

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

DECISIÓN SOBRE JURISDICCIÓN

CASO CIADI No. ARB/01/12

AZURIX CORP.

Demandante

c/

LA REPÚBLICA ARGENTINA

Demandada

Ante el Tribunal Arbitral formado por:

Dr. Andrés Rigo Sureda (Presidente)

Sir Elihu Lauterpacht, C.B.E. Q.C. (Arbitro)

Dr. Daniel H. Martins (Arbitro)

Secretaria del Tribunal
Claudia Frutos-Peterson

Washington, D.C., 8 de diciembre de 2003

INDICE

I.	ANTECEDENTES PROCESALES.....	4
II.	HECHOS.....	10
III.	POSICIONES DE LAS PARTES.....	11
1.	Primera excepción a la jurisdicción: acuerdo sobre la jurisdicción de los tribunales de La Plata y renuncia a cualquier otro fuero.....	12
2.	Segunda excepción a la jurisdicción: la diferencia presentada por Azurix ya ha sido presentada a los tribunales de Argentina de conformidad con el Artículo VII del APPRI (argumento de la “elección de vías”).....	19
3.	Azurix carece de <i>ius standi</i>	22
4.	Consecuencias adicionales aducidas por Argentina.....	24
5.	Solicitud adicional.....	25
IV.	LEGISLACIÓN APLICABLE.....	25
V.	CONSIDERACIONES.....	27
1.	Consideraciones preliminares.....	27
a)	Intento de solución amistosa.....	30
b)	Consentimiento de las partes a la jurisdicción del CIADI.....	30
c)	Nacional de otro Estado Contratante.....	31
d)	Diferencia de naturaleza jurídica.....	31
e)	Diferencia surgida directamente de una inversión.....	32
2.	<i>Ius standi</i>	36
3.	Primera excepción a la jurisdicción: acuerdo sobre la jurisdicción de los tribunales de La Plata y renuncia a cualquier otro fuero.....	40
4.	Segunda excepción a la jurisdicción: la diferencia ya se ha presentado a los tribunales de Argentina con arreglo al Artículo VII del APPRI (argumento de la “elección de vías”).....	46
5.	Alegación de consecuencias adicionales.....	50
a)	<i>Forum non conveniens</i>	50

b)	Determinación del alcance de los derechos según lo establecido en el Contrato de Concesión y ejercicio de funciones regulatorias	51
c)	Abuso de proceso	51
d)	Consecuencias económicas	52
e)	Cuestión del <i>alter ego</i>	52
f)	Doble reparación	53
VI.	DECISIÓN	53

DECISIÓN SOBRE JURISDICCIÓN

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1. El 19 de septiembre de 2001 la Demandante, Azurix Corp., sociedad anónima constituida en el Estado de Delaware, Estados Unidos de América (en lo sucesivo “Azurix” o “la Demandante”), presentó ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en lo sucesivo “el Centro”) una solicitud de arbitraje contra la Demandada, la República Argentina (en lo sucesivo “Argentina” o “la Demandada”). Azurix sostiene que Argentina violó obligaciones frente a Azurix que le imponían el Acuerdo entre la República Argentina y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones de 1991 (en lo sucesivo “el APPRI”; los tratados bilaterales de inversión en general serán mencionados como TBI), el derecho internacional y la legislación argentina en relación con las inversiones de Azurix en una sociedad de servicios públicos que distribuye agua potable y realiza el tratamiento y la eliminación de aguas residuales en la provincia argentina de Buenos Aires. Azurix sostiene que Argentina incurrió en los referidos incumplimientos a causa de su propia omisión y a través de los actos y omisiones de sus subdivisiones y dependencias políticas.

2. El Secretario General del Centro registró la solicitud de arbitraje de Azurix el 23 de octubre de 2001. El 12 de noviembre de 2001, las partes acordaron que el Tribunal estaría formado por tres árbitros, uno nombrado por cada parte y el tercer árbitro y Presidente del Tribunal nombrado por el Presidente del Consejo Administrativo del Centro. En consecuencia, Sir Elihu Lauterpacht, C.B.E. Q.C., y el Dr. Daniel H. Martins fueron designados árbitros por las partes, y el Dr. Andrés Rigo Sureda fue designado Presidente, luego de haber consultado a las partes. El 8 de abril de 2002 el Tribunal se consideró constituido e iniciado el procedimiento. El mismo día, y de acuerdo con la Regla 25 del Reglamento Administrativo y Financiero del

CIADI, las partes fueron notificadas del nombramiento de la Sra. Claudia Frutos-Peterson, consejera jurídica del CIADI, como secretaria del Tribunal Arbitral. El Tribunal celebró su primera sesión en Washington D.C. el 16 de mayo de 2002.

3. El Sr. R. Doak Bishop de King & Spalding, y el Sr. Guido Santiago Tawil, de M & M Bomchil, representan a la Demandante, y el Sr. Bishop representó a la Demandante en la primera sesión. El Dr. Horacio Daniel Rosatti, Procurador del Tesoro de la Nación Argentina, representa a la Demandada, y el Sr. Hernán Cruchaga y la Sra. Andrea G. Gualde, de la Procuración del Tesoro de la Nación, Buenos Aires, siguiendo instrucciones del entonces Procurador del Tesoro de la Nación, Dr. Ruben Miguel Citara, representaron a la Demandada en la primera sesión.

4. En la primera sesión, las partes acordaron que el Tribunal estaba debidamente constituido y no formularon objeción alguna contra ninguno de sus miembros; se señaló que el procedimiento se regiría por las Reglas de Arbitraje del CIADI, en vigencia desde el 26 de septiembre de 1984 (en lo sucesivo “las Reglas de Arbitraje”). Con respecto a los escritos que debían presentar las partes así como su número, secuencia y plazos, tras la realización de consultas con las partes, se anunció que la Demandante presentaría su Memorial dentro de un plazo de 150 días contados a partir de la primera sesión, que la Demandada presentaría su Memorial de Contestación dentro de un plazo de 150 días contados a partir de la fecha de recepción del Memorial, que el escrito de Réplica de la Demandante debía presentarse dentro de un plazo de 60 días a partir de la fecha de recepción del Memorial de Contestación, y que el escrito de Dúplica de la Demandada debía presentarse dentro de los 60 días siguientes a la fecha de su recepción de la Réplica. El Tribunal señaló también que, conforme a las Reglas de Arbitraje, la Demandada tenía derecho a formular objeciones a la jurisdicción dentro del plazo

señalado para la presentación de su Memorial de Contestación. Se acordó que, si la Demandada formulaba dichas excepciones, el cronograma antes mencionado se reiniciaría tras la reanudación de las actuaciones que se realizaren sobre el fondo del asunto.

5. El 15 de octubre de 2002, Azurix presentó su Memorial, en el que solicitó al Tribunal que declarara que Argentina había incumplido el APPRI al expropiar su inversión por medio de medidas equivalentes a la expropiación sin una compensación pronta, adecuada y efectiva (Artículo IV(1)), al no conferir un trato justo y equitativo, una entera protección y seguridad, así como el trato requerido por el derecho internacional (Artículo II(2)(a)), al tomar medidas arbitrarias que menoscaban el uso y disfrute de su inversión (Artículo II(2)(b)), al no cumplir con las obligaciones contraídas por Argentina con respecto a la inversión de Azurix (Artículo II(2)(c)), y al no ser transparente con respecto a los reglamentos, prácticas y procedimientos administrativos y sentencias que afectan la inversión de Azurix (Artículo II(7)). Asimismo, Azurix solicita que se ordene el pago de una indemnización por todos los daños y perjuicios sufridos, así como la adopción de todas las medidas necesarias para evitar futuros perjuicios para la inversión de Azurix. Ésta se reservó expresamente el derecho de solicitar el dictado de medidas provisionales conforme al Artículo 47 del Convenio del CIADI y la Regla 39 de las Reglas de Arbitraje.

6. El 7 de marzo de 2003, Argentina presentó un Memorial sobre jurisdicción, en el que formulaba dos excepciones a la competencia del Tribunal. En primer lugar, Azurix había accedido a presentar esta controversia ante los tribunales de la ciudad de La Plata renunciando a toda otra jurisdicción o fuero, y, en segundo lugar, Azurix ya había optado por un fuero conforme al Artículo VII del APPRI al presentar la controversia ante tribunales argentinos.

7. Conforme a lo dispuesto en la Regla 41(3) de las Reglas de Arbitraje, el 12 de marzo de 2002 el Tribunal suspendió las actuaciones sobre el fondo del asunto y fijó fechas para la presentación de escritos sobre jurisdicción: Azurix debía presentar un Memorial de Contestación sobre esa materia dentro de un plazo de 60 días contados a partir de la fecha en que hubiera recibido el Memorial de Argentina sobre jurisdicción; Argentina debía presentar su Réplica dentro de los 30 días siguientes a la fecha de recepción del Memorial de Contestación, y Azurix debía presentar su escrito de Dúplica dentro de los 30 días siguientes a la recepción de la Réplica de Argentina.

8. Mediante escrito de fecha 12 de marzo de 2003, Azurix solicitó al Tribunal que uniera la cuestión de la jurisdicción al fondo del asunto. El Tribunal solicitó al respecto comentarios de Argentina el 21 de marzo de 2003. El Tribunal recibió las observaciones de Argentina el 27 de marzo de 2003. Azurix contestó a las observaciones de Argentina el 2 de abril de 2003, y el 4 de abril de 2003 el Tribunal confirmó que las actuaciones sobre el fondo del asunto continuarían suspendidas hasta que se hubiera resuelto la cuestión de la jurisdicción.

9. Azurix presentó su Memorial de Contestación sobre jurisdicción el 13 de mayo de 2003.

10. El 10 de junio de 2003, Argentina solicitó que el plazo para presentar su Réplica sobre jurisdicción se prorrogara hasta el 4 de agosto de 2003 con motivo de cambios institucionales en su Gobierno. Teniendo en cuenta las circunstancias del caso, y después de invitar a la Demandante a que formulara comentarios sobre la solicitud, el 16 de junio de 2003 el Tribunal otorgó dicha solicitud, e informó a las partes que la Demandante tendría derecho a una prórroga equivalente en caso de solicitarla.

11. El 1 de julio de 2003 el Dr. Horacio Daniel Rosatti informó al Tribunal que había sido nombrado Procurador del Tesoro de la Nación.

12. El 15 de julio de 2003, Azurix presentó una solicitud de medidas provisionales (de fecha 14 de julio de 2003), complementada ulteriormente por dos cartas fechadas el 21 y el 28 de julio de 2003. En dicha solicitud se promovía la adopción de una medida provisional en la que se recomendaba que Argentina se abstuviera de incurrir, por sí misma o a través de cualquiera de sus subdivisiones políticas, en cualquier acto u omisión que pudiera agravar o ampliar la controversia, teniendo especialmente en cuenta el actual concurso preventivo de Azurix Buenos Aires S.A. (en lo sucesivo “ABA”), la subsidiaria argentina de Azurix, o cualquier otra medida que tuviera idénticos efectos.

13. A solicitud del Tribunal, el 24 de julio de 2003, Argentina presentó observaciones a la solicitud de medidas provisionales de Azurix, promoviendo su rechazo con condena en costas y solicitando al Tribunal que intimara a la Demandante a presentar un original de la sentencia de la Cámara de Apelaciones de la Provincia de Buenos Aires.

14. El Tribunal, mediante una decisión del 6 de agosto de 2003, rechazó la solicitud de medidas provisionales presentada por Azurix, por considerar que, dadas las circunstancias del caso y la fase en que se encontraban las actuaciones, no estaba en condiciones de recomendar la medida solicitada ni de proponer otras con el mismo objetivo. No obstante, el Tribunal invitó a las partes a abstenerse de adoptar medidas de cualquier género que pudieran agravar o ampliar la controversia sometida a arbitraje, y tomó nota de las declaraciones formuladas por Argentina, según las cuales la Provincia de Buenos Aires (en lo sucesivo “la Provincia”) admite que las sumas pagaderas por servicios prestados por ABA antes del 7 de marzo de 2002 pertenecen a

ABA, y que las cobradas o las que hubieren de cobrarse en el futuro han sido o serán depositadas en una cuenta bancaria especial, y que la situación descrita en la solicitud de Azurix no afectaría la posibilidad de hacer cumplir o ejecutar el laudo que se emitiera sobre el fondo del asunto. El Tribunal dejó para una etapa ulterior de las actuaciones su decisión sobre las costas referidas en la solicitud de medidas provisionales y consideró innecesario intimar a la Demandante a proporcionar al Tribunal copia de la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones.

15. Argentina presentó su escrito de Réplica sobre jurisdicción el 4 de agosto de 2003. Azurix presentó su escrito de Dúplica el 29 de agosto de 2003.

16. La audiencia sobre jurisdicción tuvo lugar en Londres los días 9 y 10 de septiembre de 2003. Las partes estuvieron representadas por los señores R. Doak Bishop, Guido Santiago Tawil, Ignacio Minorini Lima y Craig S. Miles, en nombre de la Demandante. Los señores Carlos Ignacio Suárez Anzorena y Jorge Barraguirre y la señora Beatriz Pallarés, de la Procuración del Tesoro de la Nación, y el señor Osvaldo Siseles, de la Secretaría Legal y Administrativa del Ministerio de Economía y Producción, representaron a la Demandada.

17. En la audiencia, la Demandada solicitó al Tribunal que, si se declaraba competente, ampliara a 90 días el plazo de que dispondría para presentar su Memorial de Contestación. El Presidente del Tribunal invitó a los representantes de la Demandante a formular comentarios sobre la solicitud. Dichos representantes se opusieron a lo solicitado, en razón de las prórrogas ya otorgadas de los plazos acordados para la presentación de memoriales en la primera sesión. En la audiencia, el Tribunal informó a las partes que tomaría nota de la solicitud de la Demandada, así como de los comentarios formulados por la Demandante, y que resolvería la cuestión más adelante.

18. El 14 de octubre de 2003 el Tribunal dio seguimiento a la solicitud de Argentina, hecha de acuerdo con el Artículo 1 del Protocolo del APPRI, de que la Demandante presentara pruebas de la propiedad o control de la inversión compatible con el Artículo I(1)(a) del APPRI. La Demandante cumplió el 21 de octubre de 2003 con la petición del Tribunal.

II. HECHOS

19. En 1996, la Provincia inició el proceso de privatización de los servicios de la Administración General de Obras Sanitarias de la Provincia de Buenos Aires (en lo sucesivo “AGOSBA”), la sociedad de propiedad de la Provincia y operada por ella que prestaba servicios de agua potable y saneamiento en la Provincia. La Provincia promulgó la Ley 11.820 creando el marco regulatorio para privatizar los servicios de agua de AGOSBA, y en virtud de la cual se otorgaría al futuro operador de los servicios de agua una concesión que sería supervisada y regulada por una nueva autoridad reguladora establecida a esos efectos: el Organismo Regulador de Aguas Bonaerense (en lo sucesivo “ORAB”). El concesionario debía ser una sociedad constituida en Argentina.

20. El proceso de privatización estuvo a cargo de la Comisión de Privatización, que ofertó la concesión en el mercado internacional basándose en la Ley 11.820 y en un conjunto de documentos contractuales preparados conforme a dicha ley por ORAB, incluidos el pliego de la licitación y un borrador del Contrato de Concesión.

21. La propuesta fue realizada por dos sociedades del grupo de sociedades de Azurix constituidas con ese fin específico: Azurix AGOSBA S.R.L. (en lo sucesivo “AAS”) y Operadora de Buenos Aires S.R.L. (en lo sucesivo “OBA”). AAS y OBA son compañías subsidiarias indirectas de Azurix. AAS está registrada en Argentina, el 0,1% de su propiedad

pertenece a Azurix y el 99,9% a Azurix Argentina Holdings Inc. (una sociedad incorporada en Delaware), que a su vez es de propiedad plena de Azurix. OBA, también registrada en Argentina, es de propiedad plena de Azurix Agosba Limited, sociedad registrada en las Islas Caimán que a su vez es de propiedad plena de Azurix Agosba Holdings Limited, también registrada en las Islas Caimán. Azurix es propietaria del 100% de las acciones de Azurix Agosba Holdings Limited.

22. Una vez adjudicada la licitación, AAS y OBA constituyeron ABA en Argentina para que actuara como concesionaria. El 30 de junio de 1999, ABA pagó a la Provincia un “Canon” de 438.555.554 de pesos argentinos (en lo sucesivo “el Canon”).¹ Con el pago del Canon, ABA, AGOSBA y la Provincia ejecutaron el Contrato de Concesión, que confería a ABA una concesión por 30 años para la distribución de agua potable y el tratamiento y la eliminación de aguas residuales en la Provincia. El traspaso del servicio tuvo lugar el 1 de julio de 1999.

III. POSICIONES DE LAS PARTES

23. La Demandada presenta dos excepciones a la jurisdicción :

-Azurix aceptó someter a la jurisdicción de los tribunales de La Plata la solución de todas las controversias, y renunció a cualquier otro fuero.

En toda la documentación contractual pertinente para la inversión se prevé la jurisdicción de los tribunales administrativos de La Plata (tribunales provinciales) y la renuncia a la jurisdicción de cualquier otro fuero o ámbito jurisdiccional, incluido el de un tribunal del CIADI, y

¹ En la fecha en que se pagó el Canon, el peso argentino tenía una paridad de uno a uno con el dólar de los Estados Unidos. La paridad del peso argentino con el dólar estadounidense se mantuvo hasta el 31 de diciembre de 2001, cuando Argentina estableció el sistema de “pesificación” como respuesta a su crisis económica.

- *El argumento de la “elección de vías” previsto en el Artículo VII del APPRI.* A través de ABA, su *alter ego*, Azurix optó, conforme al Artículo VII del APPRI, por someter la controversia a la jurisdicción de los tribunales locales de la República Argentina, al promover la revisión judicial y las actuaciones legales en esos fueros.

24. La Demandada sostiene también que la Demandante carece de *ius standi* para plantear esta controversia ante el Tribunal, ya que es una accionista indirecta de ABA.

25. Al fundamentar las dos excepciones principales, la Demandada plantea varias cuestiones incidentales, principalmente en relación con las supuestas consecuencias en caso de que el Tribunal se declare competente. Esas cuestiones parecen plantear temas claramente diferenciados, no necesariamente vinculados con las excepciones en cuyo contexto se formulan, por lo cual el Tribunal se referirá a las mismas por separado.

1. Primera excepción a la jurisdicción: acuerdo sobre la jurisdicción de los tribunales de La Plata y renuncia a cualquier otro fuero

26. En todas las cláusulas sobre selección de fueros contenidas en la documentación contractual referente a la inversión se dispone que todas las controversias enmarcadas en el Contrato de Concesión o relativas al mismo deben someterse a los tribunales en lo contencioso-administrativo de la ciudad de La Plata:

-La Cláusula 1.5.5 del Pliego de Bases y Condiciones de la Licitación (en lo sucesivo “Pliego de Bases”), “Compromisos”, establece la jurisdicción exclusiva de los tribunales en lo contencioso-administrativo de la Ciudad de La Plata “para todos los conflictos que puedan suscitarse con relación a

la Licitación, con renuncia a cualquier otro fuero, jurisdicción o inmunidad que pudiera corresponder”.²

-La Cláusula 2.16 del Pliego de Bases, “Jurisdicción”, dispone que “[p]ara todas las cuestiones que surjan con relación a la Licitación será competente el fuero en lo contencioso-administrativo de la ciudad de La Plata, con renuncia a cualquier otro fuero, jurisdicción o inmunidad que pudiera corresponder”.³

-La Cláusula 16.7 del Contrato de Concesión dispone que: “En caso de cualquier controversia relativa a la interpretación y ejecución del Contrato, el Concedente [las Autoridades Ejecutivas de la Provincia de Buenos Aires] y el Concesionario [ABA] se someten al fuero en lo contencioso-administrativo competente de la ciudad de La Plata, con renuncia expresa a cualquier otro fuero o jurisdicción que pudiera corresponderles por cualquier causa”.⁴

-La Demandante misma acordó, en las cartas compromiso tituladas “Compromiso y Garantía de la Sociedad Controlante Común del Operador” y “Compromiso y Garantía de la Sociedad Controlante del Grupo Económico” (en lo sucesivo Cartas Compromiso): “nos sometemos a la jurisdicción ... de la ciudad de La Plata, ... para cualquier conflicto derivado de la aplicación o interpretación de la presente, con expresa renuncia a cualquier otro fuero o jurisdicción”.⁵

-En su Circular Aclaratoria 11(A), la Comisión de Privatización declaró que en toda controversia entre las partes son competentes los tribunales de

² Memorial sobre jurisdicción de Argentina, párr. 34. (Énfasis en el original).

³ Ibid., párr. 35. (Énfasis en el original).

⁴ Ibid., párr. 38. (Énfasis en el original).

⁵ Ibid., párrs. 39-45. (Énfasis en el original).

la ciudad de La Plata, y aclaró que el Pliego de Bases dispone expresamente la renuncia a todo otro fuero o jurisdicción. Esta declaración se efectuó como respuesta a la solicitud de un oferente que, advirtiendo el contenido de la cláusula sobre jurisdicción contenida en el Pliego de Bases, solicitó que se aclarara que Argentina cumpliría sus compromisos conforme a los TBI de los que es parte, que prevén un arbitraje internacional.⁶

27. (El Pliego de Bases, el Contrato de Concesión, las Cartas Compromiso y la Circular Aclaratoria 11(A) reciben en lo sucesivo la denominación de “documentos contractuales”).

28. La Demandada manifiesta su desacuerdo con recientes laudos arbitrales⁷ según los cuales las cláusulas contractuales sobre jurisdicción no excluyen la jurisdicción de tribunales internacionales enmarcados en un tratado internacional, ya que no reconocen el principio *pacta sunt servanda*, ni tienen en cuenta las condiciones contractuales acordadas por las partes así como por el Artículo 26 del Convenio del CIADI que “admite el pacto en contrario con relación a la presunción de que se deben agotar [todos] los remedios internos”⁸.

⁶ Ibid., párrs. 46-48.

⁷ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c/ República Argentina*, (Caso CIADI No. ARB/97/3) 16 *ICSID Rev.-FILJ* 641 (2001), *Salini Costruttori S.p.A. et Italstrade S.p.A c/. Reino de Marruecos*, (Caso CIADI No. ARB/00/4), Decisión sobre jurisdicción, 23 de julio de 2001, 129 *Journal de Droit International* (2002), y *Lanco International Inc. c/ República Argentina*, decisión preliminar sobre jurisdicción, 8 de diciembre de 1998, 5 *ICSID Rep.* 367 (en lo sucesivo *Vivendi I*, *Salini* y *Lanco*, respectivamente). Párr. 53 y ss del Memorial sobre jurisdicción de Argentina.

⁸ Memorial sobre jurisdicción de Argentina, párrs. 58-59. El Artículo 26 del Convenio del CIADI establece: “Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio”.

29. La Demandada sostiene, asimismo, que de todos modos este caso puede distinguirse de la reciente jurisprudencia mencionada, dada la expresa renuncia a todo fuero, exceptuado el de los tribunales de la ciudad de La Plata, en relación con cuestiones referidas al Contrato de Concesión, y que esa renuncia comprende la posibilidad de someter a arbitraje internacional una controversia enmarcada en el Contrato de Concesión.⁹ La Demandante conocía el alcance de la renuncia acordada.¹⁰ La Demandada hace referencia a la Cláusula Calvo y sostiene, citando al entonces juez Jessup, que una persona puede renunciar a los derechos de que es titular conforme al derecho internacional. En otras palabras, Azurix podía renunciar, y efectivamente renunció, a los derechos que le confiere el APPRI. Argentina cita los casos *Woodruff v. Venezuela* (en lo sucesivo *Woodruff*)¹¹ y *North American Dredging Company of Texas v. United Mexican States* (en lo sucesivo *North American Dredging*)¹² en apoyo de su argumento de que la renuncia específica a la jurisdicción establecida en un contrato prevalece sobre la jurisdicción de un tribunal internacional emanada de un tratado, y que una persona puede renunciar a esos derechos, salvo los referentes a protección diplomática y denegación de justicia.¹³

30. Además, la Demandada mantiene que la Demandante está obligada a cumplir lo previsto en el Pliego de Bases y en el Contrato de Concesión a través de las subsidiarias de su

⁹ Ibid., párr. 60.

¹⁰ Ibid. párr. 61.

¹¹ *Woodruff c/ Venezuela*, RIAA, volumen IX, Hague ICJ Register, p. 213.

¹² *North American Dredging Company of Texas v. United Mexican States*, RIAA, volumen IV, Hague ICJ Register, p. 26.

¹³ Memorial sobre jurisdicción de Argentina, párrs. 62-73.

propiedad, AAS y OBA, que participaron en la licitación porque: (a) esas sociedades “eran simplemente instrumentales y constituían un simple *alter ego*”; (b) Azurix misma compareció por escrito en el proceso de licitación, presentando cartas compromiso, y (c) Azurix reconoció la “conexión directa” a través de la redacción que dio a su Memorial.¹⁴

31. En su Memorial de Contestación sobre jurisdicción, la Demandante rechazó lo alegado por Argentina. En forma resumida la Demandante alega que las disposiciones sobre jurisdicción y renuncia contenidas en los documentos contractuales se refieren exclusivamente al incumplimiento ordinario de obligaciones contractuales, y no requieren la presentación de una reclamación enmarcada en el APPRI ante tribunales locales, y Argentina pasa por alto la distinción entre las obligaciones del Estado parte que recibe una inversión enmarcada en un APPRI con respecto a una inversión en ese Estado y las obligaciones contenidas en la documentación contractual en que se basa la inversión.

32. La Demandante añade: La cláusula sobre jurisdicción prevista en el Pliego de Bases limita su contenido a los “conflictos que pudieran suscitarse con relación a la Licitación”, y el término “Licitación” se define como “el procedimiento de selección regulado por el Pliego, hasta la firma del Contrato de Concesión”, por lo cual esas Condiciones dejan de aplicarse una vez celebrado el Contrato de Concesión.¹⁵ Del mismo modo, la cláusula sobre jurisdicción del Contrato de Concesión se aplica a las controversias referentes “a la interpretación y ejecución del Contrato [de Concesión]”; en otras palabras, no se aplica a reclamaciones que se susciten en el

¹⁴ Ibid., párrs. 55-57.

¹⁵ Memorial de contestación sobre jurisdicción de la Demandante, párrs. 34-38.

marco del APPRI.¹⁶ Las disposiciones sobre jurisdicción previstas en las Cartas Compromiso se refieren exclusivamente “a las presentes”, es decir, a las obligaciones estipuladas para tener la certeza de que OBA posee los conocimientos técnicos necesarios o acceso a los mismos, y de que Azurix se abstendría de cambiar la estructura propietaria de ABA durante seis años y tendría a la Provincia razonablemente informada de los cambios de control durante doce años a partir de la fecha del Contrato de Concesión. Las Cartas Compromiso no obligan a Azurix a cumplir el Pliego de Bases ni el Contrato de Concesión.¹⁷

33. Además no existe identidad entre las actuales reclamaciones de ABA ante los tribunales locales y la reclamación de Azurix ante el Tribunal en el marco del Convenio, porque las reclamaciones y las partes difieren: (i) las partes del Pliego de Bases son la Provincia, AAS y OBA, y no Azurix y Argentina; (ii) en virtud de las Cartas Compromiso suscritas por Azurix (los únicos documentos contractuales suscritos por esa sociedad), fueron realizadas para asegurar que OBA cumpliría sus obligaciones como operador técnico calificado conforme a las Condiciones de la Licitación; (iii) Argentina no es beneficiaria de los compromisos asumidos por Azurix en las Cartas Compromiso; y (iv) el Contrato de Concesión fue suscrito por la Provincia, AGOSBA y ABA, siendo esta última la subsidiaria constituida en Argentina designada concesionaria conforme al Contrato tal como lo requería el Pliego de Bases.¹⁸

34. La Circular Aclaratoria 11(A) no puede tener el efecto que le atribuye Argentina porque: (i) la Comisión de Privatización no dio respuesta a la pregunta que se le planteó; (ii)

¹⁶ Ibid., párrs. 40-41.

¹⁷ Ibid., párrs. 45-50.

¹⁸ Ibid., párrs. 22-26.

tanto la pregunta como la respuesta se referían exclusivamente a las Condiciones de la Licitación; (iii) toda renuncia a derechos referentes a inversiones debe ser expresa e inequívoca (se cita el caso *North American Dredging*), y ni la pregunta ni la respuesta contenidas en la Circular 11(A) entrañan una renuncia expresa e inequívoca de ese género; iv) el órgano provincial que respondió a la pregunta contenida en la Circular 11(A), la Comisión de Privatización, no podía modificar ni revocar obligaciones asumidas por Argentina en el marco de tratados; (v) los tratados prevalecen sobre los reglamentos locales, y la Provincia no está facultada para alterar o rescindir obligaciones previstas en tratados; y (vi) sólo Argentina puede decidir si las subdivisiones y organismos que la constituyen están legitimados para comparecer ante un tribunal del CIADI, y Argentina no efectuó una designación de ese tipo con respecto a la Provincia.¹⁹

35. Además, en virtud de la estructura constitucional argentina, los tribunales provinciales locales carecen de competencia en razón de la materia y de la persona para entender de reclamaciones contra el gobierno federal basadas en el APPRI -sólo son competentes los tribunales federales. Por lo tanto, el alcance de las disposiciones sobre elección de fuero se limitan a las reclamaciones contractuales.²⁰ En todo caso, Azurix puede optar, conforme al Artículo VII.2(3) del APPRI, entre presentar su controversia al CIADI o de conformidad con cualquier procedimiento de solución de controversias acordado con anterioridad.²¹

¹⁹ Ibid., párrs. 54-80.

²⁰ Ibid., párrs. 82-89 y 91-92.

²¹ Ibid., párrs. 93-101.

36. Según la Demandante, las decisiones adoptadas por los tribunales del CIADI en *Lanco y Salini*, y las decisiones de los Comités *ad hoc* con respecto a *Compañías de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c/ República Argentina* (en lo sucesivo *Vivendi II*)²² y *Wena Hotels Ltd v. Egypt*²³ respaldan la conclusión de que el Tribunal es competente en el caso de autos.²⁴

2. Segunda excepción a la jurisdicción: la diferencia presentada por Azurix ya ha sido presentada a los tribunales de Argentina de conformidad con el Artículo VII del APPRI (argumento de la “elección de vías”)

37. Argentina sostiene que el Tribunal no es competente porque Azurix ya planteó su controversia a los tribunales argentinos, ejerciendo así la opción sobre jurisdicción prevista en el Artículo VII del APPRI. ABA ha interpuesto cinco recursos administrativos (doce hasta el momento),²⁵ y la controversia entre ABA y la Provincia con respecto a la rescisión del Contrato de Concesión fue sometida a la Corte de Justicia de la Provincia. Además, según Argentina, Azurix y ABA reconocen, en los alegatos que presentaron en el caso ante esa Corte, que los fundamentos de su acción judicial son idénticos a los presentados ante el Tribunal del CIADI.²⁶

38. En su respuesta, la Demandante sostiene que Argentina no tuvo en cuenta la existencia de pretensiones ante el Tribunal independientes del Contrato de Concesión y concluye erróneamente que Azurix presentó demandas ante tribunales administrativos y tribunales

²² *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic*, Decisión del Comité *ad hoc* del 3 de julio de 2002, 41 *ILM* 1135 (2002).

²³ *Wena Hotels Ltd. v. Egypt*, Decisión del Comité *ad hoc* del 5 de febrero de 2002, 41 *ILM* 933 (2002).

²⁴ Memorial de contestación sobre jurisdicción de la Demandante, párrs. 102-148.

²⁵ Memorial sobre jurisdicción de Argentina, párrs. 78-79 y pie de página 69 de la Réplica sobre jurisdicción de la Demandante.

²⁶ *Ibid.* párrs. 80-85.

provinciales en relación con el APPRI. Además, no existe identidad de partes ni de objeto entre las actuaciones tramitadas ante los tribunales argentinos y las sustanciadas ante el Tribunal.²⁷

39. La Demandante no admite que ORAB - el órgano que conoce de las demandas administrativas - revista el carácter de tribunal judicial o administrativo a los efectos del Artículo VII del APPRI y de la legislación argentina.²⁸ ORAB fue creado como órgano regulador, y no como órgano judicial con potestad de resolver controversias; y, respecto de ABA, se limita a considerar sus decisiones anteriores y no actúa como órgano judicial imparcial. Los tribunales federales argentinos han declarado que los órganos constituidos del mismo modo que ORAB carecen de capacidad para cumplir funciones de tipo judicial, salvo en circunstancias específicas. Incluso en dichos casos, los tribunales se muestran reacios a describir a esos órganos como “tribunales administrativos” y el ejercicio de cualquier potestad de ese género se limita a controversias entre partes privadas. En todo caso, los derechos de Azurix en el marco del APPRI no están en juego en ninguna medida en las instancias consideradas por ORAB.²⁹

40. La Demandante afirma además que la solicitud de arbitraje fue presentada ante el Centro antes de que se iniciaran las actuaciones ante los tribunales locales, por lo cual, conforme a las disposiciones sobre jurisdicción del APPRI, ese acto de Azurix no implica elección de fuero.³⁰ En todo caso, ABA interpuso la acción local con el fin específico de preservar su

²⁷ Memorial de contestación sobre jurisdicción, párrs. 154, 159 y ss.

²⁸ Ibid. párrs. 158.

²⁹ Ibid., párrs. 167-175.

³⁰ Ibid., párrs. 180-182. Para una lista de casos ante la Suprema Corte de la Provincia, ver también pie de página 69 de la Dúplica sobre jurisdicción de la Demandante.

posición conforme a la legislación provincial.³¹ ABA solicitó al tribunal que se abstuviera de llevar adelante los procedimientos porque Azurix optó por promover el arbitraje en el marco del APPRI ante un tribunal del CIADI³², aunque Azurix reconoce que “[el APPRI] no impone requisito alguno de que ABA renuncie a la presentación de sus reclamos ante los tribunales locales o suspenda los ya planteados para que Azurix pueda recurrir al CIADI con el fin de presentar sus reclamos distintos e independientes por la violación del [APPRI]”.³³ En todo caso, ABA está obligada, conforme a la legislación pertinente sobre sociedades, a adoptar todas las acciones legales posibles necesarias para proteger a sus accionistas.³⁴

41. En la medida en que plantean cuestiones nuevas, no expuestas anteriormente por Argentina, los argumentos formulados por Argentina en su escrito de Dúplica para rechazar las alegaciones de Azurix pueden resumirse del modo siguiente:

-La aseveración de Azurix de que la Provincia no puede limitar o modificar ningún acuerdo internacional es básicamente cierta, pero no pertinente, porque Azurix estaba facultada para renunciar a sus derechos como inversor en el marco del APPRI, como en efecto hizo. La posibilidad de una renuncia de ese género fue reconocida por el Comité *ad hoc* en *Vivendi II*. Argentina no ha sostenido que Azurix haya renunciado a la jurisdicción del CIADI como tal, sino que “existió una renuncia a plantear controversias en materia de inversiones relativas a la interpretación y ejecución ante las jurisdicciones dispuestas en el Tratado”, y Azurix no puede reformularla como si fuera una negativa, por

³¹ Ibid., párr. 183.

³² Ibid., párrs. 183-186.

³³ Ibid., párr. 198.

³⁴ Ibid. párrs. 187-188.

parte de Argentina, a aplicar la ley (porque los tribunales provinciales no tienen jurisdicción sobre Argentina). De todos modos, Azurix dispone de un remedio legal, consistente en que ABA utilice los mecanismos del Contrato de Concesión.³⁵

-Argentina rechaza lo manifestado por Azurix en el sentido de que las acciones judiciales entabladas ante la Provincia tenían como único fin proteger su posición jurídica, puesto que: (i) ABA solicita que se dicte una orden que anule las decisiones regulatorias de ORAB; (ii) los escritos presentados ante ambos tribunales son sustancialmente idénticos; y (iii) ABA no está protegiendo a sus accionistas.³⁶

3. Azurix carece de *ius standi*

42. En su escrito de Réplica, Argentina planteó, como excepción secundaria, que si Azurix no es la misma persona jurídica que ABA - en cuyo caso sería parte del acuerdo de ABA en cuanto a la jurisdicción de los tribunales de La Plata y a la renuncia a todo otro fuero de solución de controversias - entonces es un mero accionista de ABA, carente de *ius standi* para plantear esta controversia en el marco del APPRI. Argentina sostiene que Azurix está “tratando de ganar por ambas vías”, es decir, que “se lava las manos” con respecto a las obligaciones de sus subsidiarias valiéndose del APPRI para penetrar en la personería jurídica de las sociedades locales, al tiempo que trata de eludir las obligaciones sobre jurisdicción asumidas por esas sociedades sobre la base de su identidad jurídica independiente. A juicio de Argentina, las

³⁵ Réplica sobre jurisdicción de Argentina, párrs. 93-108.

³⁶ *Ibid.*, párrs. 128-131.

subsidiarias de Azurix son *alter egos*, por lo cual Azurix no puede liberarse de los compromisos contractuales asumidos por esas sociedades.³⁷

43. Si, por otro lado, Azurix es un mero accionista de ABA, carece de *ius standi* para plantear reclamaciones indirectas referentes a los derechos contractuales de esa sociedad. En su escrito de Réplica sobre jurisdicción, Argentina señala que los APPRI en general no modifican la regla según la cual los accionistas no están facultados para plantear reclamaciones de daños y perjuicios sufridos por la sociedad de la que son accionistas (reclamaciones indirectas). Argentina sostiene que, conforme al Artículo I(a)(ii), Artículo II(4) y Artículo VII(8) del APPRI, las sociedades locales son inversiones, y pueden ser parte en procedimientos del CIADI. Si Azurix no sostiene que ABA sea una “inversión” conforme a las definiciones del APPRI, entonces su única inversión consiste en las acciones en ABA, por lo cual carece de *ius standi* para reclamar daños y perjuicios experimentados por ABA por supuestos incumplimientos contractuales.³⁸

44. En respuesta, Azurix sostiene que conforme a la Regla 41 de las Reglas de Arbitraje, Argentina debía haber formulado la excepción referente al *ius standi* en su Memorial sobre jurisdicción, por lo cual dicha excepción resulta extemporánea. Todo derecho que tuviera Argentina a plantear la excepción caducó por el hecho de que se abstuvo de realizar ese planteo en ese momento.³⁹ No obstante, Azurix rechaza esas alegaciones basándose en las disposiciones

³⁷ Ibid., párrs. 3-4, 16.

³⁸ Ibid., párrs. 9-14.

³⁹ Dúplica sobre jurisdicción de la Demandante, párrs. 14-20.

del Convenio y en el APPRI para demostrar que está legitimada para plantear ante el Tribunal la controversia de autos.

4. Consecuencias adicionales aducidas por Argentina

45. Además de los argumentos arriba expresados, Argentina formula otros que, como no están claramente comprendidos en las excepciones ni en las referencias al *ius standi*, el Tribunal ha considerado de forma separada. La mayoría de los puntos planteados son consecuencias asumidas del hecho de que el Tribunal concluya que posee jurisdicción en el caso. El Tribunal resume esos puntos en los términos siguientes:

-El Tribunal es un fuero *non conveniens* para la Provincia, lo que podría implicar denegación de justicia para la Provincia, ya que ésta no es parte en el procedimiento y es, además, un acreedor de ABA.⁴⁰

-Las posibles consecuencias económicas desfavorables de la estrategia global de Azurix son, *inter alia*: ABA está convirtiéndose a sí misma en insolvente en perjuicio de sus acreedores, entre los que figura la Provincia; las cuentas pendientes de ABA, tanto con sus deudores como con sus acreedores, incluida la Provincia, se han pesificado, no obstante lo cual Azurix formula sus reclamaciones en dólares de los Estados Unidos.⁴¹

-Azurix impide a ABA ejercer sus derechos en el marco del Contrato de Concesión ante los tribunales locales y plantea una reclamación ante un tribunal de arbitraje en su propio beneficio, con lo cual deja de lado los

⁴⁰ Memorial sobre jurisdicción de Argentina, párr. 77.

⁴¹ Réplica sobre jurisdicción de Argentina, párrs. 30-34.

derechos de los restantes accionistas de ABA, que en virtud de los actos realizados por Azurix no tendrán la posibilidad de obtener reparación.⁴²

-El Tribunal no puede resolver la controversia sin pronunciarse sobre el alcance de los derechos de ABA y de la Provincia conforme al Contrato de Concesión o cumplir funciones regulatorias asumiendo la revisión judicial de las decisiones de los organismos reguladores de la Provincia y de Argentina.⁴³

-Los diferentes procedimientos iniciados por Azurix y ABA ante diferentes fueros constituyen un abuso de los procedimientos.⁴⁴

5. Solicitud adicional

46. En el curso de la audiencia sobre jurisdicción, la Demandada solicitó además al Tribunal que considerara la posibilidad de suspender las actuaciones hasta que la Corte Suprema de la Provincia se hubiera pronunciado sobre el caso que tenía ante sí.⁴⁵

IV. LEGISLACIÓN APLICABLE

47. En su Memorial, Azurix afirmó que, como las partes no han elegido la legislación aplicable a la controversia conforme al Artículo 42(1) del Convenio, la ley aplicable a esta controversia es el derecho internacional, porque el APPRI, en su carácter de *lex specialis*, es en sí mismo la ley que rige entre las partes, y requiere expresamente el cumplimiento del derecho internacional por parte de Argentina.⁴⁶ Según Argentina, conforme al Artículo 42(1) del

⁴² Ibid., párr. 35.

⁴³ Ibid., párrs. 38-39.

⁴⁴ Ibid., párrs. 144-145.

⁴⁵ Audiencia sobre jurisdicción, 9-10 de septiembre de 2003, transcripciones del 10 de septiembre de 2003, p. 11.

⁴⁶ Memorial de la Demandante, párrs. 149-156.

Convenio, la legislación aplicable a la controversia es principalmente la legislación argentina, que es la aplicable a las cuestiones contractuales y provinciales de carácter administrativo en las que se basa la reclamación de Azurix. A juicio de Argentina, el APPRI es el punto de referencia para determinar los aspectos sustanciales de las obligaciones de Argentina en relación con la inversión de Azurix, y el derecho internacional de fuentes no convencionales es pertinente siempre que el APPRI se remita al mismo, o si es pertinente para la interpretación del APPRI o haya sido incorporado a la legislación argentina.⁴⁷

48. Como lo señalan ambas partes, la disposición pertinente para la determinación de la ley aplicable a esta controversia es el Artículo 42(1) del Convenio. No obstante, las normas que se aplican a la controversia conforme al Artículo 42(1) son las aplicables al fondo del asunto, por lo cual no necesariamente serán las aplicables, en esta fase del procedimiento, a la determinación, por parte del Tribunal, de su competencia conforme al Artículo 41.⁴⁸

49. El Artículo 41 del Convenio dispone que el Tribunal deberá resolver la cuestión de su propia competencia, y toda excepción de una parte en la controversia en cuanto a que el Centro carezca de jurisdicción para conocer de la misma, o que la controversia, por otras razones, no sea de competencia del Tribunal, deberá ser considerada por este último. El Artículo 41 no establece cuál es el derecho aplicable para determinar la competencia del Tribunal en la controversia, en contraposición con el derecho que rige la controversia misma.

⁴⁷ Memorial sobre jurisdicción de Argentina, párrs. 13-15.

⁴⁸ Véase también *CMS c/ Argentina*, párrs. 88-89.

50. La jurisdicción del Centro viene determinada por el Artículo 25 del Convenio y la competencia del Tribunal por los términos de los instrumentos que expresan el consentimiento de las partes al arbitraje del CIADI. Así pues, el Tribunal debe establecer si la solicitud de arbitraje de la Demandante cumple con los requisitos del Artículo 25 del Convenio y los términos del APPRI.

V. CONSIDERACIONES

1. Consideraciones preliminares

51. El Tribunal comenzará por examinar las condiciones que, conforme al Convenio y al APPRI, debe cumplir una reclamación para quedar comprendida dentro de la jurisdicción del Centro y de la competencia del Tribunal, independientemente de que esas condiciones hayan sido objeto de controversia entre las partes.

52. A esos efectos es útil recordar las disposiciones clave: el Artículo 25 del Convenio y el Artículo VII del APPRI, en los que se basa la jurisdicción del Centro y la competencia de este Tribunal. El Artículo 25 establece:

- “(1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquier subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.
- (2) Se entenderá por “nacional de otro Estado Contratante”:
 - (a) toda persona natural que tenga, en la fecha en que las partes consintieron someter la diferencia a conciliación o arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud prevista en el apartado (3) del Artículo 28 o en el apartado (3) del Artículo 36, la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia; pero en ningún caso comprenderá

las personas que, en cualquiera de ambas fechas, también tenían la nacionalidad del Estado parte en la diferencia; y

- (b) toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero.
- (3) El consentimiento de una subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante requerirá la aprobación de dicho Estado, salvo que éste notifique al Centro que tal aprobación no es necesaria.
- (4) Los Estados Contratantes podrán, al ratificar, aceptar o aprobar este Convenio o en cualquier momento ulterior, notificar al Centro la clase o clases de diferencias que aceptarían someter, o no, a su jurisdicción. El Secretario General transmitirá inmediatamente dicha notificación a todos los Estados Contratantes. Esta notificación no se entenderá que constituye el consentimiento a que se refiere el apartado (1) anterior”.

El Artículo VII del APPRI dice lo siguiente:

- “1. A los fines del presente Artículo una controversia en materia de inversión es una controversia entre una Parte y un nacional o sociedad de la otra Parte, surgida de o relacionada con: a) un acuerdo de inversión concertado entre una Parte y un nacional o sociedad de la otra Parte; b) una autorización para realizar una inversión otorgada por la autoridad en materia de inversiones extranjeras de una Parte a dicho nacional o sociedad, si tal autorización existiera; o c) la supuesta violación de cualquier derecho conferido o establecido por el presente Tratado con respecto a una inversión.
- 2. En caso de surgir una controversia, las partes en la controversia procurarán primero solucionarla mediante consultas y negociaciones. Si la controversia no pudiera ser solucionada en forma amigable, la sociedad o el nacional involucrados podrán elegir someter la controversia para su solución:
 - (a) A los tribunales judiciales o administrativos de la Parte que sea parte en la controversia; o
 - (b) A los procedimientos de solución de controversias aplicables, previamente acordados; o
 - (c) A lo dispuesto en el párrafo 3 de este Artículo.

3. (a) En el caso en que el nacional o sociedad no hubiera sometido la solución de la controversia a lo previsto por el párrafo 2 a) o b), y que hubieran transcurrido seis meses desde la fecha en que se planteó la controversia, la sociedad o el nacional involucrados podrá expresar por escrito su voluntad de someter la controversia al arbitraje obligatorio:
 - (i) del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias de Controversias Relativas a Inversiones (sic) (“el Centro”), establecido por el Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, adoptado en Washington el 18 de marzo de 1965 (“Convenio CIADI”) siempre que la Parte sea parte del Convenio;”.

53. También será útil reproducir aquí la definición de “inversión” acordada en el APPRI. Conforme a la definición dada por el Artículo I(1)(a), el término “inversión” significa:

“a) ...todo tipo de inversión, tales como el capital social, las deudas y los contratos de servicio y de inversión, que se haga en el territorio de una Parte y que directa o indirectamente sea propiedad o esté controlada por nacionales o sociedades de la otra Parte, y comprende, entre otros:

i) derechos de propiedad tangible e intangible, así como derechos tales como hipotecas, privilegios y prendas;

ii) sociedades, acciones, participaciones u otros intereses en sociedades o intereses en sus activos;

iii) títulos de crédito o derechos sobre alguna operación que tenga valor económico y que esté directamente relacionada con una inversión;

iv) derechos de propiedad intelectual ...; y

v) todo derecho conferido por ley o por contrato y cualesquiera licencias y permisos conferidos conforme a la ley”.

54. Antes de considerar las objeciones específicas a la jurisdicción, el Tribunal se referirá primero a la cuestión de si se ha procurado llegar a una solución amistosa de la controversia dentro de los primeros seis meses siguientes a la fecha en que ésta haya surgido, conforme a lo dispuesto por el Artículo VII(3) del APPRI, luego considerará los requisitos

referentes al consentimiento a la jurisdicción del CIADI: “nacional de otro Estado Contratante”, “diferencia de naturaleza jurídica” y “que surja directamente de una inversión”.

a) Intento de solución amistosa

55. Conforme al Artículo VII(2) y (3) del APPRI, las partes en la controversia deben, ante todo, procurar su resolución a través de consultas o negociaciones, y el nacional o la sociedad de que se trate sólo puede recurrir a arbitraje transcurridos seis meses desde la fecha en que la controversia haya surgido. La Demandante notificó la existencia de una controversia sobre inversiones en el marco del APPRI al Presidente de la República Argentina el 11 de enero de 2001.⁴⁹ De acuerdo con la solicitud de arbitraje, fechada el 19 de septiembre de 2001, Azurix solicitó repetidamente asistencia a la Demandada.⁵⁰ La República Argentina respondió el 5 de septiembre de 2001, negando la existencia de una controversia sobre inversiones o el hecho de que pudiera atribuírsele responsabilidad por los actos de la Provincia.⁵¹ El Tribunal considera que la Demandante intentó infructuosamente resolver la controversia a través de consultas o negociaciones y ha cumplido con este requisito.

b) Consentimiento de las partes a la jurisdicción del CIADI

56. El Artículo VII(4)(a) del APPRI se refiere al consentimiento de las partes del APPRI - Estados Unidos de América y Argentina - a someter la solución de toda controversia en materia de inversión a arbitraje obligatorio según la elección que haga el nacional o la sociedad en cuestión, y establece asimismo que dicho consentimiento equivale al consentimiento por

⁴⁹ Anexo 178 de la solicitud de arbitraje.

⁵⁰ Ibid., Anexos 179 y 180.

⁵¹ Ibid., Anexo 182.

escrito exigido por el Capítulo II del Convenio. Argentina suscribió el Convenio el 21 de mayo de 1991, y el Convenio entró en vigencia en relación con Argentina el 18 de noviembre de 1994. La invitación formulada por las partes del APPRI a los inversores para que solucionaran sus reclamaciones, *inter alia*, a través de arbitraje, fue aceptada por la Demandante en su carta de fecha 12 de julio de 2001,⁵² dirigida a la Demandada y al Secretario General del Centro, en que consintió la jurisdicción del CIADI. Además, la presentación de la solicitud de arbitraje es de por sí prueba suficiente del consentimiento de la Demandante. Por lo tanto, el Tribunal determina que ambas partes han manifestado su consentimiento a someterse a la jurisdicción del CIADI.

c) Nacional de otro Estado Contratante

57. La Demandante es una sociedad constituida en los Estados Unidos de América (el Convenio entró en vigencia con respecto a los Estados Unidos de América el 14 de octubre de 1966). Como ya se señaló, la Demandada, Argentina, es un Estado Contratante. A juicio del Tribunal, la Demandante ha probado su nacionalidad y el hecho de que, conforme a lo previsto por el APPRI, no está controlada por nacionales de terceras partes.

d) Diferencia de naturaleza jurídica

58. Tal como fue planteada por la Demandante - incumplimiento por parte de Argentina, de obligaciones frente a Azurix en el marco del APPRI -, la controversia es una diferencia jurídica, expresión que, en los términos del Informe de los Directores Ejecutivos del Banco Mundial acerca del Convenio, se refiere a “la existencia o al alcance de un derecho u obligación de orden legal, o a la naturaleza o al alcance de la reparación a que dé lugar la violación de una obligación de orden legal, y no se limita a un mero ‘conflicto de intereses’”.

⁵² Ibid., Anexo 181.

e) Diferencia surgida directamente de una inversión

59. Lo que constituye una “inversión” de Azurix ha sido objeto de desacuerdo entre las partes. Para la Demandante, la controversia surge directamente de una inversión efectuada en Argentina, consistente en el “pago, por parte de Azurix, de un canon de [US]\$438,6 millones (que constituye capital invertido), de su propiedad e inversión en ABA, y de los derechos emergentes del Contrato de Concesión, los cuales constituyen inversiones en virtud del TBI [APPRI] y del Convenio CIADI”.⁵³ La Demandada, por su parte, sostiene que la controversia es de carácter contractual y que se refiere al Contrato de Concesión. Según la Demandada: “El Contrato de Concesión no es un acuerdo de inversión, ni un acuerdo para el desarrollo económico, ni un contrato internacional”.⁵⁴ Además, sólo la Provincia puede ser parte de esa controversia contractual, ya que “la República Argentina no es parte en tal Contrato de Concesión, ni ha garantizado en forma alguna el cumplimiento de las obligaciones contractuales de la Provincia. La República Argentina es un Estado federal, y la Provincia tiene plenas facultades para asumir las obligaciones que asumió con relación al Contrato de Concesión”.⁵⁵ Por lo tanto, el Tribunal debe considerar si, como lo definió la Demandante, ha existido una inversión a los efectos del APPRI y si la controversia entre las partes guarda relación directa con ella.

60. La Demandada admite que “[l]a definición de inversión en el Tratado permite que una sociedad local califique como *inversión* y que tal sociedad sea parte de un procedimiento

⁵³ Dúplica sobre jurisdicción de Azurix, párr. 6(ii).

⁵⁴ Memorial sobre jurisdicción de Argentina, párr. 11.

⁵⁵ *Ibid.*, párr. 12.

arbitral CIADI”.⁵⁶ La Demandada también considera que “[q]ueda claro, entonces, que las sociedades locales que utilizó AZURIX para participar en la licitación, e, incluso ABA - la sociedad que suscribió el Contrato de Concesión - califican como *inversión* según el Tratado y podrían ser parte en un procedimiento CIADI”.⁵⁷ No obstante, la Demandada considera que la Demandante no ha aclarado esta cuestión y concluye que, tal como expone Azurix en su Memorial de Contestación sobre jurisdicción, “AZURIX considera que su inversión consiste en i) el 90% de acciones de ABA y ii) en los derechos previstos por el Contrato de Concesión. AZURIX no alega que ABA califique como una inversión de conformidad con las definiciones del Tratado. Tampoco ABA es parte en el presente procedimiento arbitral”.⁵⁸

61. La Demandada también afirma que, de conformidad con el APPRI, “los derechos que surgen del Contrato de Concesión califican como una inversión de AZURIX si son... derechos sobre alguna operación que tenga valor económico y que esté directamente relacionada con una inversión”.⁵⁹ En este caso, el requisito sólo se cumple si ABA es una inversión. Los derechos conferidos por ley o por contrato pueden considerarse “una *inversión* en la medida que sean de titularidad de una sociedad que califique como *inversor* (nacional o sociedad de una de las partes contratantes) - cuestión que no ocurre en este caso -, o que estén bajo el control directo o indirecto de un *inversor*. Para esto último - que sí ocurre en el presente caso -, la sociedad local tiene que estar controlada por el *inversor* y ser, por ende, una *inversión*”. Así pues, puesto que

⁵⁶ Réplica sobre jurisdicción de Argentina, Título II.b. (Énfasis en el original).

⁵⁷ *Ibid.*, párr. 9. (Énfasis en el original).

⁵⁸ *Ibid.*, párr. 11. (Énfasis en el original).

⁵⁹ *Ibid.*, párr. 12. (Énfasis en el original).

AZURIX alega que ABA y las demás subsidiarias no son una inversión, los derechos contractuales en el marco de la Concesión no son una inversión protegida por el APPRI.⁶⁰

62. El Tribunal tiene dificultad en aceptar el significado de inversión que describe la Demandada en base a la definición de inversión que figura en el Artículo I.1(a) del APPRI. En primer lugar, un contrato de concesión como el celebrado entre ABA con la Provincia, califica como una inversión para los fines del APPRI, dado que el APPRI asigna a este término un significado amplio que abarca “todo derecho conferido por ley o por contrato”.⁶¹ El Contrato de Concesión mismo se refiere repetidamente a inversiones. Por ejemplo, en el contexto de la determinación del nivel de tarifas, el Contrato de Concesión se refiere a “un retorno razonable de las *inversiones* del Concesionario”⁶², y el “concesionario por la presente se compromete a hacer todas las *inversiones* necesarias para llevar a cabo...”⁶³

63. En segundo lugar, la Demandada basa parcialmente su argumento en el apartado iii) de la definición, la cual determina que se trata de títulos de crédito o derechos sobre alguna operación que tenga valor económico y que esté “directamente relacionada con una inversión”.⁶⁴ En la definición de inversión se enumeran “sociedades”, “acciones” y, en una categoría distinta, “todo derecho conferido por ley o por contrato”. Una sociedad, las acciones de una sociedad o los derechos establecidos en el marco de un contrato, y los contratos pueden considerarse

⁶⁰ Ibid., párrs. 13 y 14. (Énfasis en el original).

⁶¹ Artículo I.1(a)(v) del APPRI.

⁶² Cláusula 12.1.1 del Contrato de Concesión. (Énfasis por el Tribunal).

⁶³ Ibid., Cláusula 7.8. (Énfasis por el Tribunal).

⁶⁴ Réplica sobre jurisdicción de Argentina, parr. 12. (Énfasis en el original).

inversiones. Siempre que la propiedad o el control directo o indirecto queden establecidos, los derechos de una sociedad local en el marco de un contrato son una inversión protegida por el APPRI independientemente de que la sociedad o las acciones de esa sociedad se consideren una inversión. La definición que figura en el Artículo I.1(a) simplemente enumera ejemplos de lo que constituye una inversión, la lista no es exhaustiva y cada elemento de ésta es independiente de los demás. La única condición es que, sea cual fuere la forma que tome la inversión, debe ser propiedad o estar controlada en forma directa o indirecta por nacionales o sociedades de la otra parte en el APPRI⁶⁵.

64. Azurix hizo una inversión al pagar un “canon” para obtener la concesión del suministro de servicios de agua potable y desagües cloacales a la Provincia.⁶⁶ Para llevar a cabo la inversión, Azurix estableció diversas subsidiarias con arreglo a lo requerido en el Pliego de Bases y registró una sociedad local en Argentina, ABA. El objeto de la definición de inversión que figura en el APPRI es precisamente incluir este tipo de estructuras establecidas únicamente para los fines de la inversión, a fin de proteger la verdadera parte interesada. En su comentario sobre la referencia al control extranjero que figura en el Artículo 25.2(b) del Convenio, el Tribunal en el caso *CMS Gas Transmission Company c/ Argentina* (en lo sucesivo “CMS”)⁶⁷ declaró que el “control extranjero en cuanto a tratar una sociedad de la nacionalidad del Estado

⁶⁵ La finalidad de la definición como fue explicado por su redactor es, *inter alia*, no distinguir "entre la inversión perteneciente o controlada directamente y la perteneciente o controlada por terceras compañías" y asegurar que las "filiales locales *per se* son inversiones cubiertas. Aún más, la empresa no necesita ser completamente propiedad del inversionista. Cualquier propiedad u otro interés en una empresa se consideraría como una inversión". (Traducido por el Tribunal). Kenneth J. Vandeveld, *United States Investment Treaties. Policy and Practice* (1992) pp.45-46.

⁶⁶ Memorial de Azurix, pág. 1.

⁶⁷ *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, (ICSID Case No. ARB/01/8), Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction of July 17, 2003, 42 *ILM* 800.

que es Parte Contratante como nacional de otro Estado Contratante está precisamente dirigida a favorecer el acuerdo entre las partes, evitando así que la personalidad jurídica de la sociedad pudiese interferir con la protección de los intereses reales asociados a la inversión".⁶⁸

65. El Tribunal está convencido de que la inversión descrita por la Demandante en su escrito de Dúplica sobre jurisdicción es una inversión protegida por las disposiciones del APPRI y el Convenio: (a) Azurix es propietaria indirecta del 90% de las participaciones accionarias de ABA, (b) Azurix controla indirectamente ABA y (c) ABA es parte en el Contrato de Concesión y se constituyó con la finalidad específica de firmar el Contrato de Concesión como se requería en el Pliego de Bases.

66. Habiendo determinado que la inversión de la Demandante es una inversión protegida por el APPRI, el Tribunal concluye que la disputa, tal y como la presentó la Demandante, surge directamente de esa inversión.

2. *Ius standi*

67. La Demandada presentó una nueva excepción a la competencia del Tribunal en su Réplica sobre jurisdicción alegando que Azurix no está legitimada para hacer valer derechos que se deriven de la Concesión. La Demandada considera que sólo ABA podría hacer valer esos derechos y que ABA no es parte en el presente procedimiento. La Demandante ha solicitado al Tribunal que rechace esta excepción a la jurisdicción por ser extemporánea y por haber renunciado a ella según lo dispuesto en la Regla 41(1) de las Reglas de Arbitraje. Durante la audiencia sobre jurisdicción, la Demandada justificó la oportunidad de su excepción sobre la

⁶⁸ Ibid., párr. 51. Subrayado por el Tribunal.

base de las alegaciones formuladas por la Demandante en su Memorial de Contestación sobre jurisdicción. Sólo entonces quedó claro que la Demandante procura por todos los medios desentenderse de los compromisos asumidos por sí misma y por las sociedades que controla y, al mismo tiempo, atribuirse los derechos de las sociedades locales.⁶⁹

68. Si bien el Tribunal está de acuerdo en que la excepción se ha presentado fuera de término, considera que plantea cuestiones de tal naturaleza que el Tribunal debería considerarlas de oficio, con arreglo a lo dispuesto en la Regla 41(2) de las Reglas de Arbitraje.⁷⁰ La consideración del Tribunal ha sido facilitada por el amplio debate de las partes sobre esta cuestión a la cual la Demandante respondió “por una cuestión de precaución”.⁷¹

69. Según la Demandada, “[s]i el tratado permite penetrar la personalidad jurídica del ente local a los fines de imputar los derechos de tal ente a la controlante, las obligaciones asumidas deben ser imputadas en igual medida”⁷². La Demandada no tiene duda de que un inversor en acciones está legitimado para activar mecanismos de arreglo de diferencias conforme a lo dispuesto en los APPRI en caso de “actos del estado receptor que lo afectan directamente”,⁷³ pero, puesto que los accionistas y la sociedad tienen una personalidad jurídica diferente, “la situación es distinta cuanto un accionista formula un reclamo relacionado con activos o situaciones relativas al ente en el que participa... La cuestión no se relaciona ni con la calidad de

⁶⁹ Réplica sobre jurisdicción de Argentina, párrs. 3 y 146.

⁷⁰ La Regla 41(2) de las Reglas de Arbitraje provee que: “El Tribunal podrá considerar de oficio en cualquier estado del procedimiento, si la diferencia que se le ha sometido cae dentro de la jurisdicción del Centro y es de su propia competencia”.

⁷¹ Dúplica sobre jurisdicción de Azurix, párr. 21.

⁷² Réplica sobre jurisdicción de Argentina, párr. 146.

⁷³ *Ibid.*, párr. 148.

inversor del reclamante, ni con la calidad de inversión de las acciones, sino con la legitimación o *ius standi* del reclamante para ciertas específicas situaciones”.⁷⁴

70. La Demandada funda sus alegaciones principalmente en la decisión de la Corte Internacional de Justicia (en lo sucesivo “CIJ”) en *Barcelona Traction Light and Power Company Limited (Belgium v. Spain)* (en lo sucesivo “*Barcelona Traction*”),⁷⁵ la cual se considera como una exposición del derecho internacional consuetudinario sobre este tema. La Demandada admite que los APPRI contienen cláusulas que amplían la esfera de operación del tratado y crean excepciones de fuente convencional que permiten superar “la falta de *ius standi* de los accionistas para reclamos indirectos”.⁷⁶ Cuando “la sociedad local controlada por el inversor califica también como inversor, el obstáculo de *ius standi* para reclamos indirectos se supera a partir de la posibilidad de que [sic] sea la sociedad local quien alegue la existencia de una violación del Tratado. En estos casos, los tratados de inversión permiten transformar un reclamo indirecto en uno directo”.⁷⁷

71. La Demandante ha señalado que la decisión en *Barcelona Traction* ha sido ampliamente criticada por ser considerada una exposición incorrecta del derecho internacional consuetudinario y que en la decisión de la CIJ no se examinaba si el derecho internacional constituía una fuente independiente de derechos y protecciones para los accionistas sino el hecho de si un Estado podía proteger a sus accionistas en una sociedad extranjera afectada por medidas

⁷⁴ Ibid., párr. 149.

⁷⁵ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (New Application, 1962), Judgment 5 February 1970 (*Reports* 1970, p. 3).

⁷⁶ Réplica sobre jurisdicción de Argentina, párr. 153.

⁷⁷ Ibid., párr. 152.

adoptadas por un tercer Estado.⁷⁸ La CIJ consideró probable que el Estado de los accionistas tuviera derecho a protección diplomática cuando el Estado cuya responsabilidad se invoca es el Estado de nacionalidad de la sociedad. La CIJ también señaló situaciones en que los inversores quedaron protegidos mediante disposiciones de tratados en virtud de las cuales las propias sociedades gozan de un derecho directo a defender sus intereses contra Estados. Más recientemente, en *Elettronica Sicula SpA (ELSI) (United States of America v. Italy)*,⁷⁹ la CIJ aceptó la protección de accionistas extranjeros por el Estado de su nacionalidad contra el Estado de registro de la sociedad. En este caso, la jurisdicción de la CIJ se basaba en el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación entre los Estados Unidos de América e Italia, una categoría de tratados que es precursora directa de los APPRI.

72. Las cuestiones planteadas ante este Tribunal no se refieren a la protección diplomática con arreglo al derecho internacional consuetudinario sino a los derechos de los inversores, incluidos los accionistas, protegidos por las disposiciones de un tratado, a saber, el APPRI. En consecuencia, el Tribunal no estima necesario resolver la controversia sobre en qué medida un Estado tiene derecho, bajo el derecho internacional, a proteger a sus nacionales en tanto que accionistas en sociedades extranjeras.

73. El Tribunal ya ha concluido que las disposiciones del APPRI protegen las reclamaciones indirectas dado el amplio significado de la definición de inversión que figura en el Artículo I.1(a). Esta conclusión, que se basa en un análisis del texto de la disposición, concuerda con decisiones de tribunales que han interpretado esa misma disposición en el mismo APPRI o

⁷⁸ Dúplica sobre jurisdicción de Azurix, párrs. 24 a 27.

⁷⁹ *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, Judgment 20 July 1989 (*Reports* 1989, p. 15).

disposiciones similares de otros APPRI de los cuales la Demandada es parte y a los que se han referido las partes en sus alegatos. Así pues, en *CMS* el Tribunal concluyó que “la jurisdicción puede ser admitida en función de los términos específicos del TPPI. En caso de que el inversionista protegido sea, además, parte de un acuerdo de concesión o de un acuerdo de licencia con el Estado receptor no incide sobre la jurisdicción que emana de las disposiciones del Tratado, puesto que existe un derecho de acción directo de los accionistas.”⁸⁰

74. Concluimos la discusión relativa a la cuestión del *ius standi* afirmando que Azurix tiene *ius standi* en este procedimiento puesto que es el inversor que realizó la inversión a través de subsidiarias de las que tiene la propiedad y el control indirectos. Si de esta conclusión debe seguirse que Azurix está sujeta a los compromisos suscritos por sus subsidiarias, como alega la Demandada, es la cuestión que se estudia en la primera excepción a la jurisdicción que pasamos a considerar.

3. Primera excepción a la jurisdicción: acuerdo sobre la jurisdicción de los tribunales de La Plata y renuncia a cualquier otro fuero

75. La Demandada basa su excepción en la naturaleza de la diferencia y el alcance de los compromisos suscritos por la Demandante con arreglo a lo establecido en el Pliego de Bases, el Contrato de Concesión, las Cartas Compromiso y la Circular Aclaratoria 11(A).

76. Según la Demandada, se trata de una diferencia de naturaleza contractual y está relacionada con la interpretación y ejecución del Contrato de Concesión. No obstante, para los fines de determinar su jurisdicción, el Tribunal debería considerar la diferencia tal como la presentó la Demandante y si, *prima facie*, se trata de una diferencia que surge del APPRI. La

⁸⁰ *Ibid.*, párr. 65. Subrayado por el Tribunal.

diferencia sobre la inversión que la Demandante ha presentado a este Tribunal invoca las obligaciones de la Demandada para con la Demandante conforme a lo dispuesto en el APPRI y es una pretensión distinta de la reclamación con arreglo a los documentos contractuales. Aunque la diferencia, tal como la presenta la Demandante, pueda requerir que se interpreten o analicen hechos relacionados con la ejecución del Contrato de Concesión, el Tribunal considera que, en la medida en que esas cuestiones sean relevantes, el incumplimiento de las obligaciones de la Demandada de conformidad con el APPRI, no pueden *per se*, transformar la diferencia en virtud de lo dispuesto en el APPRI en una diferencia contractual. El hecho de que éste es el caso se basa en el alcance de las cláusulas de jurisdicción de los documentos contractuales y en la identidad de las partes con quienes se suscribieron los compromisos.

77. El alcance de las cláusulas de jurisdicción y de renuncia a cualquier otro fuero, contenidas tanto en el Pliego de Bases, en el Contrato de Concesión y en las Cartas Compromiso, indican que son relativas a las diferencias de conformidad con lo establecido en el documento de que se trate y entre las partes de ese documento en particular. Así pues, la Demandada es consistente con su concepto de la diferencia como una diferencia contractual cuando afirma que esas cláusulas excluyen reclamaciones contra ella. No obstante, Azurix no ha presentado a este Tribunal reclamación alguna contra ninguna de las partes en los documentos contractuales sino que lo ha hecho contra la Demandada. La propia Demandada ha indicado repetidamente durante este procedimiento que no es parte en ninguno de los documentos contractuales.

78. La Demandada argumenta que, al existir una renuncia además de la cláusula de elección de fuero, el presente caso es distinto de otros casos del CIADI en los que los tribunales han sostenido que una cláusula de selección de fuero referida a los tribunales nacionales del Estado parte en los documentos de contrato subyacentes a la inversión no excluye la jurisdicción

de un tribunal del CIADI. La Demandada señala, en particular, que dicha disposición se añadió a los documentos contractuales a la luz de las decisiones en los casos de *Lanco* y *Vivendi I* precisamente para evitar la situación en que ahora se encuentra la Demandada.⁸¹

79. En los casos citados, los tribunales concluyeron que esas cláusulas de elección de fuero no excluían su jurisdicción porque el objeto de todo procedimiento ante tribunales nacionales relativo a lo dispuesto en los acuerdos contractuales en cuestión y la diferencia presentada ante el tribunal del CIADI eran distintas, por lo cual las cláusulas de elección de fuero no eran aplicables. En el presente caso, este razonamiento es igualmente aplicable para la cláusula de renuncia a la jurisdicción. La naturaleza de las reclamaciones o pretensiones ante este Tribunal es distinta de la de las reclamaciones que ABA pueda presentar ante los tribunales de la ciudad de La Plata con arreglo a lo dispuesto en los documentos contractuales.

80. Como ya se ha señalado, la Demandada ha indicado que los términos específicos de la renuncia en la cláusula se incluyeron precisamente para evitar que se presentaran reclamaciones en el marco de los documentos contractuales a los tribunales de arbitraje que dispone el APPRI. El Tribunal considera que la agregada renuncia no ha logrado un cambio substantivo de la cláusula del foro exclusivo incluida en los convenios de concesión considerados por los tribunales del CIADI en *Lanco* o *Vivendi I*, ya que la aceptación de la exclusividad de un foro implica por definición la renuncia a otros foros, esté o no explícitamente establecido en la cláusula.

⁸¹ Audiencia sobre jurisdicción, 9 y 10 de septiembre de 2003, transcripciones del 9 de septiembre de 2003, pág. 18 y siguientes.

81. La Demandante ha alegado que la renuncia, tal como la entiende la Demandada, significaría que la Demandante se vería privada de la posibilidad de presentar recurso ya que los tribunales de La Plata no serían competentes para considerar reclamaciones contra la Demandada. La Demandante considera que éste no es el caso: “la República Argentina no alegó que AZURIX había renunciado a la jurisdicción CIADI, sino que lo que alega es que existió una renuncia a plantear controversias en materia de inversiones relativas a la interpretación y ejecución del Contrato de Concesión por ante las jurisdicciones dispuestas en el Tratado” y “AZURIX pretende crear la impresión de que la indisponibilidad de la jurisdicción CIADI implica poner a la actora en un camino sin salida para la protección de sus derechos. Ello es falso. ABA - y por ende AZURIX - dispone de remedios útiles expresamente acordados para hacer valer los mismos derechos relativos al Contrato de Concesión que se plantean en el presente procedimiento”.⁸² La cuestión es que los derechos estipulados en el Contrato de Concesión y en el APPRI no son los mismos y que debido al carácter general de la renuncia quedarían excluidos incluso los tribunales federales que normalmente serían los competentes para considerar reclamaciones contra la Demandada.

82. Las partes también han debatido el alcance de la renuncia en el contexto de la Circular Aclaratoria 11(A). La Demandada confiere gran importancia a esta Circular al explicar a quienes pudieran licitar para obtener la concesión que a lo que renuncian es a sus derechos al arbitraje en el marco de lo dispuesto en el APPRI. Si bien esta cuestión se planteó a la Comisión de Privatización, en su contestación ésta parece haber evitado responder a la cuestión y, de

⁸² Réplica sobre jurisdicción de Argentina, párrs. 105 y 108, respectivamente.

hecho, repitió los términos de la cláusula que debía aclarar en lugar de explicarla. En el mejor de los casos, la respuesta de la Comisión es ambigua.

83. La validez de la renuncia con arreglo al derecho internacional ha sido también una cuestión ampliamente debatida por las partes. La Demandada ha alegado que ahora los individuos tienen derechos reconocidos en el derecho internacional como sujetos directos de ese derecho y que, por lo tanto, pueden renunciar a los mismos. La Demandada ha alegado que “la situación legal planteada como consecuencia del reclamo de AZURIX tiene algunas similitudes con las ya superadas discusiones acerca de la validez de la 'Cláusula Calvo’”.⁸³ La Demandada argumenta que la crítica de esta cláusula se basaba en que implicaba una renuncia por parte de individuos a un derecho que correspondía a sus Estados: “Consecuentemente los Estados Unidos han sostenido que los individuos no pueden renunciar derechos que no son suyos, sino derechos de su Estado. Bajo la hipótesis de que el individuo como tal tiene derechos bajo el derecho internacional, la objeción básica pierde todo sustento lógico. Los derechos que pertenecen al individuo pueden ser renunciados por el propio individuo”.⁸⁴ Por esta razón, la Demandada concluye que “[d]ado que los tratados de inversiones regulan y protegen intereses meramente económicos, y dada la amplitud de las opciones de las que dispone el inversor a los fines de hacer valer tal tipo de derechos, no puede haber dudas acerca de la posibilidad de renunciar a plantear controversias en materia de inversiones en general, o, al menos, ante este tribunal de arbitraje internacional”.⁸⁵

⁸³ Memorial sobre jurisdicción de Argentina, párrs. 62 y siguientes.

⁸⁴ Ibid., cita del Juez Jessup en el párr. 64.

⁸⁵ Ibid., párr. 66.

84. La Demandada refuerza su argumento refiriéndose a las decisiones de las Comisiones de reclamaciones de Estados Unidos de América-Venezuela y Estados Unidos de América-México en *Woodruff*⁸⁶ y *North American Dredging*⁸⁷, respectivamente. En ambos casos las Comisiones reconocieron la renuncia en contratos firmados por la demandante con el Estado. Las partes están en desacuerdo sobre el significado de esas decisiones en el caso de la presente diferencia. La Demandada alega que esas decisiones apoyan el derecho de una parte de carácter privado de renunciar a sus derechos establecidos en un tratado, mientras que la Demandante mantiene que el significado es limitado a la renuncia de derechos contractuales. Ambas están en lo cierto según se considere que la presente diferencia es de carácter contractual o una diferencia entre un Estado y un inversor en el marco de lo dispuesto en el APPRI. Las Comisiones que decidieron sobre esos casos reconocieron que un individuo podía comprometerse a presentar sus reclamaciones contractuales a los tribunales locales pero, al mismo tiempo, distinguieron entre este tipo de reclamaciones y las reclamaciones de Estados con arreglo al derecho internacional, a las que los individuos, como tales, no podían renunciar. Uno de los primeros comentaristas sobre la “Cláusula Calvo” y *North American Dredging* señaló: “la Cláusula Calvo, al exigir que se acuda a recursos locales para los incumplimientos de contrato, es legítima pero superflua, ya que esta norma está claramente formulada y plenamente establecida en el derecho internacional. La cláusula, al tratar de prohibir la interposición en todas las circunstancias, tanto si es mediante una promesa en este sentido, como considerando al extranjero como ciudadano para los fines del contrato, o por una definición unilateral de denegación de justicia o de cualquier otro modo, es

⁸⁶ *Woodruff v. Venezuela*, RIAA, volume IX, Hague ICJ Registry, p. 213.

⁸⁷ *North American Dredging Company of Texas v. United Mexican States*, RIAA, volume IV, Hague ICJ Registry, p. 26.

ilegal y fútil, ya que el derecho internacional claramente afirma el derecho de interposición en caso de denegación de justicia”.⁸⁸

85. Para este Tribunal, el significado de los casos está en que partes de carácter privado podían renunciar al acceso a las Comisiones para arreglar diferencias relativas a contratos con un Estado con el que habían celebrado un contrato. En la diferencia ante este Tribunal, el Estado, como ha sido afirmado por la Demandada, no es parte en ninguno de los documentos contractuales y no existe ningún compromiso de renuncia de la Demandante en favor de Argentina. Puesto que el Tribunal ha llegado a la conclusión de que la renuncia no abarca la reclamación de Azurix en la diferencia que se le ha planteado, no hay necesidad de que el Tribunal formule más comentarios sobre la cuestión de la renuncia por parte de individuos a los derechos que se les han otorgado a través de un tratado.

4. Segunda excepción a la jurisdicción: la diferencia ya se ha presentado a los tribunales de Argentina con arreglo al Artículo VII del APPRI (argumento de la “elección de vías”)

86. Argentina basa su excepción en los recursos administrativos presentados por ABA, y en el hecho de que “la totalidad de las cuestiones relativas a la controversia entre la Provincia y ABA fueron sometidas a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en el marco de las discusiones en torno a la validez del Decreto 2598/01, mediante el cual se rescindió el Contrato de Concesión”.⁸⁹ La Demandada argumenta que la base de la acción ante la Suprema Corte y la de la reclamación ante el Tribunal son idénticas y que ABA y Azurix lo han reconocido al solicitar que la reclamación presentada “se archive” por razón del presente

⁸⁸ C. Eagleton, *The Responsibility of States in International Law*, New York University Press, 1928, pág. 175.

⁸⁹ Memorial sobre jurisdicción de Argentina, párr. 80.

procedimiento de arbitraje.⁹⁰ Los recursos administrativos presentados corresponden al ámbito de lo que el APPRI define como tribunales administrativos. Para apoyar su argumento, la Demandada se refiere a las decisiones sobre jurisdicción en *Waste Management, Inc. v. United Mexican States* (en lo sucesivo “*Waste Management*”)⁹¹ y *Vivendi I*. En opinión de la Demandada, estas decisiones “consideran que lo importante desde el punto de la opción jurisdiccional que establecen los tratados bilaterales de inversión es la coincidencia entre el sustrato del caso arbitral presentado al amparo de tal tipo de instrumentos internacionales y el reclamo que se realiza en el foro local alternativo”.⁹²

87. La Demandante considera que la excepción carece de mérito puesto que no existe identidad de partes entre el presente procedimiento de arbitraje y los casos presentados por ABA ante los tribunales locales: se trata de acciones cuyo objeto es proteger los derechos de ABA sin menoscabar la posibilidad de acceso de Azurix al arbitraje del CIADI, las reclamaciones no son idénticas, y el procedimiento de arbitraje se inició antes de que ABA presentara la primera acción judicial.⁹³ La Demandante refuta el argumento de que ORAB sea un tribunal administrativo para los fines del APPRI y que los procedimientos que se llevaron a cabo ante esta entidad puedan haber marcado el inicio de los procedimientos que actualmente se encuentran ante los tribunales locales.⁹⁴ La Demandante también considera fuera de lugar el hecho de que la Demandada se apoye en *Waste Management* para afirmar que la identidad de los

⁹⁰ Ibid., párrs. 82 y 85.

⁹¹ *Waste Management, Inc. v. United Mexican States*, Decision of June 2, 2000, 5 *ICSID Rep.* 443.

⁹² Memorial sobre jurisdicción de Argentina, párr. 92.

⁹³ Dúplica sobre jurisdicción de Argentina, párrs. 103 y siguientes.

⁹⁴ Ibid., párr. 119.

hechos es suficiente para que se pueda aplicar la disposición de “elección de vías” del APPRI. Señala que esta situación es específica del TLCAN y que “el primer tribunal interviniente en la causa *Waste Management* sostuvo por mayoría que, para que el artículo 1121 impida el acceso al arbitraje internacional, únicamente resulta necesario que exista identidad de los hechos, sin tomar en consideración si los procesos se fundan en reclamos planteados al amparo del derecho nacional o del TLCAN”.⁹⁵ Por otra parte, según la disposición de “elección de vías” del APPRI, “debe haber identidad tanto de los hechos como de las pretensiones en los procesos locales e internacionales”.⁹⁶

88. En uno de los primeros casos en que un tribunal del CIADI tuvo que decidir la cuestión de la existencia de un litigio pendiente y su relevancia para un procedimiento del CIADI, el tribunal “declaró que la existencia de un caso *lis pendens* sólo era pertinente si había identidad entre las partes, la materia y la causa de los procedimientos pendientes ante los dos tribunales”.⁹⁷

89. Este razonamiento es el que han seguido consistentemente tribunales arbitrales en casos de reclamaciones planteadas en el marco de los APPRI a menos que, como se ha señalado, se disponga de otro modo en el instrumento rector, como ocurre en el TLCAN. El ejemplo más reciente es relativo al mismo APPRI y la misma Demandada. En *CMS*, el tribunal se remitió a decisiones de diversos tribunales del CIADI que han sostenido que “debido a que las reclamaciones de carácter contractual son diferentes de las reclamaciones bajo un tratado, aún

⁹⁵ *Ibid.*, párr. 132.

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ *Benvenuti and Bonfant SRL v. the Government of the People's Republic of the Congo*, 1 *ICSID Rep.* 340, párr. 1.14. (Traducido por el Tribunal).

cuando hubiese habido o actualmente haya un recurso ante los tribunales nacionales por violación del contrato, ello no impediría someter reclamaciones a arbitraje en los términos del tratado. Este Tribunal está convencido de que con mayor razón aún este punto de vista se aplica a la actual controversia, puesto que CMS no ha presentado ninguna controversia a los tribunales nacionales y que, aún cuando TGN lo hubiese hecho —que no es el caso—, ello no determinaría el ejercicio de la opción alternativa respecto de CMS. Tanto las partes como las acciones según los distintos instrumentos, son diferentes”.⁹⁸

90. Ninguna de las partes en este procedimiento es parte en los procedimientos ante los tribunales locales. Aún cuando Azurix se hubiera unido a ABA como demandante ante esos tribunales, no habría identidad de partes puesto que Argentina no es parte en ninguno de esos procedimientos.

91. Las partes han debatido ampliamente la naturaleza jurisdiccional de ORAB en relación con la fecha en que se iniciaron los procedimientos administrativos. Esa fecha es importante porque si las presentaciones ante ORAB se consideran reclamaciones ante un tribunal para los fines del Artículo VII del APPRI, entonces los 12 casos se presentaron ante los tribunales administrativos después de que la solicitud de este arbitraje se presentara al CIADI.

92. Teniendo en cuenta la conclusión alcanzada anteriormente sobre la diferencia de las reclamaciones y de las partes, no es necesario que el Tribunal se extienda más en el análisis de esta cuestión. No hay más que hacer constar que el Tribunal no está convencido de que ORAB equivalga a un tribunal administrativo para los fines del APPRI. Este no tiene la

⁹⁸ *CMS Gas Transmission Company v. the Republic of Argentina*, (Case No. ARB/01/8), Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction of July 17, 2003, 42 *ILM* 800, para. 80.

independencia que debe tener un tribunal ni la función judicial de fallar sobre controversias con la concesionaria. La ley en el marco de la cual se estableció ORAB caracteriza las decisiones de ORAB, dictadas dentro de los límites de su competencia, como actos administrativos que obligan a la concesionaria y contra las cuales esta última puede interponer los remedios administrativos que permita la ley provincial y sin perjuicio de su derecho a iniciar una demanda judicial.⁹⁹ Afirmar lo contrario es admitir que ORAB, como órgano judicial, puede ser parte y juez en la misma diferencia.

5. Alegación de consecuencias adicionales

93. La Demandada ha presentado argumentos en relación con las consecuencias que podrían derivarse de que el Tribunal afirmara su jurisdicción. En ellos se considera que (a) el Tribunal es *forum non conveniens*, (b) es imposible que el Tribunal pueda decidir sobre las reclamaciones presentadas por Azurix sin interpretar el Contrato de Concesión o ejercer funciones regulatorias, (c) la Demandante ha incurrido en abuso de proceso, (d) si el Tribunal ejerciera jurisdicción, se producirían ciertos efectos económicos adversos, (e) las subsidiarias de Azurix son sus *alter egos*, y (f) podría existir doble reparación. A continuación el Tribunal considerará cada una de las consecuencias alegadas.

a) *Forum non conveniens*

94. Argentina afirma que el Tribunal es *forum non conveniens* para la Provincia y que si éste concluyera que tiene jurisdicción, ello entrañaría denegación de justicia para la Provincia porque ésta no es parte en el procedimiento y también es acreedora de ABA. En la misma línea argumental, la Demandada ha sostenido que los demás accionistas de ABA no tendrán la

⁹⁹ Ley 11.820, Anexo II, Capítulo XII, Artículo 51.

oportunidad de obtener satisfacción por el hecho de que Azurix ha sometido la diferencia al arbitraje. El Tribunal considera que éstos no son factores relevantes para determinar su competencia. Otros acreedores, incluida la Provincia u otros accionistas, no se verán imposibilitados para presentar reclamaciones siempre y cuando cumplan los requisitos jurisdiccionales del foro al que se dirijan.

b) Determinación del alcance de los derechos según lo establecido en el Contrato de Concesión y ejercicio de funciones regulatorias

95. Por lo que se refiere a la afirmación de Argentina de que es imposible que este Tribunal pueda resolver la diferencia sin decidir sobre el alcance de los derechos de ABA y de la Provincia según lo establecido en el Contrato de Concesión o ejercer funciones regulatorias al emprender la tarea de considerar judicialmente las decisiones de los organismos regulatorios de la Provincia y de Argentina, el Tribunal señala que su función se limita a decidir si Argentina ha incumplido sus obligaciones con Azurix en virtud de lo dispuesto en el APPRI. La medida en que esta función requiera un análisis de los hechos que puedan haberse presentado ante un juzgado o tribunal administrativo de Argentina, y en que esos hechos sean relevantes para la determinación del fondo de la causa por parte del Tribunal, no son cuestiones que el Tribunal deba decidir en esta fase del procedimiento, así como tampoco son consideraciones relevantes que el Tribunal deba tener en cuenta al determinar la jurisdicción del Centro o su propia competencia con arreglo al Artículo 25 del Convenio o a las disposiciones del APPRI.

c) Abuso de proceso

96. A partir de las razones expuestas en el análisis de la segunda excepción a la jurisdicción, el Tribunal concluye que Azurix no incurre en abuso de proceso al presentar su reclamación en este foro.

d) Consecuencias económicas

97. La Demandada ha solicitado que el Tribunal tenga presentes ciertas “variables económicas” al determinar su jurisdicción y al evaluar la estrategia de ABA y Azurix¹⁰⁰. La Demandada ha enumerado las posibles consecuencias económicas adversas de la estrategia general de Azurix, *inter alia*: ABA está convirtiéndose a sí misma en insolvente en perjuicio de sus acreedores, entre los que figura la Provincia, las cuentas pendientes de ABA, tanto con sus deudores como con sus acreedores, incluida la Provincia, se han pesificado, no obstante lo cual Azurix formula sus reclamaciones en dólares de los Estados Unidos. Sobre la base de las disposiciones que determinan su competencia, el Tribunal estima que carece de fundamento para incluir tales variables en la determinación de su competencia.

98. El hecho de si esas variables deberían estudiarse en la fase relativa al fondo de la causa, tal como lo ha solicitado la Demandada en caso de que el Tribunal desestimara su excepción a la jurisdicción, es una cuestión que deberá decidirse, en caso de que sea planteada de nueva cuenta, en ese momento.

e) Cuestión del *alter ego*

99. Argentina afirma que “AZURIX participó en la Licitación a través de sociedades cuyo capital era ciento por ciento de AZURIX, eran meramente instrumentales y constituían un simple *alter ego* de AZURIX. ABA también fue un simple vehículo para la expresión de los intereses y la voluntad de AZURIX”.¹⁰¹ Azurix utiliza después esta estructura para ejercer

¹⁰⁰ Réplica sobre jurisdicción de Argentina, párrs. 23 y siguientes.

¹⁰¹ *Ibid.*, párr. 16.

derechos contractuales o derechos en virtud de lo dispuesto en el APPRI según le resulte conveniente.¹⁰²

100. El Tribunal ya ha discutido las cuestiones relativas a la pluralidad de foros y los derechos que Azurix pueda tener, según lo dispuesto en el APPRI, como inversor a través de sociedades que participaron en la licitación y en ABA. El Tribunal sólo debe señalar aquí, por lo que se refiere al argumento del *alter ego*, que la Provincia otorgó la concesión a esas subsidiarias y que les requirió constituir una sociedad local con la que firmó el Contrato de Concesión. Estos hechos, sobre los que no hay desacuerdo, son base suficiente para que el Tribunal desestime el argumento del *alter ego*.

f) Doble reparación

101. En el curso de sus presentaciones, Argentina ha manifestado su preocupación ante el hecho de que Azurix podría obtener una doble reparación, a través del procedimiento ante este Tribunal y a través de ABA en los procedimientos ante los tribunales locales. El Tribunal comprende la preocupación de Argentina y señala que todas las compensaciones que se otorgan deberán basarse en las pérdidas reales que una demandante pueda demostrar. No obstante, la cuestión planteada al Tribunal en esta fase consiste en determinar si éste tiene jurisdicción; si la Demandante puede demostrar haber sufrido pérdidas es un asunto que deberá considerarse como parte de la consideración del fondo del asunto.

VI. DECISIÓN

102. Habiendo estudiado cuidadosamente los argumentos de las partes en sus presentaciones escritas y orales, y por las razones expuestas, el Tribunal:

¹⁰² Ibid., párr. 19 y siguientes.

1. Concluye que:
 - a) Azurix ha demostrado que, *prima facie*, tiene derecho a reclamar contra Argentina por incumplimiento de las obligaciones que Argentina tenía para con Azurix en virtud del APPRI;
 - b) Azurix tiene *ius standi* para presentar esta reclamación, y
 - c) la presente diferencia se encuentra dentro de la jurisdicción del Centro y la competencia del Tribunal.
2. Deniega la solicitud de la Demandada de que se suspenda el procedimiento.

103. En consecuencia, el Tribunal ha dictado la Orden necesaria para la continuación del procedimiento de conformidad con la Regla 41(4) de las Reglas de Arbitraje.

104. Cada una de las partes ha solicitado que las costas de la fase jurisdiccional del procedimiento, incluidas las propias costas, corran por cuenta de la otra parte. El Tribunal también decide que considerará esta cuestión como parte del fondo del asunto.

Hecho en castellano e inglés, siendo ambas versiones igualmente auténticas.

Dr. Andrés Rigo Sureda
Presidente del Tribunal

Sir Elihu Lauterpacht, C.B.E. Q.C.
Arbitro

Dr. Daniel H. Martins
Arbitro