Propuesta de Argentina, que será analizada detenidamente más adelante en esta decisión, se alega que el laudo dictado en el caso *Aguas del Aconquija*

¹⁰ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3.

¹¹ Decisión sobre la anulación, 3 de julio de 2002 (inglés) (castellano).

presenta tantos errores, especialmente en cuanto a sus conclusiones sobre los hechos y su evaluación de la prueba, que la participación de la profesora Kaufmann-Kohler en la elaboración de esa decisión de por sí "... demuestran *prima facie* falta de imparcialidad de la mencionada árbitro, manifestándose a través de las inconsistencias más salientes del laudo que generan una plena falta de confianza hacia la Sra. Gabrielle Kaufmann-Kohler" (Propuesta de la Demandada, párrafo 8).

14. Cuando el Tribunal tuvo conocimiento de la Propuesta de la Demandada, la profesora Kaufmann-Kohler se abstuvo inmediatamente de participar en las deliberaciones del Tribunal, y de conformidad con la Regla 9 de las Reglas de Arbitraje del CIADI los dos miembros restantes suspendieron el 15 de octubre de 2007 los procedimientos en los tres casos arriba mencionados, transmitieron la Propuesta de la Demandada a las Demandantes, solicitándole sus observaciones, e invitaron a la profesora Kaufmann-Kohler a proporcionar las explicaciones que deseara ofrecer, de conformidad con la Regla de Arbitraje 9(3) del CIADI.

15. Mediante carta del 16 de octubre de 2007, la profesora Kaufmann-Kohler respondió, en parte como sigue:

"No deseo formular comentario alguno sobre el fondo de la propuesta, salvo manifestar que siempre he considerado mi obligación como árbitro actuar imparcialmente y formular juicios independientes, y que me propongo cumplir con esa obligación en estos arbitrajes, como en todos los otros en que actúo" (traducción al castellano del Tribunal).

El Tribunal también transmitió la explicación de la profesora Kaufmann-Kohler a las partes, para que formularan los comentarios que desearan.

16. El 17 de octubre de 2007 las Demandantes presentaron una carta en que solicitaban que la recusación formulada por Argentina fuera rechazada y que se mantuvieran las fechas fijadas para las audiencias sobre el fondo de la diferencia. El 17

de octubre de 2007 Argentina presentó una nueva carta, en que reiteraba su Propuesta a la luz de la declaración de la profesora Kaufmann-Kohler.

17. La Regla de Arbitraje 9(4) del CIADI requiere que en caso de recusación de un miembro de un tribunal de arbitraje "...los demás miembros la considerarán y votarán con prontitud en ausencia del árbitro cuya recusación se ha propuesto". Habiéndose abstenido la profesora Kaufmann-Kohler de participar en todas las deliberaciones del Tribunal hasta que se resolviera la recusación formulada contra ella, los restantes miembros del Tribunal que suscriben han considerado los diversos documentos presentados en el presente caso, así como las fuentes de derecho pertinentes, y han llegado a la decisión que a continuación se expresa.

III. Oportunidad de la propuesta de la Demandada

18. Un procedimiento de arbitraje ordenado y justo, si bien permite recusaciones a los árbitros por determinadas causales, normalmente requiere asimismo que esas recusaciones se promuevan dentro de los plazos pertinentes. Como ha señalado el profesor Albert Jan van den Berg en su Informe sobre el Procedimiento de Recusación, citado por Argentina en su propuesta (nota de pie 39), el manejo de las recusaciones implica un equilibrio de intereses, el primero de los cuales es que "... el arbitraje se realice en la forma expedita que corresponde, y se reduzca al mínimo la posibilidad de utilizar tácticas dilatorias"¹² (traducción al castellano del Tribunal). Reconociendo el hecho de que tales recusaciones pueden usarse en forma abusiva, las reglas sobre arbitraje generalmente establecen que no deben considerarse las recusaciones si son extemporáneas. En los tres casos sobre los que debe pronunciarse este tribunal, son aplicables dos conjuntos diferentes de reglas: el Convenio y las Reglas del CIADI, que se aplican a los Casos No. ARB/03/17 y No. ARB/03/19 y el Reglamento de la CNUDMI, que se aplica al caso *Anglian Water Limited (AWG) c. República Argentina*.

¹² Reproducido en T. Varady y otros, *International Commercial Arbitration: A Transnational Perspective* (segunda edición, 2003), pág. 381.

Consideramos en primer lugar la aplicación del Reglamento de la CNUDMI al último de los casos mencionados.

19. El Artículo 11 del Reglamento de la CNUDMI rige las recusaciones de árbitros. Su primer párrafo establece:

La parte que desee recusar a un árbitro deberá comunicarlo dentro de los quince días siguientes a la notificación del nombramiento del árbitro recusado a la parte recusante, o dentro de los quince días siguientes al conocimiento por esa parte de las circunstancias mencionadas en los artículos 9 y 10.

20. Las circunstancias a las que se hace referencia en los artículos 9 y 10 son “... todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de [la] imparcialidad o independencia [del árbitro recusado]”.

21. Conforme a la Propuesta de Argentina, la circunstancia que generó esas dudas fue el laudo dictado en el caso *Aguas del Aconquija*, el 20 de agosto de 2007. No es objeto de controversia que Argentina tuvo conocimiento de ese laudo en esa fecha. Por lo tanto, conforme al Reglamento de la CNUDMI, la última oportunidad de que disponía Argentina para recusar a la profesora Kaufmann-Kohler basándose en el conocimiento de esa circunstancia expiró el 4 de septiembre de 2007. Dado que el Tribunal no recibió la Propuesta de Argentina de recusación de la profesora Kaufmann-Kohler sino hasta el 12 de octubre de 2007, es decir alrededor de cincuenta y dos días después de que Argentina tuvo conocimiento de la decisión recaída en el caso *Aguas del Aconquija* y alrededor de treinta y ocho días después del vencimiento del plazo especificado en el Artículo 11(1) del Reglamento de la CNUDMI, su Propuesta no puede ser considerada conforme al Reglamento de la CNUDMI, por lo cual rechazamos por extemporánea su recusación en el caso *Anglian Water Group (AWG) c. Argentina*.

22. Con respecto a los dos casos del CIADI a ser decididos por el Tribunal, ni el Convenio del CIADI ni las Reglas del CIADI especifican un plazo definido, cuantificable, vencido el cual el pedido de recusación no pueda ser considerado. No

obstante, las Reglas del CIADI no dejan de establecer límites temporales. El Artículo 9(1) de las Reglas del CIADI establece:

La parte que proponga la recusación de un árbitro de conformidad con el Artículo 57 del Convenio presentará su propuesta al Secretario General sin demora y en todo caso antes que se cierre el procedimiento, dando a conocer las causales en que la funde. (Énfasis añadido)

La versión en inglés de la Regla 9 requiere que la parte que propone la recusación lo haga “promptly” *i.e.* sin demora. En el mismo sentido, conforme a la versión en francés de la Regla 9, la propuesta debe presentarse “*dans les plus brefs délais.*”. Para aplicar la Regla 9(1) es preciso establecer si Argentina presentó su propuesta “sin demora”.

23. La expresión “promptly” (sin demora) se define en el *Oxford English Dictionary* como “prontamente, rápidamente, de inmediato, sin ninguna tardanza”¹³ (traducción al castellano del Tribunal). En términos similares, el *Webster’s Unabridged Dictionary* (segunda edición), la define como “sin dilación, rápidamente, en forma expedita”¹⁴ (traducción al castellano del Tribunal). En su obra sobre el Convenio del CIADI, el profesor Christoph Schreuer se refiere al significado de “sin demora”, en el contexto específico de las recusaciones de árbitros, señalando:

“Sin demora” significa que la propuesta de recusación debe efectuarse tan pronto como la parte de que se trate tenga conocimiento de los fundamentos de una posible recusación¹⁵ (traducción al castellano del Tribunal).

¹³ *Oxford English Dictionary* (Oxford, Clarendon Press; Nueva York, Oxford University Press, 1989) pág. 620.

¹⁴ *Webster’s Unabridged Dictionary (New World Dictionaries/Simon and Schuster*, segunda edición, 1979) pág. 1441.

¹⁵ C.H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary* (Cambridge, Cambridge University Press, 2001) pág. 1198 (§10).

Conforme a las Reglas del CIADI, la sanción por la omisión de formular sin demora la objeción es la pérdida del derecho de hacerlo. Así, Schreuer señala asimismo:

Conforme a la Regla de Arbitraje 27 se considera que la parte que no objeta sin demora la violación de una norma pertinente ha renunciado a su derecho de hacerlo¹⁶ (traducción al castellano del Tribunal).

24. ¿Formuló Argentina sin demora su propuesta de recusación como árbitro de la profesora Kaufmann-Kohler en los dos casos regidos por las Reglas del CIADI? En el párrafo 3 de su Propuesta, Argentina basa en los siguientes argumentos su manifestación de que su Propuesta se presentó en tiempo:

“Aun siendo oportuna su presentación la República Argentina asegura que intentó formular este planteo con mayor anticipación. Pero una cosa es la fácil comprensión de la arbitrariedad cometida en el laudo que culmina un proceso por alguien que participó de él, y otra bien distinta es confeccionar un escrito para que esa comprensión sea alcanzada con certeza por quien no conoció el caso”.

25. En su carta del 17 de octubre de 2007 Argentina agregó, como justificación de su tardanza en la presentación de la Propuesta, que necesitaba cierto tiempo para analizar el laudo de *Aguas del Aconquija*, y agrega:

“...la República Argentina debió realizar la recusación en paralelo con la preparación de la audiencia del presente caso, con el enorme esfuerzo que ello implicó”.

¹⁶ Ídem, §10.

El Artículo 27 de las Reglas de Arbitraje del CIADI establece:

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

26. Comprendemos que un análisis del laudo dictado en el caso *Aguas del Aconquija*, cuyo texto abarca 265 páginas, así como un examen de la transcripción y otros documentos, es una tarea que podría requerir más de un día o dos. Por otra parte, la demora de cincuenta y tres días de Argentina en presentar su Propuesta --un documento de tan sólo 23 páginas-- no implica actuar sin demora, dadas las características del caso y el hecho de que las audiencias sobre el fondo estaban programadas para que tuvieran lugar dentro de un plazo de dos semanas a partir de la presentación del asunto. En la Propuesta de la Demandada no se exponen argumentos jurídicos complejos que pudieran haber requerido amplia investigación jurídica, y la detección de diversos errores de la transcripción de la audiencia tampoco es una tarea que razonablemente requiriera casi dos meses para ser alcanzada. Además, para facilitar el eficiente desarrollo del procedimiento de arbitraje, Argentina pudo haber notificado al Tribunal con mucha mayor anticipación su intención de recusar a uno de los árbitros, estableciendo sus argumentos básicos sobre ese tema, con documentos de apoyo a ser presentados posteriormente. Teniendo en cuenta todos esos factores, concluimos que Argentina no presentó su Propuesta de recusación de la profesora Kaufmann-Kohler “sin demora”, en la acepción dada a esa expresión por el Artículo 9(1) de las Reglas del CIADI, y que por lo tanto ha renunciado a formular esa objeción según lo dispuesto por el Artículo 27.

IV. Consideración sobre los aspectos sustanciales de la propuesta de recusación formulada por la Demandada

27. El Artículo 57 del Convenio del CIADI rige el proceso de recusación de árbitros. Establece que cualquiera de las partes puede proponer la recusación de un miembro del Tribunal basándose en cualquier hecho que indique que el árbitro en cuestión carece en forma *manifiesta* de las cualidades exigidas por el apartado (1) del Artículo 14. (Énfasis añadido). El Artículo 14(1) establece que:

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.* (Énfasis agregado)

28. Por lo tanto, a los efectos de llegar a una decisión sobre la Propuesta de Argentina es esencial determinar si la profesora Kaufmann-Kohler manifiestamente carece de la cualidad de ser una persona que inspire plena confianza en cuanto a la independencia de sus juicios, tal como Argentina parece alegar. Aunque Argentina no hizo referencia a este hecho, la versión en castellano del Artículo 14(1) del Convenio parece presentar leves diferencias con respecto a la versión en idioma inglés. La versión en castellano de ese artículo se refiere a una persona que "...[inspire] plena confianza en su imparcialidad de juicio". Como el tratado declara expresamente que las versiones en ambos idiomas son igualmente auténticas, aplicaremos los dos criterios –independencia e imparcialidad– para llegar a nuestras decisiones. Ese enfoque está en consonancia con el que aparece en numerosas reglas de arbitraje, que requieren tanto independencia como imparcialidad de parte de los árbitros¹⁷.

29. Los conceptos de independencia e imparcialidad, aunque mutuamente relacionados, con frecuencia se consideran claramente diferentes, aunque no siempre es fácil percibir con precisión la naturaleza de la distinción¹⁸. En términos generales, el concepto de independencia se refiere a la inexistencia de relaciones con una parte, que pueda influir sobre la decisión del árbitro. Por imparcialidad, en cambio, se entiende la inexistencia de un sesgo o predisposición favorable hacia alguna de las partes. Así, en el *Webster's Unabridged Dictionary* se define el término 'imparcialidad' como "el estar

¹⁷ El Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA) establece que los árbitros "deberán ser imparciales e independientes de las partes, y mantener esa condición en todo momento" (traducción al castellano del Tribunal). El Reglamento de Arbitraje Internacional de la Asociación Estadounidense de Arbitraje (AAA) establece que "[l]os árbitros que actúen conforme a estas reglas deberán ser imparciales e independientes" (traducción al castellano del Tribunal). El Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI destaca también la importancia de ambos conceptos en relación con las obligaciones de la autoridad nominadora con respecto a selección de árbitros, obligación del árbitro de dar a conocer las circunstancias que lo afecten y en relación con las causales de recusación.

¹⁸ A este respecto, véase Jean-François Poudret y Sébastien Besson, *Comparative Law of International Arbitration* (Sweet y Maxwell, 2007 (traducido por Berti & Ponti)), pág. 348.

libre de favoritismo, no estar parcializado a favor de una parte más que de la otra”¹⁹ (traducción al castellano del Tribunal). Por lo tanto, en ciertas situaciones es posible que un juez o árbitro sea independiente de las partes, pero no imparcial.

30. La independencia y la imparcialidad son estados de ánimo. Ni la Demandada ni tampoco los dos miembros de este Tribunal, ni ningún otro órgano están en condiciones de investigar el ánimo de ningún árbitro para determinar con absoluta certeza si esa persona es independiente o imparcial. Ese estado de ánimo sólo puede inferirse a través de los actos del árbitro en cuestión o de las personas con él vinculadas. Es por esa razón que el Artículo 57 requiere que la parte recusante pruebe cualquier hecho que indique una carencia manifiesta de imparcialidad o independencia.

31. ¿Cuál es el hecho que según alega la Demandada muestra manifiestamente la carencia de independencia e imparcialidad de la profesora Kaufmann-Kohler? El único hecho alegado para respaldar esa conclusión es que la profesora Kaufmann-Kohler participó en el laudo del caso *Aguas del Aconquija*, dictado el 20 de agosto de 2007, que suscribió. A ese respecto, la recusación de un árbitro formulada por Argentina en este caso difiere de las recusaciones planteadas en muchos otros casos.

32. En numerosos casos anteriores del CIADI referentes a recusaciones de árbitros –si es que no en la mayoría de ellos– el fundamento aducido fue una supuesta vinculación profesional o comercial entre el árbitro recusado, o entre alguno de sus asociados, y una parte del caso²⁰. Tal situación no existe en el presente caso. La Demandada no alega --ni ofrece, por cierto, prueba alguna al respecto-- que la profesora Kaufmann-Kohler, personas con ella vinculadas en la esfera jurídica y profesional, o cualquier persona vinculada con ella tenga o haya tenido algún tipo de relación, del género que fuere, con alguna de las partes del caso, ni mucho menos una relación que pueda afectar a su

¹⁹ Webster's Unabridged Dictionary (New World Dictionaries/Simon and Schuster, segunda edición, 1979), pág. 911.

²⁰ Véase, por ejemplo, Decisión acerca de la recusación del Presidente del Comité, Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. República Argentina (Caso CIADI No. ARB/97/3), que puede consultarse en línea en <http://www.worldbank.org/icsid/cases/10deci-s.pdf>

independencia como árbitro. Tal como lo reconocen los demás miembros de este Tribunal, así como los profesionales vinculados con la profesora Kaufmann-Kohler, ésta es conocida como una distinguida profesora universitaria, abogada y árbitro de la más alta jerarquía profesional, y la Demandada no ofrece ninguna prueba de hechos que la lleven a cuestionar su reputación y jerarquía, salvo el que ella haya sido miembro del Tribunal que por unanimidad dictó un laudo en el caso *Aguas del Aconquija*.

33. Más aún, corresponde señalar asimismo que el Tribunal del presente caso fue constituido el 17 de febrero de 2004 y ha funcionado sin objeciones de ninguna de las partes durante casi cuatro años, entendiendo en cuatro casos complicados, que en definitiva pasaron a ser tres. En ese período el Tribunal ha celebrado tres audiencias con las partes, se ha pronunciado sobre numerosas solicitudes y peticiones y ha mantenido innumerables interrelaciones juntos y con las partes, para cumplir sus funciones de acuerdo con los tratados y otras normas que rigen sus actuaciones. Argentina no ofrece prueba alguna con respecto al comportamiento de la profesora Kaufmann-Kohler durante ese período ni con respecto a ningún acto o hecho que lleve a cuestionar su independencia o imparcialidad. Efectivamente, no puede haber ninguna. Desde este punto de vista, los miembros del Tribunal que suscriben afirman del modo más categórico posible, basándose en su propio conocimiento y observación a lo largo de todo ese período, que desde la constitución del Tribunal, el 17 de febrero de 2004, la profesora Gabrielle Kaufmann-Kohler se ha desempeñado de conformidad con los estándares profesionales más altos y con la más estricta e incondicional independencia e imparcialidad.

34. Por lo tanto, el único hecho del que Argentina parece inferir falta de imparcialidad e independencia consiste en que la profesora Kaufmann-Kohler participó en la elaboración y suscribió el laudo dictado contra Argentina en el caso *Aguas del Aconquija*. A continuación consideraremos las consecuencias de ese hecho. Ante todo corresponde recordar que el Artículo 57 del Convenio del CIADI requiere una “carencia manifiesta de las cualidades exigidas” de un árbitro. El término “manifiesta” significa “obvia” o “evidente”. Christoph Schreuer, en su *Commentary*, señala que la utilización del vocablo

manifiesta impone a “la parte que formula la propuesta [de recusación de un árbitro] la carga de la prueba, que es relativamente pesada ...” (traducción al castellano del Tribunal)²¹. Por lo tanto, para concluir que la profesora Kaufmann-Kohler carece de independencia o imparcialidad tendríamos que concluir que su participación en el laudo de por sí prueba manifiestamente ese estado de ánimo. Hemos examinado el laudo dictado en el caso *Aguas del Aconquija* sin encontrar en su texto prueba alguna de falta de imparcialidad o independencia de parte de la profesora Kaufmann-Kohler. El laudo fue una decisión unánime dictada por tres distinguidos árbitros, incluyendo uno designado por Argentina. En su Propuesta, Argentina cuestiona muchas de las conclusiones de hecho a las que llegó ese tribunal y alega que como las interpretaciones de los hechos y la evaluación de la prueba a las que el mismo llegó son, en opinión de Argentina, erróneas, el tribunal, o por lo menos la profesora Kaufmann-Kohler, no pudo haber actuado en forma independiente e imparcial al llegar a esa decisión.

35. Con respecto al fundamento del argumento de Argentina, corresponde señalar que una diferencia de opinión sobre una interpretación de un conjunto de hechos no es de por sí prueba de falta de independencia o imparcialidad. Ciertamente es común, en todo el mundo, que los jueces y árbitros, cumpliendo honestamente sus funciones, lleguen a conclusiones de hecho o de derecho con las que discrepe alguna de las partes. La existencia de tal discrepancia no constituye de por sí prueba manifiesta de que ese juez o árbitro careciera de independencia o imparcialidad. Aun cuando un órgano de apelación en definitiva revoque esa decisión, esa revocación no constituiría de por sí prueba de falta de imparcialidad o independencia. Un juez o árbitro puede incurrir en un error de derecho o extraer conclusiones equivocadas sobre los hechos, y sin embargo ser independiente e imparcial. En modo alguno estamos aceptando o rechazando ninguna de las diversas impugnaciones formuladas por Argentina sobre los hechos a los que llegó el tribunal en el caso *Aguas del Aconquija*. No estamos en condiciones de llegar a esa conclusión. No hemos examinado los miles de páginas de los documentos de ese caso, ni hemos escuchado las declaraciones testimoniales recogidas a lo largo de once días, como lo hizo

²¹ C.H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary* (Cambridge, Cambridge University Press, 2001), pág. 1200 (§16).

el tribunal que entendió en ese caso. Las conclusiones sobre los hechos a las que se llega en un procedimiento arbitral o judicial dependen en forma decisiva de la evaluación de la credibilidad de los testigos. Las únicas personas que estaban en condiciones de llegar a esa conclusión en el caso *Aguas del Aconquija* eran los tres árbitros que habían participado en las audiencias y escuchado personalmente a los testigos. Si bien, como dos miembros del Tribunal somos competentes para juzgar la independencia e imparcialidad de la profesora Kaufmann-Kohler, sin embargo no tenemos competencia para examinar los aspectos sustanciales del laudo del caso *Aguas del Aconquija*.

36. ¿Aunque la profesora Kaufmann-Kohler sea independiente de las partes, cabe la posibilidad de concluir de que ella no sea imparcial con respecto a las partes, y específicamente con respecto a Argentina, por haber participado en la elaboración del laudo del caso *Aguas del Aconquija*? En términos más generales, ¿el hecho de que un árbitro o juez haya adoptado una decisión que la parte de un caso interprete como contraria a sus intereses significa que ese juez o árbitro no puede ser imparcial con respecto a esa parte en otro caso? Además, ¿el hecho de que un juez o árbitro haya llegado a conclusiones de derecho o de hecho en un caso significa que ese juez no pueda pronunciarse sobre el derecho y los hechos en forma imparcial en otro caso? Creemos que la respuesta a todas esas tres preguntas es no. La conclusión de que un árbitro o un juez carece de imparcialidad requiere pruebas mucho más sólidas que las consistentes en que ese árbitro haya participado en una decisión unánime con otros dos árbitros en un caso en que una parte de ese caso sea actualmente parte en un caso en el que ahora esté entendiendo ese árbitro o juez. Sostener lo contrario tendría graves consecuencias negativas en todo sistema de solución de diferencias.

37. También es importante subrayar que si bien Argentina es demandada en el caso *Aguas del Aconquija* y en los casos en los que está entendiendo el presente Tribunal, y que todos esos casos tienen origen en la privatización de sistemas de agua y cloacas en ese país, las dos situaciones son claramente diferentes. Por ejemplo, los casos en que está entendiendo el presente Tribunal están vinculados con las medidas y actos adoptados por el Gobierno argentino para hacer frente a la grave crisis que azotó al país en 2001. Esas

medidas y actos no gravitaron en medida alguna en el caso *Aguas del Aconquija*, que se originó en hechos ocurridos alrededor de cinco años antes. En segundo lugar, el presente Tribunal deberá aplicar los tratados bilaterales de inversiones celebrados por Argentina con España y el Reino Unido, ninguno de los cuales era aplicable en el caso *Aguas del Aconquija*. Finalmente, la aplicación de principios generales de derecho internacional, así como la determinación de la (eventual) existencia de daños y perjuicios, dependen en gran medida de los hechos específicos del caso, y los hechos a los que se refieren los casos en los que está entendiendo el presente Tribunal difieren radicalmente de los que están presentes en el caso *Aguas del Aconquija*.

38. Tras analizar los distintos argumentos formulados por Argentina en su Propuesta, sólo encontramos la creencia de Argentina, no respaldada por pruebas objetivas, de que el laudo dictado en el caso *Aguas del Aconquija*, debido a supuestas conclusiones erróneas sobre los hechos, basta para probar la falta de independencia e imparcialidad de la profesora Kaufmann-Kohler. En el párrafo 47 de su Propuesta, Argentina manifiesta: “Por los fundamentos expuestos, la República Argentina sostiene que la Sra. Kaufmann-Kohler manifiestamente no inspira plena confianza en su imparcialidad de juicio respecto del reclamo de las Demandantes”.

39. Aunque Argentina no plantea específicamente el tema en su Propuesta, la manifestación arriba citada lleva a preguntarse si, al aplicar los estándares del Artículo 14 del Convenio referentes a recusaciones, debe utilizarse un criterio subjetivo basado en la creencia de la parte reclamante, o un estándar objetivo, basado en una evaluación razonable de la prueba, realizada por un tercero. En otras palabras, cuando la versión en inglés del Artículo 14 se refiere a una persona “...who may be relied upon to exercise independent judgment (que inspire confianza plena confianza en su imparcialidad de juicio)”, ¿debemos examinar exclusivamente la convicción o falta de convicción de quien recusa, acerca de la presencia de esa cualidad, o debemos exigir pruebas que una persona razonable aceptaría como concluyentes, de la inexistencia de las cualidades que requiere el Artículo 14? Hemos llegado a la conclusión de que el Convenio exige un estándar objetivo.

40. Un requisito implícito en el Artículo 57 y en su exigencia de que la parte que recusa alegue un hecho que indique carencia *manifiesta* de las cualidades que el Artículo 14 exige de un árbitro, es que esa carencia se pruebe en forma objetiva, y que la mera creencia, por parte de quien formula la recusación, sobre la falta de independencia e imparcialidad del árbitro no basta para descalificar al árbitro recusado. Anteriores decisiones del CIADI sobre recusaciones de árbitros respaldan nuestra posición. Por ejemplo, en la Decisión sobre Recusación recaída en el caso *SGS c. Pakistán*²² se confirma esa opinión en los siguientes términos:

[L]a parte que recusa a un árbitro debe probar hechos que por su calidad o carácter permitan inferir razonablemente que evidentemente no puede confiarse en que la persona recusada haya de formular un juicio independiente en el caso concreto en que se efectúa la recusación²³ (traducción al castellano del Tribunal).

41. Dos árbitros, en el caso *Amco Asia Corp. c. Indonesia*²⁴ sostuvieron que la mera apariencia de parcialidad no era un fundamento suficiente para la recusación del árbitro. La parte que formula la recusación debe probar no sólo hechos que indiquen falta de independencia, sino también que ella es ‘manifiesta’ o ‘sumamente probable’, y no meramente ‘posible’ o ‘casi segura’²⁵. En la decisión sobre la recusación del presidente del comité de anulación en el caso *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/97/3) se adoptó un enfoque

²² *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República Islámica de Pakistán* (Caso CIADI No. ARB/01/13). Decisión acerca de la propuesta de la Demandante de descalificar al árbitro, del 19 de diciembre de 2002, 8 *ICSID Rep.* 398 (2005).

²³ Decisión sobre Recusación de SGS, página 5.

²⁴ Caso CIADI ARB/81/1, Decisión sobre la propuesta de recusación de un árbitro (24 de junio de 1982) (no compilada), al que se hace referencia en M.W. Tupman, “*Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Commercial Arbitration*” 38 *Int’l & Comp. L.Q.* 44 (1989), pág. 44. El caso se menciona también en C.H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary* (Cambridge, Cambridge University Press, 2001), pág. 1200 (§18).

²⁵ Ídem, pág. 45 (Decisión, pág. 8).

similar, al sostener que la parte que propone la recusación debe basarse en hechos comprobados, y “no meramente [en] alguna especulación o inferencia”²⁶.

De hecho, la aplicación de un estándar subjetivo, individual, en lugar de un estándar objetivo, permitiría a cualquiera de las partes de un arbitraje que por cualquier motivo no se sienta satisfecha con el proceso, poner fin a éste en forma discrecional, simplemente sosteniendo que un árbitro no es independiente o imparcial, lo que socavaría, y a decir verdad aniquilaría, el sistema de arbitraje entre inversionistas y Estados, tan cuidadosamente establecido por los Estados que acordaron el Convenio.

42. Tras examinar cuidadosamente las diversas alegaciones contenidas en la Propuesta de Argentina, no encontramos prueba alguna que indique, del modo que fuere, que la profesora Gabrielle Kaufmann-Kohler no haya actuado en forma independiente o imparcial en los casos arriba identificados. Por lo tanto declaramos infundada la Propuesta de Argentina de recusarla.

²⁶ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/97/3), Decisión acerca de la recusación del Presidente del Comité, párrafo 25.

IV. Conclusión

43. Concluimos que la Propuesta de Recusación de la profesora Gabrielle Kaufmann-Kohler formulada por Argentina debe ser rechazada, por ser extemporánea y porque en ella no se probó ningún hecho que indique manifiesta carencia de independencia o de imparcialidad. Al adoptar esta decisión hemos tenido en cuenta tanto la sinceridad con que Argentina ha presentado su propuesta y aducido argumentos a favor de la misma, como la obligación que nos imponen el Convenio y las Reglas del CIADI, de pronunciarnos sobre la cuestión en forma justa y sin demora, en observancia del sistema jurídico aplicable.

44. A partir de la fecha damos por terminado el estado de suspensión de los procedimientos en los casos arriba identificados y confirmamos el calendario de audiencias establecido de común acuerdo por las partes a fin de que sean celebradas desde el 28 de octubre de 2007 hasta el 8 de noviembre de 2007 en las oficinas del Centro, en Washington, D.C.

Profesor Jeswald W. Salacuse
Presidente

Profesor Pedro Nikken
Árbitro