

**Compañía de Aguas del Aconquija SA and Compagnie Générale des Eaux v Argentina, Award, ICSID Case No ARB/97/3; IIC 68 (2000); (2001) 16 ICSID Rev—FILJ 641; (2001) 40 ILM 426; (2004) 125 ILR 1
21 November 2000**

Parties:	Compañía de Aguas del Aconquija SA (Argentina), Compagnie Générale des Eaux (France) Argentina
Date of Decision:	21 November 2000
Date of Despatch:	21 November 2000
Jurisdiction/Arbitral Institution/Court:	International Centre for Settlement of Investment Disputes
Arbitrators/Judges:	Judge Francisco Rezek (President); Judge Thomas Buergenthal (Respondent appointment); Mr Peter D Trooboff (Claimant appointment)
Procedural Stage:	Award
OUP Reference:	IIC 68 (2000)
Arbitral Rules:	Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States (18 March 1965) 575 UNTS 159, entered into force 14 October 1966
Governing Law:	Agreement between Argentina and France for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, (3 July 1991), entered into force 3 March 1993 ('Argentina-France BIT') International law

Subject(s): International investment law

Keyword(s): Parallel proceedings – Fork in the road clause – Admissibility – Exhaustion of local remedies – Attribution – Actions of political subdivisions and attribution – State entities and attribution – Claims – Contract claims – Treaty claim – Jurisdiction of arbitral tribunals – Consent to jurisdiction – "Parties to the dispute (and jurisdiction)" – Standards of treatment – Equal treatment

Core Issue(s)

1. Whether a concession contract that did not mention a relevant bilateral investment treaty included the dispute resolution options of that treaty.
2. To what extent the actions of a political subdivision of a state were attributable to that state.

Facts

F1 This dispute arose from a concession contract ('Contract') entered into by the French company, Compagnie Général Des Eaux ('CGE') and its Argentine affiliate, Compañía de Aguas Del Aconquija SA ('CAA') (referred to collectively as CGE) and the Province of Tucuman, Argentina in May of 1995. The Contract involved the privatization of sewage and water treatment in Tucuman, and did not include the involvement of the Argentine government. (paragraph 25) The Contract notably included an exclusive jurisdiction clause for the Administrative Courts of Tucuman. (paragraph 27)

F2 CGE assumed responsibility for the operation of the sewage and water treatment facilities on 22 July 1995 amidst serious technical deficiencies in the current operation. (paragraph 28) These deficiencies gave rise to disputes from an early point in CGE's operation of the facilities. (paragraph 29)

F3 CGE contended that these disputes arose because elements of the provincial government of Tucuman were seeking to curry political favour with their constituents and that various powerful economic interests felt in danger

of being disrupted. (paragraph 31) Argentina alleged that the disputes were over deficiencies of CGE in its performance under the Contract. (paragraph 32) Furthermore, Argentina contended that these actions were solely the responsibility of Tucuman and that the Argentine government played no role in encouraging or directing these actions. (paragraph 32)

F4 On 5 March 1996, CGE notified Argentina that the terms of the Contract were going to be renegotiated under threat of rescission by the Governor of Tucuman. The stated purpose of this notification was to '[keep] the Argentine Republic informed' and that if the negotiations were not successful, CGE would "proceed to present the eventual controversy" under the [Agreement between Argentina and France for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, (3 July 1991), entered into force 3 March 1993 ('Argentina-France BIT')]. (paragraph 34)

F5 On 2 May 1996, Argentina and Tucuman entered into an agreement under which the National Government would provide assistance in the renegotiation process. (paragraph 35)

F6 The Contract was not successfully renegotiated, and on August 27, 1997, CGE notified Tucuman of its rescission of the contract. (paragraph 37) On 27 September 1997, Tucuman informed CGE of its rejection of the rescission and termination of the Contract, holding CGE to complete its obligation to run the facilities for a maximum period of 18 months, or until a successor could be found. (paragraph 38) CGE contested this position, but continued to run the facilities for 10 months. (paragraph 38)

F7 CGE contended that the International Centre for the Settlement of Investment Disputes ('ICSID') had jurisdiction over the dispute because of the Argentina-France BIT which provided for recourse to either the ICSID or an ad hoc tribunal. (paragraph 40) Argentina, however, contended that not only did the Contract control, which precluded ICSID jurisdiction, but that Argentina was not itself a party to the Contract and had not designated Tucuman; thus, CGE was barred from asserting a claim against Argentina. (paragraph 41)

F8 CGE counter-claimed that Argentina violated a legal duty in two distinct ways: 1) that the actions of Tucuman officials were attributable to Argentina; and, 2) that Argentina's inaction in forcing Tucuman to accept negotiations constituted a violation of international law. (paragraph 43)

F9 Argentina answered that a non-party had no legal duties, and that its constitutional relationship with Tucuman precluded any attribution to it of Tucuman's actions. (paragraph 44) Argentina would go on to concede that it may have national treatment or expropriation liability under the Argentina-France BIT, but that in this case, those obligations were met by an open environment. (paragraph 48)

Held

H1 The ICSID Tribunal had jurisdiction over the claims because the claims by CGE against Argentina were based not on a breach of the Contract, but rather on violations of the Argentina-France BIT through acts or omissions of Argentina itself. (paragraph 53)

H2 The actions of Tucuman could be attributable to Argentina if CGE could show, in addition to a breach of the Contract, a breach of the Argentina-France BIT. (paragraphs 49–52)

H3 The actions of Tucuman, while possibly attributable to Argentina, were incapable of being separated from the breach of contract claims, and as such could not be brought against Argentina without CGE first exhausting local remedies as the Contract called for. (paragraphs 77, 79–82)

H4 The inaction by Argentina concerning Tucuman's lack of ability to renegotiate a new contract or to force Tucuman to perform under the then in-effect Contract did not rise to the level of actionable harm to CGE. Therefore, CGE could not bring claims against Argentina for its lack of action. (paragraphs 83, 87–92)

Date of Report: 16 June 2008

Reporter(s): Kristofer Schwarzrock

Counsel for Investor: Mr Luis A Erize; Abeledo Gottheil Abogados, Buenos Aires; Mr Daniel M Price; Powell, Goldstein, Frazer & Murphy, LLP, Washington DC

Counsel for Host State: Mr Mariano F Grondona; Perez Alati, Grondona, Benites, Arntsen & Martinez de Hoz (h), Argentina; Ms Nancy N Perkins; Arnold & Porter, Washington DC; Mr William D Rogers; Arnold & Porter, Washington DC

Analysis

A1 This award was more important for what it did not do than what it did. What the Tribunal decided was that it could not decide; the Tribunal was unable to separate the breach of contract claims from the claims made against Argentina under the Argentina-France BIT. What the Tribunal did not do was make a judgment on the merits of the claims brought by CGE against Argentina, preferring instead to say that the allegations were inexorably tied up in the Contract and that CGE should have exhausted local remedies.

A2 The Tribunal's reasoning was not flawed in that there was definitely a logical progression followed that could not be faulted. However, following a logical progression of reasoning is not always the same as deciding the case. In this instance, it was not unreasonable to suggest that the Tribunal 'dropped the ball' so to speak. At the point in time that the case was decided, the clear trend in international arbitration was to find a way to resolve the issues brought before a tribunal. Here, rather than separate out what could be decided by the Tribunal — the claims made against Argentina under the Argentina-France BIT — the Tribunal opted to send everything out ostensibly to be decided by local administrative courts in Tucuman.

A3 The Tribunal in this instance found that it had jurisdiction over the claims brought, and rightly so, because the actions of a political sub-division are attributable to the state, and lack of action by a state can be just as actionable as an action taken. However, the Tribunal refused to adjudge the merits of the case because to do so would be to question the motives and purpose of a political entity (Argentina). (paragraph 89) Once the jurisdiction was established by the Tribunal, it should have found a way to settle the question before it — whether Argentina bore responsibility for the actions of the Tucuman government or if Argentina was responsible for its own inaction.

Date of Analysis: 16 June 2008

Analysis by: Kristofer Schwarzrock

Further Analysis

Christoph Schreuer, 'Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction over Contract Claims: the Vivendi I Case considered', in: *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, bilateral treaties and customary international law* (Cameron May, London 2005) 281–323

Other decisions cited in the full text of this decision:

International Centre for Settlement of Investment Disputes

Lanco International Inc v Argentina, Preliminary decision on jurisdiction, ICSID Case No ARB/97/6; IIC 148 (1998), 8 December 1998

Azinian and ors v Mexico, Award, ICSID Case No ARB(AF)/97/2; IIC 22 (1999), 18 October 1999

Instruments Cited in the full text of this decision:

Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States (18 March 1965) 575 UNTS 159, entered into force 14 October 1966

Agreement between Argentina and France for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, (3 July 1991), entered into force 3 March 1993

Subsequent stages in these proceedings:

Decision on the challenge to the President of the Committee; *Compañía de Aguas del Aconquija SA and Vivendi Universal SA v Argentina*, ICSID Case No ARB/97/3; IIC 69 (2001), 3 October 2001

Decision on annulment; *Compañía de Aguas del Aconquija SA and Vivendi Universal SA v Argentina*, ICSID Case No ARB/97/3; IIC 70 (2002), 3 July 2002

Decision on request for supplementation and rectification of decision concerning annulment of the award; *Compañía de Aguas del Aconquija SA and Vivendi Universal SA v Argentina*, ICSID Case No ARB/97/3; IIC 71 (2003), 28 May 2003

Decision – English translation

A. Introduction and Summary

B. Procedural History

C. Facts and Legal Positions of the Parties

D. Jurisdiction

E. Merits

E.1 Overview of the Positions of the Parties

E.2 Analysis of the Relationship of the Alleged Violations of BIT by the Argentine Republic to Issues of Alleged Non-Performance under the Concession Contract

E.2.1 Acts that Resulted in a Fall in the Recovery Rate under the Concession Contract

E.2.2 Acts that Unilaterally Reduced the Tariff Rate

E.2.3 Abuses of Regulatory Authority

E.2.4 Dealings in Bad Faith

E.2.5 Relationship of Alleged Acts of Tucumán Authorities to Performance under Concession Contract and Legal Consequences

E.3 Failure of the Argentine Republic to Respond to Actions of Tucumán Officials

F. Costs and Fees

G. Award

Appendix 1 Text of Cited Treaty and Contract Provisions

Appendix 2 Abbreviations

A. Introduction and Summary

This case arises from a complex and often bitter dispute associated with a 1995 Concession Contract that a French company, Compagnie Générale des Eaux, and its Argentine affiliate, Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. (collectively referred to as “Claimants” or “CGE”), made with Tucumán, a province of Argentina, and with the investment in Tucumán resulting from that agreement. The Republic of Argentina (“Argentine Republic”) was not a party to the Concession Contract or to the negotiations that led to its conclusion.

The Argentine Republic is a party to a bilateral investment treaty of July 1991 with the Republic of France, the Agreement between the Argentine Republic and the Republic of France for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments (hereinafter, “the Argentine-French BIT” or “BIT”)¹. Both the Argentine Republic and France are also parties to the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (“ICSID Convention”), which entered into force for both states prior to signature of the Concession Contract by CGE and Tucumán.²

The Concession Contract itself makes no reference to either the BIT or ICSID Convention or to the remedies that are available to a French foreign investor in Argentina under these treaties. Articles 3 and 5 of the BIT provide that each of the Contracting Parties shall grant “fair and equitable treatment according to the principles of international

law to investments made by investors of the other Party,” that investments shall enjoy “protection and full security in accordance with the principle of fair and equitable treatment,” and that Contracting Parties shall not adopt expropriatory or nationalizing measures except for a public purpose, without discrimination and upon payment of “prompt and adequate compensation.”³ Article 8 of the Argentine-French BIT provides that, if an investment dispute arises between one Contracting Party and an investor from another Contracting Party and that dispute cannot be resolved within six months through amicable consultations, then the investor may submit the dispute either to the national jurisdictions of the Contracting Party involved in the dispute or, at the investor's option, to arbitration under the ICSID Convention or to an ad hoc tribunal pursuant to the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law.⁴

Article 16.4 of the Concession Contract between CGE and Tucumán provided for the resolution of contract disputes, concerning both its interpretation and application, to be submitted to the exclusive jurisdiction of the contentious administrative courts of Tucumán.⁵ While this case presents many preliminary and other related questions, the core issue before this Tribunal concerns the legal significance that is to be attributed to this forum-selection provision of the Concession Contract in light of the remedial provisions in the BIT and the ICSID Convention. This question bears both on the jurisdiction of the Centre and the competence of this Tribunal under the ICSID Convention and on the legal analysis of the merits of the dispute between CGE and the Argentine Republic.

When CGE invoked the jurisdiction of ICSID in reliance on the terms of the BIT and the ICSID Convention and sought damages of over U.S. \$300 million, the Argentine Republic responded that it had not consented to submission of the dispute for resolution under the ICSID Convention. Because of the close relationship between the jurisdictional issue and the underlying merits of the claims, the Tribunal decided that it would not be able to resolve the jurisdictional question without a full presentation of the factual issues relating to the merits. Accordingly, the Tribunal, after receiving memorials from the parties and hearing oral argument, joined the jurisdictional issue to the merits.

For the reasons set forth in this Award, the Tribunal holds that it has jurisdiction to hear the claims of CGE against the Argentine Republic for violation of the obligations of the Argentine Republic under the BIT. Neither the forum-selection provision of the Concession Contract nor the provisions of the ICSID Convention and the BIT on which the Argentine Republic relies preclude CGE's recourse to this Tribunal on the facts presented.

With respect to the merits, CGE has not alleged that the Republic itself affirmatively interfered with its investment in Tucumán. Rather, CGE alleges that the Argentine Republic failed to prevent the Province of Tucumán from taking certain action with respect to the Concession Contract that, Claimants allege, consequently infringed their rights under the BIT. CGE also alleges that the Argentine Republic failed to cause the Province to take certain action with respect to the Concession Contract, thereby also infringing Claimants' rights under the BIT. In addition, CGE maintains that international law attributes to the Argentine Republic actions of the Province and its officials and alleges that those actions constitute breaches of the Argentine Republic's obligations under the BIT.

While CGE challenged actions of Tucumán in administrative agencies of the Province, CGE concedes that it never sought, pursuant to Article 16.4, to challenge any of Tucumán's actions in the contentious administrative courts of Tucumán as violations of the terms of the Concession Contract. CGE maintains that any such challenge would have constituted a waiver of its rights to recourse to ICSID under the BIT and the ICSID Convention.

The Tribunal does not accept CGE's position that claims by CGE in the contentious administrative courts of Tucumán for breach of the terms of the Concession Contract, as Article 16.4 requires, would have constituted a waiver of Claimants' rights under the BIT and the ICSID Convention. Further, as the Tribunal demonstrates below, the nature of the facts supporting most of the claims presented in this case make it impossible for the Tribunal to distinguish or separate violations of the BIT from breaches of the Concession Contract without first interpreting and applying the detailed provisions of that agreement. By Article 16.4, the parties to the Concession Contract assigned that task expressly and exclusively to the contentious administrative courts of Tucumán. Accordingly, and because the claims in this case arise almost exclusively from alleged acts of the Province of Tucumán that relate directly to its performance under the Concession Contract, the Tribunal holds that the Claimants had a duty to pursue their rights with respect to such claims against Tucumán in the contentious administrative courts of Tucumán as required by Article 16.4 of their Concession Contract.

CGE presented certain additional claims regarding allegedly sovereign actions of Tucumán that Claimants maintained were unrelated to the Concession Contract. CGE asserted that these actions of the Province gave rise to international responsibility attributable to the Argentine Republic under the BIT as interpreted by applicable international law. Furthermore, CGE alleged that the Argentine Republic was also liable for its failures to perform certain obligations under the BIT that Claimants submitted gave rise to international responsibility independent of the performance of

Tucumán under the Concession Contract. The Tribunal finds that many of these other claims arose, in fact, from actions of the Province relating to the merits of disputes under the Concession Contract and, for that reason, were subject to initial resolution in the contentious administrative tribunals of Tucumán under Article 16.4. To the extent such claims are the result of actions of the Argentine Republic or of the Province that are arguably independent of the Concession Contract, the Tribunal holds that the evidence presented in these proceedings did not establish the grounds for finding violation by the Argentine Republic of its legal obligations under the BIT either through its own acts or omission or through attribution to it of acts of the Tucumán authorities.

B. Procedural History

1. On December 26, 1996, the International Centre for Settlement of Investment Disputes (hereinafter “ICSID” or “the Centre”) received a request for the institution of arbitration proceedings (hereinafter “the request”) under the ICSID Convention against the Argentine Republic, submitted on behalf of Compagnie Générale des Eaux, a company established under the laws of France, and Compañía de Aguas del Aconquija, S.A., a company established under the laws of Tucumán, Argentina.
2. The request invoked the provisions of the Argentine-French BIT.
3. By letter of January 3, 1997, the Centre acknowledged receipt of the request and asked the Claimants to furnish information concerning authorization to submit the request on behalf of Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. The Claimants supplied such information by letter of January 14, 1997. On January 15, 1997, the Centre accordingly transmitted copies of the request and of its accompanying documentation to the Argentine Republic. By letter of January 21, 1997, the Centre transmitted to the Argentine Republic additional documentation received from the Claimants concerning such authorization.
4. By letters of January 29 and February 3, 1997, the Centre asked the Claimants to provide specific information concerning certain administrative steps that were mentioned in the request and that were said to have been taken in Argentina by Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. The Claimants responded by letters of February 3 and 14, 1997, respectively, which were transmitted to the Argentine Republic by the Centre. In such letters the Claimants provided an explanation of the meaning of the terms “administrative recourse” and “administrative action” used in the request, and of their relationship to the conditions for submitting a dispute to arbitration under the Argentine-French Agreement.
5. On February 19, 1997, the Acting Secretary-General of ICSID registered the request and, on the same day, notified the parties of the registration, inviting them to proceed to constitute an arbitral tribunal under the ICSID Convention as soon as possible. In accordance with Article 36 of the ICSID Convention, such registration was required because, on the basis of the information contained in the request, as supplemented, the dispute was not manifestly outside the jurisdiction of the Centre.
6. By letter of March 3, 1997, the Claimants informed the Centre that the parties had agreed to suspend for 30 days all time limits applicable to the proceeding. By letters of April 8 and May 7, 1997, the Claimants informed the Centre that the parties had agreed to suspend such time limits for a further 20 days, and then a further 60 days, respectively.
7. By a letter of September 16, 1997, the Claimants informed the Secretary-General of ICSID that they were choosing the formula set forth in Article 37(2)(b) of the ICSID Convention regarding the number of arbitrators and the method of their appointment. On that same date, the Centre accordingly informed the parties that the Arbitral Tribunal was to consist of three members, one appointed by each party and the third arbitrator, who was to be the President of the Tribunal, to be appointed by agreement of the parties.
8. On October 1, 1997, the Claimants appointed as arbitrator Mr. Peter D. Trooboff, a United States national. On October 17, 1997, the Argentine Republic not having named an arbitrator, the Claimants requested the Chairman of ICSID's Administrative Council to appoint, under Article 38 of the ICSID Convention, the arbitrators not yet appointed. By a letter of that same date, the Centre explained to the parties its normal consultation procedures for making such appointments. The Centre accordingly wrote to the parties on October 20, November 6 and November 14, 1999, in regard to the recommendations that the Secretary-General intended to make to the Chairman of its Administrative Council concerning such appointments. Having received no objection from either party, the Chairman of the Administrative Council designated Judge Francisco Rezek, a national of Brazil, and Judge Thomas Buergenthal, a United States national, as arbitrators in this proceeding, and designated Judge Rezek as the President of the Arbitral Tribunal. The Centre informed the parties of this designation by letter of November 14, 1997.

9. By letter to the parties of December 1, 1997, the Secretary-General of ICSID informed the parties that, having received from each arbitrator the acceptance of his appointment, the Arbitral Tribunal (hereinafter “the Tribunal”) was deemed to have been constituted, and the proceeding to have begun, on that date, in accordance with Arbitration Rule 6. Mr. Alejandro A. Escobar, Senior Counsel, ICSID, was designated to serve as Secretary of the Tribunal.

10. On December 11, 1997, the Secretary of the Tribunal first wrote to the parties to inform them of the Tribunal's wish to hold its first session with them in Paris on January 15, 1998. By letter of January 8, 1998, the Argentine Republic communicated with ICSID for the first time in this proceeding and raised objections to jurisdiction, besides requesting the postponement of the first session of the Tribunal. The Argentine Republic also urged that all sessions of the Tribunal should be held at the seat of the Centre in Washington, D.C. After receiving the Claimants' views, the Tribunal decided to postpone, exceptionally, its first session, and proposed to hold such session with the parties in Washington, D.C. on February 6, 1998. Under Arbitration Rule 13(1), the Tribunal was to hold its first session within 60 days after its constitution, that is, by January 30, 1998, or such other period as the parties may agree. There was no agreement between the parties, however, for holding the session on February 6, 1998.

11. In these circumstances, and upon notice to the parties, the Tribunal held its first session by telephone conference call through the Secretariat on January 20, 1998. Among the matters considered at its first session, the Tribunal noted that it had been duly established under the provisions of the ICSID Convention. In addition, the Tribunal determined dates for holding a session with the parties. Copies of the minutes of such session, prepared by the Secretary and approved by the Tribunal, were distributed to the parties together with copies of each of the Tribunal members' declaration made under Arbitration Rule 6.

12. On January 14, 1998, counsel for the Argentine Republic submitted a memorandum to the Secretary-General setting forth the grounds for finding that the dispute was manifestly not within the jurisdiction of the Centre. Copies of that memorandum were distributed to the members of the Tribunal and to the Claimants under cover of the Secretariat's letter of January 15, 1998. On January 23, 1998, counsel for the Claimants submitted a letter to the Secretary-General setting forth their arguments for finding that the request for arbitration was properly registered and contending that any objection to jurisdiction was for the Tribunal, and not the Secretary-General, to decide.

13. At the request of counsel for the Argentine Republic, the Secretary-General of the Centre met at his offices on January 27, 1998, with counsel for the Argentine Republic and with counsel for the Claimants. At that meeting, the Secretary-General informed the parties that he had carefully considered the arguments raised in the Argentine Republic's memorandum of January 14, 1998, and in the Claimants' letter of January 23, 1998, before registering the request for arbitration. On that basis, and in view of the provisions of the ICSID Convention, the Secretary-General reiterated to the parties that the request for arbitration was properly registered. The Secretary-General added that the registration of a request for arbitration does not prejudice in any manner the question of whether the dispute is or is not within the jurisdiction of the Centre or otherwise within the competence of the Tribunal established for the case. The foregoing points were confirmed in the Secretary-General's letter to the parties of January 27, 1998.

14. On February 18, 1998, the Tribunal met with the parties at the seat of the Centre to discuss procedural matters not addressed during the Tribunal's first session, in particular procedural matters concerning the Argentine Republic's objections to jurisdiction. It was agreed at that session that the parties would file simultaneous observations on the objections of the Argentine Republic to jurisdiction, to be followed by filing simultaneously of further observations and a hearing. The parties also agreed that their memorials would be in English with exhibits presented in their original language, if in English, French or Spanish. The proceedings on the merits were in the interim to remain suspended, in accordance with Arbitration Rule 41(3).

15. The Claimants were represented in the proceeding by the following counsel:

Mr. Luis A. Erize

Abeledo Gottheil Abogados

Av. E. Madero 1020 — Piso 5

1106 Buenos Aires, Argentina; and

Mr. Daniel M. Price

Powell, Goldstein, Frazer & Murphy LLP

Sixth Floor

1001 Pennsylvania Avenue, N.W.

Washington, D.C. 20004.

The Respondent was represented in the proceeding by the following counsel:

The Hon. Secretary of Public Works

Ministry of Economy and of Public Works and Services

Yrigoyen 250, Piso 11, Of. 1121

(1310) Buenos Aires, Argentina;

Mr. Mariano F. Grondona

Estudio Pérez Alati, Grondona,

Benites, Arnsten & Martínez de Hoz (h)

Suipacha 1111, Piso 18

(1368) Buenos Aires, Argentina; and

Ms. Nancy L. Perkins and

Mr. William D. Rogers

Arnold & Porter

Thurman Arnold Building

555 12th Street, N.W.

Washington, D.C. 20004-1202.

16. On April 20, 1998, the parties filed their observations on the Argentine Republic's objections to jurisdiction. On May 11, 1998, the parties filed their further observations on such objections. On May 26 and 27, 1998, the Tribunal held a hearing at the seat of the Centre to receive the parties' oral arguments on the issue of jurisdiction.

17. On July 2, 1998, the Tribunal issued an order joining the Argentine Republic's objections to jurisdiction to the consideration of the merits of the dispute. The Tribunal issued on July 23, 1998, an order fixing the schedule for the filing of the parties' memorials and evidence in the next phase of the proceeding.

18. On November 2, 1998, the Claimants filed their memorial on jurisdiction and on the merits with supporting witness affidavits. On February 1, 1999, the Respondent filed its counter-memorial on the merits and jurisdiction with supporting witness affidavits.

19. On February 4, 1999, the Tribunal issued an order proposing to the parties three sets of dates for holding a hearing on jurisdiction and on the merits, and a date for holding a pre-hearing session to discuss procedures for the hearing, including those for the presentation of evidence. In addition, the Tribunal requested each party to submit, by April 19, 1999, a pre-hearing memorandum on certain issues identified in the order.

20. On April 25, 1999, as agreed, the Tribunal held a pre-hearing session with the parties at the seat of the Centre. On April 27, 1999, the Tribunal issued its fourth order, concerning the presentation of evidence at the hearing and, in particular, the allocation of time for each party to sponsor the written testimony of its witnesses and for the opposing party to cross-examine the witnesses. Based upon the parties' agreement set forth in their joint prehearing memorandum of April 22, 1999, the fourth order of the Tribunal confirmed that, apart from the witness testimony to be presented at the hearing, the evidentiary record was closed; that the parties had reported that they could not provide a stipulation of facts that would meaningfully assist the Tribunal; and that each party was to submit a post-hearing memorial within 30 days from the close of the August 1999 hearing. In addition, the Tribunal in its fourth order

permitted the Claimants to present at the hearing the testimony of an expert on water quality even though his affidavit had not been presented with the memorial and reply of Claimants. The Tribunal also determined the time allocation for sponsoring the testimony of this expert and for his cross-examination.

21. The hearing on jurisdiction and the merits was held at the seat of the Centre from August 11 through August 13, 1999. At the hearing, the Tribunal received the testimony of the following witnesses presented by the Claimants: Mr. Francois de Rochambeau, Mr. Christian Lefaix, Mr. Charles-Louis de Maud'Huy, Mr. José Manuel García González and Mr. Oldrich Fischmeister. Also at the hearing, the Tribunal received the testimony of the following witnesses presented by the Respondent: Ms. María Gilda Pedicone de Valls, Mr. Daniel Esteban Arancibia and Mr. Jorge Rais. Copies of the audio recordings and of the verbatim transcripts made of the hearing were distributed by the Secretariat. The parties subsequently agreed on some adjustments to those transcripts, particularly to the English transcription of testimony given orally in Spanish.

22. On August 25, 1999, the Tribunal directed the parties simultaneously to file post-hearing memorials by September 30, 1999. The Tribunal also prepared a list of questions on jurisdiction and liability that it asked each party to address in its post-hearing memorial. At the same time, the Tribunal announced that it would entertain a request by either party to permit the parties simultaneously to submit brief rejoinders to the post-hearing memorials. By a joint letter of September 22, 1999, the parties requested to be permitted to submit such rejoinders by October 12, 1999. The Tribunal granted that permission and the parties' respective post-hearing memorials and rejoinders thereto were filed on the dates agreed upon.

23. In its order of April 27, 1999, the Tribunal decided that the hearing in August 1999 would be devoted only to the issues of jurisdiction and liability, and that it would, if necessary, address questions relating to damages at a later stage of the proceeding. With its holding in this award, under which no further hearing on damages is necessary, the Tribunal hereby determines that the presentation of the case by the parties is completed and declares that, pursuant to ICSID Arbitration Rule 38, the proceeding is closed.

C. Facts and Legal Positions of the Parties

24. This case concerns a claim against the Argentine Republic submitted to ICSID by CGE, a French corporation that operates water and sewage systems in France and other countries, and also by CGE's Argentine affiliate, CAA.⁶

25. The dispute from which the claims in this proceeding arise relates to a Concession Contract that CAA entered into on May 18, 1995 (the "Concession Contract"), with the Province of Tucumán ("Tucumán"), one of the 23 provinces of the Argentine Republic. The Concession Contract grew out of a 1993 decision by the government of Tucumán to privatize its water and sewage facilities that were being operated by a provincial authority. The signature of the Concession Contract was the culmination of a two-year prequalification and lengthy negotiation process with CGE that the provincial authorities of Tucumán conducted with the assistance of its professional advisers. (Cls. Mem. at 15–24.) The record in these proceedings does not indicate that the Argentine Republic played any role with respect to the negotiation and conclusion of the Concession Contract or with respect to anticipated performance by CGE and Tucumán of their respective obligations under the Concession Contract.

26. The 111-page, single-spaced Concession Contract, consisting of 16 articles plus 25 lengthy appendices, included detailed provisions regarding the service that CGE would provide in operating the water and sewage system of Tucumán (Chapter 4), the tariffs that CGE would charge (Chapter 12), and the investments that CGE would make in the system for its improvement and expansion (Chapter 11). The Concession Contract makes no reference to the remedies available to CGE under the BIT, which had entered into force nearly three years before the Concession Contract was signed in May 1995. Nor did the Concession Contract refer to potential remedies under the ICSID Convention which had become effective for the Argentine Republic on the same day (Nov. 18, 1994) that the Tucumán Legislature approved the actions of the Pre-Award Commission and the Commission recommended that the concession be awarded to the CGE Consortium. (Cls. Mem. at 22.)

27. Article 16.4 of the Concession Contract provides as follows:

For purposes of interpretation and application of this Contract the parties submit themselves to the exclusive jurisdiction of the Contentious Administrative Tribunals of Tucumán.⁷

28. Pursuant to the Concession Contract, CGE assumed responsibility for the operation of the water and sewage system of Tucumán on July 22, 1995. It is undisputed that there were serious technical and commercial deficiencies in the structure and operation of the Tucumán water and sewer system at the time of the CGE takeover. The

principal problems included severe operational difficulties resulting from the inadequate and antiquated infrastructure, deferred maintenance, tariffs that inadequately reflected the cost of operations and the required provision for capital expenditures, and failures in collection from Tucumán users, both private and commercial, of a significant part of the tariffs actually imposed.

29. From an early point in the CGE's performance under the Concession Contract, disputes arose between CGE and the authorities of Tucumán. These disputes became the subject of extensive publicity and controversy involving the parties to the Concession Contract and ultimately led to active involvement of the governments of France and Argentina in attempts to resolve the issues that had arisen.

30. As for the facts and circumstances giving rise to these disputes, CGE contended that “from the very beginnings of the Concession, it became apparent that instead of supporting the Concession, various branches of the Provincial Government sought to destroy the Concession.” (Cls. Prop. Findings at 34.) Claimants maintain that commencing shortly after the takeover of the project in July 1995 and continuing to the end of its concession performance, CGE was subjected to a “steady stream of decrees, resolutions, laws, and legal opinions which were designed to undermine the operation of the concession and either drive CAA from the Province or force it to renegotiate the Agreement.” (Cls. Mem. at 106.) Further, these acts of the Tucumán authorities were, Claimants submit, part of a “concerted public attack against CAA and the Concession Agreement by [Tucumán] government authorities, which included a series of inflammatory statements and other acts encouraging customers not to pay their bills.” (*Id.*) Claimants allege that the government of Tucumán was generally seeking to interfere with CGE's performance and exercise of its rights under the Concession Contract.

31. Claimants further allege that from the inception of the Concession Contract, CGE was “attacked and vilified” by officials in all branches of the government of Tucumán. (Cls. Prop. Findings at 30–33.) Claimants also allege that such actions continued throughout the effectiveness of the Concession Contract and were intended to and did undermine CGE's performance of the Concession Contract. Further, Claimants allege that these asserted attacks and this vilification occurred because “the Concession threatened to disrupt vested economic and political interests in the Province and it represented an opportunity for elements of the Provincial Government to curry favor with the public.” (*Id.* at 44.)

32. The Argentine Republic contests these allegations regarding the substance and reasons for actions of officials of Tucumán and submits that the actions of the Tucumán authorities were the result of alleged deficiencies by CGE in its performance under the Concession Contract. These failures, according to the Argentine Republic, affected the delivery of water and sewage services to the areas of Tucumán that were covered by the Concession Contract. The specifics of the disputes concerned such issues under the Concession Contract as the method for measuring water consumption, the level of tariffs to customers, the timing and percentage of any increase in tariffs, the remedy for non-payment of tariffs, the right of CGE to pass-through to customers certain taxes and the quality of the water delivered. Further, the Argentine Republic contends, the actions of the provincial authorities in response to these alleged failures in performance were not directed, encouraged or condoned by the Argentine Republic.

33. In the record of these proceedings, the earliest reference to officials of the Argentine Republic taking any action with respect to the Concession Contract between CGE and Tucumán occurred in February 1996, when the Argentine government acted through the Ministries of Economy and Interior and the Chief of Cabinet to prevent rescission of the Concession Contract by Tucumán (Cls. Mem. at 39.) See also Statement of President Menem in Paris on February 26, 1996, concerning the assistance by the Argentine government “to find a solution to these problems” that had arisen between CGE and the Province (Cls. Ex. #26.)

34. On March 5, 1996, CGE notified the Argentine Republic of the pending negotiations with Tucumán regarding the terms of the Concession Contract and, in particular, of the threat of the Governor of the province to rescind the agreement and his demand for redefinition of the tariff schedule. (Cls. Ex. #27)(letter from CGE and Dycasa to the Argentine Minister of Foreign Affairs.) In that letter CGE stated that its purpose was “keeping ... [the Argentine Republic] informed regarding the evolution of the negotiations that are designed to overcome the inconveniences that have arisen regarding the Concession Contract.” The letter also stated that “in the event that a satisfactory result is not achieved” in the negotiations with Tucumán, CGE would “proceed to present the eventual controversy” under the BIT.⁸ (*Id.*)

35. On or about May 2, 1996, several months after negotiations between CGE and Tucumán had been under way, the Argentine Republic and Tucumán entered into “an agreement pursuant to which the National Government would provide assistance and expertise for the successful renegotiation of the Concession Agreement.” (Cls. Prop. Findings at 51 (citing Cl. Ex. #29)). It is undisputed that officials of the Argentine Republic were involved with varying degrees

of intensity from these initial initiatives in early 1996 until the turnover in 1998 of the water and sewage concession to an agency of the Argentine Republic. This Argentine governmental involvement concerned the efforts by CGE and Tucumán to renegotiate the Concession Contract. It related to a broad range of technical, political and legal aspects of that renegotiation.

36. In the end, the Claimants and Tucumán did not succeed in concluding a renegotiated Concession Contract that was acceptable to both parties. In particular, lengthy negotiations between CGE and Tucumán culminated in a Framework Agreement in 1997 that was rejected by the Tucumán legislature. Further, CGE and Tucumán negotiated revisions in the Concession Contract that culminated in a text approved by the Governor of Tucumán in April 1997. However, before submitting the implementing legislation to the Tucumán legislature, the Governor, Claimants argue, altered in significant respects the business terms of the text without consultation with CGE. CGE refused to sign the revised Concession Agreement, as passed by the Tucumán legislature. Further negotiations ensued, including further involvement in these exchanges by officials of the Argentine Republic. The parties vigorously disagree over the economic significance of any changes by the Governor or the Tucumán legislature to the revisions in the Concession Contract that were negotiated in April 1997. They also dispute whether, by virtue of subsequent negotiations, the Tucumán legislature was ready by August 1997, as alleged by Respondent, to approve a revised Concession Contract that would have been acceptable to all concerned parties.

37. On August 27, 1997, CGE notified the Provincial Governor of Tucumán that CGE was rescinding the Concession Contract pursuant to Section 15.9.5. because of the alleged default of Tucumán.

38. On September 27, 1997, Tucumán rejected the CGE notice of rescission and terminated the Concession Contract, alleging a default in performance by CGE. In addition, relying on Section 15.11 of the Concession Contract, Tucumán required CGE to continue providing water and sewage services for a period not to exceed 18 months or until a successor operator could be found. Although CGE strongly contested this Tucumán position, it continued for ten months to operate the water and sewage system.

39. On October 17, 1998, an agency of the Republic of Argentina assumed responsibility for the operation of the water and sewage system of Tucumán. (Cls. Prop. Findings at 89 and 94.)

D. Jurisdiction

40. The Claimants submit that this Tribunal has jurisdiction on the basis of Article 25 of the ICSID Convention and Article 8 of the Argentine-French BIT. The latter provides that in the event that a dispute between an investor of one Contracting Party and the other Contracting Party is not resolved within six months, then the investor may at its discretion seek relief either in the courts of the Contracting State with which the dispute exists or in an international arbitral tribunal established either under the ICSID Convention, if each State Party has adhered to that Convention, or *ad hoc* pursuant to the Rules of the United Nations Commission on International Trade Law.⁹

41. The Argentine Republic responds that the Tribunal lacks jurisdiction because these provisions upon which Claimants rely provide for consent to jurisdiction only if there is a dispute between the Claimants and the Argentine Republic. Respondent argues that the only dispute presented by the Claimants arises under and relates exclusively to a Concession Contract to which the Argentine Republic was not a party. The Argentine Republic also takes the position that, absent its consent and designation of Tucumán, paragraphs (1) and (3) of Article 25 of the ICSID Convention preclude Claimants from asserting against the Argentine Republic a claim that is based on actions of Tucumán. Finally, Respondent submits that the only claims presented by Claimants relate to rights and obligations of the parties under Concession Contract and that, accordingly, Article 16.4 of the Concession Contract requires that Claimants submit those claims to the contentious administrative tribunals of Tucumán. The Argentine Republic denies that its national governmental authorities engaged in any conduct that may serve as the basis for a claim under the BIT. It also denies that, for jurisdictional purposes, the actions of the Province may be attributed to the national government.

42. Claimants answer that, notwithstanding the terms of Article 16.4 of the Concession Contract, they are not obligated by the BIT to pursue a domestic judicial remedy prior to bringing a treaty claim against the Argentine Republic. Claimants argue that had if they had pursued any domestic legal remedy in the Argentine courts, whether against the Argentine Republic or the Province of Tucumán, they would have been held to have made the choice presented under Article 8 of the BIT and now be faced with the argument by the Respondent that Claimants had waived their right to seek arbitration under the ICSID Convention. (The parties referred to such a waiver as taking the “fork in the road” under Article 8 of the BIT.)

43. Under the terms of the BIT and as the Tribunal emphasized in its order of July 2, 1998, the Argentine Republic is liable to Claimants only if the Argentine government violated a legal duty that is owed to Claimants and that duty was violated by acts or omissions of the Argentine Republic. In these proceedings, Claimants have contended that the Argentine Republic violated its legal duty under Articles 3 (fair and equitable treatment) and 5 (expropriation) of the BIT. In this regard, Claimants make two distinct types of submissions. First, Claimants assert that the actions of the officials of Tucumán are legally attributable to the Argentine Republic and serve as the basis for finding that the Argentine government expropriated the rights of Claimants in the Concession Contract and denied “fair and equitable” treatment to Claimants. Claimants next assert that on the facts presented the inaction of the Argentine Republic itself constitutes a violation of a legal duty that the Argentine Republic owes to investors under terms of the BIT and international law. In this connection Claimants rely particularly on the failure of Argentine government officials to prevent Tucumán officials from taking certain actions and the failure of the Argentine Republic to require Tucumán to honor its obligations under the Concession Contract and to enter into and approve a renegotiated Concession Agreement.

44. The Argentine Republic submits that as a non-party to the Concession Contract it owed no legal duty to Claimants and that there is no basis in international law to attribute in this case to the Argentine Republic the actions of the provincial authorities of Tucumán. Further, the Argentine Republic responds that the scope of its duty to the Claimants is affected not only by the terms of the Concession Contract, including Article 16.4, but also by the provisions of the Argentine Constitution that govern its relationship to the provinces under the Argentine federal system. As a result, the Argentine Republic submits that in this case it owes to CGE only an obligation to exercise good faith or show due diligence in seeking to promote agreement between CGE and the Tucumán authorities in order to fulfill its duty to provide the investor with fair and equitable treatment under the BIT and to prevent expropriatory action in violation of the BIT. The Argentine Republic submits that the actions of its officials fully satisfied this legal duty.

45. Article 25(1) of the ICSID Convention provides that the jurisdiction of ICSID extends to “any legal dispute arising directly out of an investment” provided that the parties consent to submit their dispute to the Centre. Under Article 8 of the BIT, an investor in the Republic of Argentina is entitled to submit to ICSID a “dispute relating to investments, within the meaning of this [the BIT] agreement.” Article 1(1) of the BIT defines “investments” to include “[c]oncessions granted by law or by virtue of an agreement.” It is not disputed by the Argentine Republic that this definition includes concession agreements of the kind entered with CGE.

46. The Argentine Republic contends nevertheless that it is not subject to the jurisdiction of this Tribunal. In advancing this proposition, Respondent points to the following three provisions:

- Article 25(1) of the ICSID Convention, as referred to by Article 8 of the BIT, which limits the jurisdictional consent of states to investment disputes “between a contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State;”
- Article 25(3) of the ICSID Convention which provides with respect to the jurisdiction of the Centre that “[c]onsent by a constituent subdivision ... of a Contracting Party shall require the approval of that State unless that State notifies the Centre that no such approval is required;” and
- Article 16.4 of the Concession Contract which provides for submission of issues of interpretation or application to the exclusive jurisdiction of the contentious administrative tribunals of Tucumán.¹⁰

47. In reliance on these provisions, the Respondent argues that CGE's claims may be heard by this Tribunal only upon designation by the Argentine Republic of Tucumán under subsection (1) of Article 25 of the ICSID Convention and upon grant of the consent by the Argentine Republic called for under subsection (3) of Article 25. The parties agree that the Argentine Republic has not made any such designation or filed any such consent pursuant to these subsections. They disagree regarding the import of the absence of such action. In addition, the Respondent also argues that CGE waived its right to resort to the ICSID Convention to assert those claims that Claimants have raised under the BIT because with respect to such claims CGE accepted the exclusive jurisdiction of the contentious administrative courts of Tucumán under Article 16.4 of the Concession Contract.¹¹

48. The Argentine Republic relies on its federal system under its 1994 Constitution in arguing that the acts of officials of the Province of Tucumán cannot be attributed to the federal government and, accordingly, the Tribunal has no jurisdiction for the claims of CGE in this case. (Resp. Obs. Jur. at 7 and Resp. Mem. at 70 and 94.) The Argentine Republic concedes, however, that even though the Concession Contract is between the Province of Tucumán and CGE, it could incur liability for actions or failure to act on the part of federal officials in relation to the CGE

investment in Tucumán. (See, e.g., Trans. Jur./Merits at p. 474.) The Argentine Republic thus denies as a matter of international law the attribution of liability for actions of Tucumán but at the same time acknowledges that the BIT places independent duties on the Argentine government vis-à-vis the Concession Contract. Specifically, the Argentine Republic concedes that it could be liable under Articles 3 or 5 of the BIT relating to the treatment to which foreign investors are entitled and the prohibition against expropriatory governmental action. Respondent contends, however, that since it was not a party to the Concession Contract, these obligations are in this case limited to maintaining an open environment for investment, avoiding discrimination, ensuring security and affording a forum for adjudication of disputes. Further, the Argentine Republic takes the position that the facts presented do not support any finding of inaccessibility for investment, discrimination or absence of security and, accordingly, this Tribunal should ask only whether Respondent has engaged in a denial of justice to the investor. The Argentine Republic maintains that since there is no evidence of a denial of justice on its part in this case, nor even an allegation to that effect, the Tribunal lacks jurisdiction.

49. Under international law, and for purposes of jurisdiction of this Tribunal, it is well established that actions of a political subdivision of federal state, such as the Province of Tucumán in the federal state of the Argentine Republic, are attributable to the central government.¹² It is equally clear that the internal constitutional structure of a country can not alter these obligations.¹³ Finally, the Special Rapporteur of the International Law Commission, in discussing the proposed Commentary that confirms the attribution of conduct of political subdivisions to the federal State, has referred to the “established principle” that a federal state “cannot rely on the federal or decentralized character of its constitution to limit the scope of its international responsibilities.”¹⁴

50. In this case CGE contends that the Argentine Republic itself violated its obligations under the BIT by virtue of the attribution to that central government of the acts of the Province of Tucumán. Claimants' request for relief is thus not based on a breach of the terms of the Concession Contract. For this reason, the Tribunal finds that its jurisdiction under the ICSID Convention is not, as the Argentine Republic argues, precluded by the requirement of Article 8 of the BIT that the dispute be between the French investor and the Argentine Republic. The Tribunal also concludes that it has jurisdiction over those claims of CGE that are based directly on alleged actions or failures to act of the Argentine Republic itself and that do not rely in any respect upon the principle of attribution.

51. Moreover, the Tribunal cannot accept the position of Respondent that its failure to designate or consent to the application of the ICSID Convention to the Province of Tucumán under Article 25 of that treaty deprives the Tribunal of jurisdiction to hear the claims of CGE against the Argentine Republic. The designation and consent provisions of paragraphs (1) and (3) of Article 25 stipulate that a subdivision or agency of a Contracting State may, with the permission of that State, submit itself to the jurisdiction of ICSID for purposes of resolving a legal dispute arising out of an investment dispute between that subdivision or agency and a national of another Contracting State. Those optional provisions do not apply to disputes between the Contracting State itself (in this instance the Argentine Republic) and a national of another Contracting State that may be related to an investment contract between a subdivision or agency of that State and the national. In other words, Article 25(3) does not restrict the subject matter jurisdiction of the Tribunal; rather, it creates potential efficiencies in operations of ICSID by establishing, with approval of the central government, the right of such agencies or subdivisions to be parties in their own right to an ICSID proceeding.

52. The foregoing reading of Articles 25(1) and (3) is confirmed by the negotiating history of the ICSID Convention. It shows that these provisions were designed to permit the expansion of the scope of ICSID arbitration *ratione personae* to include subdivisions and agencies of a Contracting State. This enlargement of the Centre's jurisdiction occurred without in any respect restricting ICSID jurisdiction *ratione materiae* over claims against a Contracting State arising from actions of such subdivisions or agencies that are alleged to be attributable to the Contracting State. Article 25(1) and (3) responded to the concerns that many states carried out their investment functions through distinct legal entities, including state-owned agencies and subdivisions.¹⁵ Article 25 consequently provided a method for giving these entities standing for purposes of ICSID arbitration as long as their Contracting State had given its consent thereto.¹⁶ The Tribunal also notes that the Argentine Republic did not notify its intention under Article 25(4) of the ICSID Convention to exclude *ratione materiae* claims based generally on actions of political subdivisions, or, more specifically, on actions of political subdivisions in relation to concession contracts. Nor has the Argentine Republic argued in these proceedings that any such express *ratione materiae* restriction appears in its consent to jurisdiction under the BIT or the ICSID Convention.

53. Finally, the Tribunal holds that Article 16.4 of the Concession Contract does not divest this Tribunal of jurisdiction to hear this case because that provision did not and could not constitute a waiver by CGE of its rights under Article 8 of the BIT to file the pending claims against the Argentine Republic. On this issue, the parties have presented

extensive argument on the potential pertinence of the preliminary decision on jurisdiction of the ICSID tribunal in *Lanco International Inc. v. Argentine Republic*.¹⁷ The *Lanco* tribunal addressed the distinct argument that a contract provision by which the parties submitted their disputes to federal contentious administrative tribunals of the City of Buenos Aires constituted a pre-existing agreement that precluded ICSID arbitration under the distinct terms of the bilateral investment agreement at issue in that case. Having rejected that position, the *Lanco* tribunal also upheld the investor's option to choose ICSID arbitration when the investor could not and did not submit to such tribunals its claims based on the bilateral agreement.¹⁸ In this case the claims filed by CGE against Respondent are based on violation by the Argentine Republic of the BIT through acts or omissions of that government and acts of the Tucumán authorities that Claimants assert should be attributed to the central government. As formulated, these claims against the Argentine Republic are not subject to the jurisdiction of the contentious administrative tribunals of Tucumán, if only because, *ex hypothesi*, those claims are not based on the Concession Contract but allege a cause of action under the BIT.¹⁹

54. Thus, Article 16.4 of the Concession Contract cannot be deemed to prevent the investor from proceeding under the ICSID Convention against the Argentine Republic on a claim charging the Argentine Republic with a violation of the Argentine-French BIT.

55. By this same analysis, a suit by Claimants against Tucumán in the administrative courts of Tucumán for violation of the terms of the Concession Contract would not have foreclosed Claimant from subsequently seeking a remedy against the Argentine Republic as provided in the BIT and ICSID Convention. That is, submission of claims against Tucumán to the contentious administrative tribunals of Tucumán for breaches of the contract, as Article 16.4 required, would not, contrary to Claimants' position, have been the kind of choice by Claimants of legal action in national jurisdictions (*i.e.*, courts) against the Argentine Republic that constitutes the “fork in the road” under Article 8 of the BIT, thereby foreclosing future claims under the ICSID Convention.

E. Merits

E.1 Overview of the Positions of the Parties

56. It is undisputed that the Argentine Republic was not a party to the Concession Contract, nor did that agreement refer in any respect to the role that the Argentine Republic, which was not a party to its negotiation, might be called upon to play in ensuring performance of the contract by Tucumán.

57. Claimants contend, however, that every action of the Province of Tucumán, taken in the exercise of sovereign power and not as a party to a contract, is directly attributable to the Argentine Republic. Thus, Claimants submit, if the Province of Tucumán exercised governmental authority in abrogating the rights of Claimants under the Concession, then the Argentine Republic is liable to Claimants under the BIT. (Cls. Mem. at 97–101.)

58. Claimants have not alleged that any action of the Argentine Republic directly or indirectly interfered with their performance of the Concession Contract. Rather, they base their claim against the Argentine government on its failure to have acted and, in particular, its failure to have caused Tucumán (i) to refrain from exercising governmental powers that abrogated the rights of Claimants, or (ii) to comply with the terms of the Concession Contract.

59. Claimants argue that the Argentine Republic is subject to a strict liability standard under the BIT and that any action of the Province that violates the BIT creates liability on the part of Respondent. (Cls. Post-Hrg. Mem. at 20 and Cls. Post-Hrg. Answers at 28.) Claimants submit that the record is replete with examples of such action.

60. The Argentine Republic maintains that the standard of its liability is limited to what the parties and the Tribunal have sometimes termed “due diligence” but which may be more appropriately termed “good offices,” *i.e.*, a duty to undertake a good faith effort through actions of its federal officials to help resolve the controversy between the Province and Claimants. (Res. Post-Hrg. Mem. at 35–38 and Res. Post-Hrg. Answers at 14.)

61. Claimants respond that this lesser standard of obligation does not apply to the alleged BIT violations at issue in this case (*i.e.*, expropriation and denial of fair and equitable treatment resulting from actions of officials of a political subdivision of a Contracting Party) (Cls. Post-Hrg. Answers at 30). Further, Claimants submit that even in the case of other violations, the lesser “due diligence” or “good offices” standard applies only if the actions of private parties are involved — not actions of a political subdivision such as a Province. (*Id.* at 29–30.) In any event, Claimants contend that the Argentine Republic violated its obligation under the BIT and applicable international law even under this lesser standard because the Argentine Republic “failed ... to take reasonable measures to solve the conflict and protect or redress damage to Claimants.” (*Id.* at 48.)

E.2 Analysis of the Relationship of the Alleged Violations of BIT by the Argentine Republic to Issues of Alleged Non-Performance under the Concession Contract

62. To resolve these issues in this case, the Tribunal need not determine generally whether bilateral investment treaties with provisions forbidding expropriation in the absence of full compensation and requiring fair and equitable treatment under international law impose a strict liability standard on a central government for actions of a political subdivision. Instead, the Tribunal resolves this case on the basis of the specific allegations on which the Claimants base their claims and their legal significance in light of the terms of the Concession Contract and the BIT.

63. In its post-hearing submissions, Claimants, in response to the request by the Tribunal for “specific acts or omissions” taken by or attributable to the Argentine Republic under a strict liability standard of attribution, identified four categories of “acts of the Province attributable to [Respondent] that violated Claimants’ rights under the BIT.” (Cls. Post-Hrg. Answers at 51–53.) Claimants described these categories as follows: (1) “Acts that resulted in a fall in the recovery rate;” (2) “Acts that unilaterally reduced the tariff rate;” (3) “Abuses of regulatory authority;” and (4) “Dealings in bad faith.”

64. None of these four categories include any act or omission by officials of the Argentine Republic. Therefore, liability of the Respondent may arise in this case on any of these grounds only through attribution of actions of the Tucumán authorities to the Argentine Republic. Because these acts are an essential element of the Claimants’ case, the Tribunal will consider each of the acts under their respective categories. The Tribunal will seek to determine not only the basis for establishing liability of the Argentine Republic under the BIT in reliance upon these provincial acts; it will also consider the relationship of these acts to the promised performance of the parties under the Concession Contract.

E.2.1 Acts that Resulted in a Fall in the Recovery Rate under the Concession Contract

65. Of the four alleged acts of the Province of Tucumán that Claimants include in this category, two relate directly to actions of the administrative authorities of Tucumán — the Ombudsman of Tucumán and the Ente Regulador de los Servicios de Agua y Cloacas de Tucumán (“ERSACT”). In the case of the Ombudsman, the action identified by Claimants concerned a decision of the Ombudsman in December 1996 that Claimants allege to have deprived CGE of “their right to cut off service to non-paying customers.” In the case of ERSACT, which served as the regulatory body supervising the services rendered by CGE, Claimants point to two resolutions, Nos. 170 and 212, that “forced a reduction in the tariff and thereby created uncertainty as to what invoices had to be paid.” (Cls. Post-Hrg. Answers at 52.) Claimants never challenged in the courts of Tucumán any of these actions of the administrative agencies of Tucumán relating to implementation of the Concession Contract.

66. The other two actions that Claimants place in the category of “Acts that resulted in a fall in the recovery rate,” are “public statements made by various branches of the Tucumán government to encourage customers not to pay their bills” and “modification by the Governor and the Legislature to the second renegotiated agreement that deprived Claimants of their right to cut off the service to non-paying customers.” (Cls. Post-Hrg. Answers at 52.) The first of these alleged grounds concerns a highly disputed issue of fact, *i.e.*, whether Tucumán authorities organized a campaign for non-payment of invoices issued by Claimants. In any event, this non-payment issue relates to the grounds for non-payment under the Concession Contract and to whether under that agreement termination of service was an authorized remedy for non-payment. (see, *e.g.*, Cls. Reply at 18–21.) The other cited action relates directly to the action of the Ombudsman, as noted in the previous paragraph. Again, all of these issues concerned the rights of Claimants under the Concession Contract and the performance by Tucumán of its obligations under that agreement. Claimants failed to challenge any of these acts in the Tucumán courts.

E.2.2 Acts that Unilaterally Reduced the Tariff Rate

67. Two of the acts that Claimants specify as being in this second category of allegedly attributable actions are the same as those under the prior category, *i.e.*, Resolutions 170 and 212 of ERSACT and, as noted, were never challenged in the Tucumán courts. The third act also harkens back to the first category and refers also to the fourth category (discussed below) because it concerns the changes by the Tucumán legislature in Law 6826 to the tariff schedule in the second renegotiated agreement.

E.2.3 Abuses of Regulatory Authority

68. Claimants categorize under this heading two types of alleged action by Provincial authorities— (1) actions that encouraged non-payment of bills or reduced the recovery rate, and (2) the intervention of ERSACT by the Governor and subsequent actions of that agency. As to the first, these repeat from another perspective points already reviewed

above relating to payment of invoices by water and sewage customers in Tucumán and the remedy for their non-payment of invoices. CGE never challenged in the Tucumán courts the interpretation that the Tucumán agencies gave to the provisions of the Concession Contract bearing on this issue.

69. As to the ERSACT intervention, Claimants concede that they sought no “special provision in the Concession Agreement that would prevent the Governor from overriding the normal appointment process and appoint an intervenor.” (Cls. Post-Hrg. Answers at 84.) Claimants contend, nonetheless, that the intervention of ERSACT in January 1996 was “not an exercise of legitimate regulatory authority” but rather was “politically motivated” to affect the terms of the Concession Contract. (*Id.* at 85.) Respondent submits that intervention of ERSACT was authorized under established Argentine administrative law principles. (Resp. Post-Hrg. Answers at 93–96.) Claimants never brought any legal challenge in the courts of Tucumán of the ERSACT intervention on the ground that such action violated the rights of CGE under the Concession Contract.

E.2.4 Dealings in Bad Faith

70. Finally, Claimants argue that the Argentine Republic is liable by attribution for the bad faith of Tucumán officials as exemplified most clearly by the alleged changes that the Governor of the Province made in the terms of the second renegotiated agreement that was submitted to the Tucumán legislature. Three other examples are also given: (i) imposing penalties for failure to conduct water tests even though the laboratory was stripped of equipment at the time of the takeover; (ii) refusing to permit CGE to invoice for municipal and provincial taxes; and (iii) exploiting the manganese so-called “black water” problem for public relations purposes even though CGE was not responsible for its occurrence and promptly remedied the circumstances.

71. Perhaps no issue has been more disputed in this proceeding than the occurrence, significance and consequences of the alleged 70 changes in the second renegotiated agreement. These events took place in period March through August 1997. (See Cls. Post-Hrg. Mem. at 62–70 and Cls. Post-Hrg. Answers at 59 – 67; Resp. Post-Hrg. Answers at Annex I (Chronology) and Annex II (Explanation of Changes).) In summary and with due acknowledgement that the factual complexity of the differences handicaps any effort to simplify the issues, the disagreement relates to whether the Governor would submit to the Tucumán Legislature and the Legislature would approve implementing legislation that incorporated the version of the second renegotiated agreement that the Governor and the Claimants had initially agreed upon on or about April 22, 1997. Further, the Claimants, having refused to sign the revised Concession Contract with the disputed changes to the April 22 version, terminated the Concession Contract at the very moment (Aug. 15, 1997) when, according to Respondent, the Tucumán legislature and its authorized committee were apparently ready to approve the second renegotiated agreement without the 70 changes.

72. Claimants argue that the modifications by the Provincial Governor of the April 22 text of the legislation “signaled the end of any basis of trust and persuaded Claimants that the Provincial Government was determined to destroy the concession and that the Federal Government lacked the determination to redress the wrong.” (Cls. Post-Hrg. Answers at 80.) It is these actions of the Governor and the Legislature on which Claimants rely in support of their contention of “bad faith dealing” attributable to the Argentine Republic.

73. It is essential to recall that this dispute regarding the second renegotiated agreement relates entirely to the *negotiations* of Tucumán and Claimants, and not to whether or how either was performing its legal obligations under the Concession Contract. Claimants do not assert that Tucumán was legally obligated to modify the Concession Contract. It is also undisputed that the Argentine Republic, fully supported by the Claimants, sought in a variety of ways to bring about agreement of the parties, including the so-called Rottenberg mission and political pressure on certain of the key political parties in Tucumán. In these circumstances and on the evidence presented, the Tribunal does not find the basis for holding the Argentine Republic liable for actions of the Tucumán authorities that may be attributed to Respondent. (See Section E.3, *infra*, regarding the claims based on failure of the Argentine Republic to respond to the alleged bad-faith dealings of the Tucumán authorities.)

74. As to the three other actions of the Argentine Republic that Claimants identify as supporting their bad-faith allegations, the first relates to water testing. The Argentine Republic submits that the citations by ERSACT against CGE were justified by the facts and permitted under Article 14.8 of the Concession Contract. Specifically, Respondent argues that this provision permitted Tucumán authorities to deliver a notice of deficiency and to take punitive action if the deficiency was not cured. Further, the Argentine Republic maintains that the fines for failure to test were never collected. (Res. Post-Hrg. Answers at 102–05.) For their part, Claimants submit that the notices of deficiency specified no deadline, that by December, 1995 CGE had installed the necessary test equipment, that the failures resulted from the seriously inadequate state of the facilities that CGE received at the time of the takeover, and that

additional fines imposed upon confirmation of the first fines demonstrate the political motivation of the procedure. Further, Claimants maintain that the political motivation was also shown by statements from officials whose superiors were seeking to pressure CGE to renegotiate its rates. (Cls. Post-Hrg. Answers at 90–92.) Since none of the fines were ever enforced against Claimants, the Tribunal cannot base a finding of bad faith dealings on this alleged action, particularly when the dispute concerning its justification appears to depend in significant part on an interpretation of the Concession Contract that the parties thereto agreed would be decided by the Tucumán courts.

75. Claimants also assert bad faith dealings by Tucumán authorities due to their refusal to permit CGE to invoice for municipal and provincial taxes; and exploiting the manganese or so-called “black water” problem for public relations purposes even though CGE was not responsible for its occurrence and promptly remedied the circumstances. In both instances, the parties disagree over the meaning and applicability of the pertinent provisions of the Concession Contract, as well as over the underlying facts. (See, e.g., Cls. Mem. at 12 and 25 n. 80; Resp. Rej. at 91.)

76. Finally, Claimants allege that CGE was improperly required to continue to provide water and sewage service to Tucumán for 18 months pursuant to the holdover provisions of the Concession Contract. (Cls. Mem. at 72 and 116–17.) According to Respondent, Tucumán officials were acting in reliance upon Section 15.11 of the Concession Contract. (Resp. Post-Hrg. Answers at 106–10.) Claimants respond that the actions of Tucumán “effectively repudiated the concession and destroyed its value” and that, therefore, the “Province was not entitled ... as a matter of law or equity”, to invoke this provision of the Concession Agreement. (Cls. Post-Hrg. Answers at 95.) Further, CGE maintains that during this 10-month holdover period Provincial authorities refused to determine the applicable tariffs and continued to urge customers not to pay their bills for services (*Id.* at 96.)

E.2.5 Relationship of Alleged Acts of Tucumán Authorities to Performance under Concession Contract and Legal Consequences

77. From the foregoing, it is apparent that all of the above-mentioned actions of the Province of Tucumán on which the Claimants rely for their position attributing liability to the Argentine Republic are closely linked to the performance or non-performance of the parties under the Concession Contract. The Tribunal concludes, accordingly, that all of the issues relevant to the legal basis for these claims against Respondent arose from disputes between Claimants and Tucumán concerning their performance and non-performance under the Concession Contract. These included the issues summarized in the preceding sections based on Claimants' response to the Tribunal, as well as such questions as the reasonableness of the rates and the timing of increases in rates that the Claimants contended were authorized by the Concession Contract, whether individual metering was required or permitted, whether CGE was entitled to charge certain local taxes to its customers in addition to its service tariff, whether CGE was permitted to terminate service to users who failed to pay their water and sewage invoices, whether CGE failed to submit an investment plan, maintain adequate insurance, or submit an emergency plan in a timely manner and, finally, whether CGE was required to continue operating the system for 10 months after it terminated the Concession Contract.

78. The Tribunal addresses, therefore, the relationship between the terms of the Concession Contract, and, in particular, the forum selection provision in Article 16.4, and the alleged international legal responsibility of the Argentine Republic under the BIT with respect to the previously outlined actions of officials and agencies of Tucumán. In this regard, the Tribunal holds that, because of the crucial connection in this case between the terms of the Concession Contract and these alleged violations of the BIT, the Argentine Republic cannot be held liable unless and until Claimants have, as Article 16.4 of the Concession Contract requires, asserted their rights in proceedings before the contentious administrative courts of Tucumán and have been denied their rights, either procedurally or substantively.²⁰ Alternatively, as the Tribunal discusses below (Paras. 83–92, *infra*), the Argentine Republic could be held liable if it were shown that it failed to satisfy its obligation to pursue in good faith and with reasonable efforts the resolution of disputes between Tucumán and Claimants.

79. Here it is clear that, given the nature of the dispute between Claimants and the Province of Tucumán, it is not possible for this Tribunal to determine which actions of the Province were taken in exercise of its sovereign authority and which in the exercise of its rights as a party to the Concession Contract considering, in particular, that much of the evidence presented in this case has involved detailed issues of performance and rates under the Concession Contract. To make such determinations, the Tribunal would have to undertake a detailed interpretation and application of the Concession Contract, a task left by the parties to that contract to the exclusive jurisdiction of the administrative courts of Tucumán. The contentious administrative courts of Tucumán were open to Claimants to pursue contract remedies against the Province of Tucumán under the Concession Contract. Claimants bargained under Article 16.4 for seeking such remedies in those courts and conferred exclusive jurisdiction upon them for disputes relating to issues arising under the Concession Contract. There is no allegation before the Tribunal that the

courts of Tucumán were unavailable to hear such claims or that they lacked independence or fairness in adjudicating them.

80. Because the Tribunal has determined that on the facts presented Claimants should first have challenged the actions of the Tucumán authorities in its administrative courts, any claim against the Argentine Republic could arise only if Claimants were denied access to the courts of Tucumán to pursue their remedy under Article 16.4 or if the Claimants were treated unfairly in those courts (denial of procedural justice) or if the judgment of those courts were substantively unfair (denial of substantive justice) or otherwise denied rights guaranteed to French investors under the BIT by the Argentine Republic. However, since Claimants failed to seek relief from the Tucumán administrative courts and since there is no evidence before this Tribunal that these courts would have denied Claimants procedural or substantive justice, there is no basis on this ground to hold the Argentine Republic liable under the BIT. position, on the facts of this case, to separate the breach of contract issues from violations of the BIT, considering that the parties to the Concession Contract have agreed to an exclusive remedy in the Tucumán courts for the determination of the disputed contractual issues which are not governed by the BIT.

81. The Tribunal emphasizes that this decision does not impose an exhaustion of remedies requirement under the BIT because such requirement would be incompatible with Article 8 of the BIT and Article 26 of the ICSID Convention. In this case, however, the obligation to resort to the local courts is compelled by the express terms of Article 16.4 of the private contract between Claimants and the Province of Tucumán and the impossibility, on the facts of the instant case, of separating potential breaches of contract claims from BIT violations without interpreting and applying the Concession Contract, a task that the contract assigns expressly to the local courts. That is why the Tribunal rejects Claimants' position that they had no obligation to pursue such local remedies against the Province or that, in the event of a denial of justice of rights under the BIT, that any such legal action in the Tucumán courts would have waived their right to resort to arbitration against the Argentine Republic before ICSID under the BIT.

82. Finally, the Tribunal notes that despite the considerable importance Claimants attached during these proceedings to the failure in negotiation of the revised Concession Contract and, in particular, to the changes by the Tucumán Governor and the Legislature in the April 22 draft, the Tribunal considers that these circumstances do not amount to a breach by the Argentine Republic of the BIT based on actions of the Province. Specifically, the Claimants have never argued that the Province violated a legal duty to revise the Concession Contract. Further, as noted below in discussing actions of the Argentine Republic, there is ample evidence in the record that federal officials of the Argentine Republic played a constructive role in the renegotiation process involving Tucumán officials and representatives of CGE.

E.3 Failure of the Argentine Republic to Respond to Actions of Tucumán Officials

83. It remains for the Tribunal to address the allegations of the Claimants that the Argentine Republic is liable under the BIT by failing to respond appropriately to the actions of officials of the Province of Tucumán. In this connection and despite the several years of acrimony in the relations between Tucumán and Claimants, the Tribunal notes that Claimants produced only a single document, a letter dated March 5, 1996 (CIs. Ex. #27), that served as the basis for notifying the Argentine Republic that, absent resolution of the ongoing disputes between Claimants and the Province, the Claimants would pursue before ICSID their remedy against the Argentine Republic under the BIT. That letter concerns principally a report on the status of the renegotiations between Claimants and Tucumán over a tariff reduction and does not ask Argentine officials to take any particular action relating to the Concession Contract or the pending differences between Claimants and the authorities of Tucumán.

84. The record contains no evidence that Argentine officials ever failed to take any specific action that the Claimants requested. During the hearing, witnesses for the Claimants, including Mr. Charles-Louis de Maud'Huy, who served as a member, vice chairman and then chairman of the CAA board (Trans. Jur./Merits at 244), and Mr. García González, a leading Tucumán industrialist and a member of the CAA board, were unable to identify specifically any action that Claimants asked the Argentine Republic to take and that was not taken. Indeed, Mr. García González, when testifying about a critical meeting with a senior Argentine official, stated "No, we did not request absolutely any specific steps to be taken" (Trans. Jur./Merits at 341.) Moreover, Claimants did not present as evidence any document in which they put Respondent on notice regarding what action the Argentine governmental authorities had taken that constituted a violation of the BIT or what action, if not taken by the Argentine Republic, would have constituted a breach of the BIT.

85. In the hearing, Respondent stated that Article 5 of the BIT could be read to require that, for purposes of the present arbitration, the Argentine Republic had an obligation "to do everything in its power to avoid illegal expropriation by other political subdivisions." (Trans. Jur./Merits at 476.) The Respondent argued that this obligation

was fulfilled by providing a forum for adjudication of the contract claims. (Trans. Jur./Merits at 477–78.) Claimants maintain that Respondent also had an obligation “to take reasonable measures to solve the conflict and protect or redress damage to Claimants.” (Cls. Post-Hrg. Answers at 48.)

86. Claimants argue that the Argentine Republic failed to meet this good-offices obligation because the Argentine Republic did not “exhaust the legal and political means at its disposal to protect Claimants’ rights and did not even try to use them.” (Cls. Post-Hrg. Answers at 48.) The Tribunal considers in turn each of the grounds upon which Claimants base this position.

87. Claimants argue that the Argentine Republic “failed to institute a legal action against Tucumán to compel Tucumán to comply with the BIT” by instituting legal proceeding in the Argentine Supreme Court to “declare that acts of a province ... are not in conformity with federal laws, treaties, or the Constitution itself.” (Cls. Post-Hearing Answers at 48–49.) The parties dispute whether the Argentine Republic could have initiated any such legal action without either a predicate court decision by a Tucumán court, or a Tucumán public law that on its face conflicted with Argentine federal law in an area of exclusive federal jurisdiction. (Res. Rej. at 33 and 37–39.) The Tribunal need not resolve this contested issue of Argentine law. It is clear that Claimants never urged that the Argentine Republic initiate such legal action at the time of the effectiveness of the Concession Contract (Res. Post-Hrg. Answers at 61–65.) (“The fact is, Claimants never asked the Republic to start a legal action against Tucumán.”) Further, the basis for any such federal action would depend on whether Tucumán had, in fact, failed to fulfill its obligations under the Concession Contract or had taken measures clearly outside the scope of the Concession Contract. Under Article 16.4 of the Concession Contract, Claimants agreed to pursue in the courts of Tucumán any such alleged violation of the terms of that agreement. On the facts presented, the Tribunal finds that there was no action of the Province of Tucumán that, absent such a local court proceeding, so obviously violated the BIT as to require the Argentine government to seek a legal remedy against the Province in the Argentine courts nor, for that matter, did the Claimants ever specify any such action to the Argentine Republic.

88. Claimants argue that the Argentine Republic also failed to “exercise its financial leverage over the province to persuade Tucumán to comply with the BIT.” (Cls. Post-Hrg. Answers at 49.) Only one of the asserted Argentine precedents for such action appears to have involved the Argentine Republic entering into a dispute involving a private contract and, in that instance, a clear breach of an obligation to privatize was apparently involved (Trans. Jur./Merits at 822–24.) Again, the parties dispute the availability of the remedy in this case. However, they appear to agree that Claimants never urged such action during the period of the effectiveness of the Concession Contract. (Res. Rej. at 36; Cls. Post-Hrg. Answers at 49 (stating without citation to any request by Claimants to the Argentine Republic that the “Federal Government refused to exercise its financial leverage over the province to persuade Tucumán to comply with the BIT” by furnishing additional funds to assist the Province or by withholding funds to pressure the Province.)) Even if the Tribunal were prepared to adopt the proposition that the Argentine Republic could be found legally required under the BIT to take such action, and the Tribunal does not resolve that point in this instance, that duty could not arise in this case absent proceedings in the courts of Tucumán demonstrating either a clear breach of an obligation of Tucumán to the investor or proceedings in those courts that otherwise failed to satisfy the international standard for procedural or substantive justice.

89. Claimants also find a basis for liability in the failure of the Argentine Republic to take action showing the “political commitment necessary to resolve the problem.” (Cls. Post-Hearing Answers at 50.) Claimants concede that the Argentine Republic offered “technical assistance” and “even helped prepare a new agreement” between the Province and Claimants. However, they contend that Respondent had a duty to resolve the political problem resulting from the fact that, in their judgment, the “Province simply had no interest in a new agreement that would allow CAA to operate as a viable commercial entity.” (*Id.*) This position was strongly disputed by the Argentine Republic whose witnesses presented evidence in support of the conclusion that the disaffection of the Province with Claimants could reasonably be attributed to non-performance under the Concession Contract. Without resolving this contentious point, the Tribunal sees no basis for finding on the facts presented an international legal duty under the BIT for the Argentine Republic to cause Tucumán to enter into a new agreement. Such a proposition would require this Tribunal to adopt the Claimants’ assertions about the purposes and motives of the Province which are not justified by the evidence presented in these proceedings. (See, e.g., Res. Post-Hearing Answers at 98–100 (disputing Claimants’ interpretation of the actions of Tucumán officials).)

90. Claimants also submit that the Argentine Republic failed in its obligation to notify the Province of Tucumán that “its actions are causing a breach of the Republic’s obligations under the BIT.” (Cls. Post-Hrg. Answers at 51.) Given the denial of Respondent that it is liable under the BIT and Claimants’ failure to specify to the Argentine Republic which actions of the Province violated the BIT, the Tribunal finds no basis for finding liability of Respondent based on the absence of such notification to the Province.

91. Claimants also allege that the “attacks on CAA revealed an interlocking web of [Tucumán] officials that together were able to drive CAA from the Province.” (Cls. Post-Hrg. Answers at 86.) Further, Claimants argue that under the BIT, as interpreted by international law, the Argentine Republic is liable for these actions of the Tucumán officials. The Tribunal specifically asked the parties to address whether there was evidence in the record that actions of the legislators of Tucumán that adversely affected the operations of Claimants (e.g., demonstrations and encouragement of non-payment of invoices) were, in fact, directed or coordinated by the Governor of Tucumán or his cabinet. Claimants characterized the coordination between the various political branches as “generally informal,” but pointed to specific examples of actions of officials, executive and legislative, that were said to demonstrate that “both individually and collectively, the public authorities in Tucumán worked to undermine the concession.” (*Id.* at 89.) These actions related to disagreements over the tariffs being charged by CGE, charges by an Investigative Commission of the Legislature regarding the performance of the government officials who had negotiated the Concession Contract and the previously noted alleged 70 changes in the second renegotiated agreement. Respondent vigorously disputes this interpretation of the actions of the Tucumán executive and legislative officials. (Resp. Post-Hrg. Answers at 98.) In addition to pointing out that the legislators on whose actions the Claimants rely were opponents of the governing party in Tucumán at the time that the disputes arose under the Concession Contract, Respondent presented a point by point refutation of the other evidence upon which Claimants rely for these allegations. After carefully reviewing the extensive memorials and testimony, the Tribunal finds that the record in these proceedings regarding these allegations does not establish a factual basis for attributing liability to the Argentine Republic under the BIT for the alleged actions of officials of Tucumán.

92. In conclusion, the Tribunal finds that the record of these proceedings does not provide a basis for holding that the Argentine Republic failed to respond to the situation in Tucumán and the requests of the Claimants in accordance with the obligations of the Argentine government under the BIT.

F. Costs and Fees

93. Neither the BIT nor the provisions of the ICSID Convention include a provision directing how this Tribunal should regulate the costs and fees of the parties. Nor does the Concession Contract include any provision on this subject.

94. ICSID tribunals, and international arbitral tribunals generally, have not followed a uniform practice with respect to the award of costs and fees.²¹ In a recent ICSID decision, the tribunal decided not to follow the common practice that the party not prevailing bear the costs of arbitration and contribute to the prevailing party’s reasonable costs of representation. *Robert Azinian et al. v. The United Mexican States*, Case No. ARB(AF)/97/2 (Nov. 1, 1999). In that case, which was initiated under the Chapter 11 investment provisions of the North American Free Trade Agreement, the tribunal relied upon a number of factors in declining to award costs or fees to either party. Those factors included the “new and novel mechanism for the resolution of international investment disputes” under NAFTA and that the Claimants, who did not prevail on the merits, had “presented their case in an efficient and professional manner.”

95. In this case, the Claimants have prevailed on the jurisdictional issue while the Respondent has prevailed on the merits. The instant case raised a set of novel and complex issues not previously addressed in international arbitral precedent relating to the interplay of a bilateral investment treaty, a Concession Contract with a forum-selection clause and the ICSID Convention. Counsel for both parties have presented their arguments, written and oral, in an efficient and professional manner and have extensively briefed these issues of first impression. Finally, the positions of both parties evolved in the course of the proceeding as their respective arguments and the inquiries of the Tribunal caused them to clarify their positions.

96. In these circumstances and in the exercise of its discretion after taking account of all pertinent factors, the Tribunal decides that each side shall bear its own expenses for the proceedings, and that the two sides shall bear equally the fees and expenses of the members of the Tribunal and the charges for the use of the facilities of the Centre. Since the parties have each made equal advance payments to ICSID, the Tribunal need not award the payment of any amount on account of such fees, expenses or charges.

G. Award

The Tribunal herewith dismisses the claims filed by the Claimants against the Republic of Argentina.

Judge Francisco Rezek

President

Date:

Judge Thomas Buergenthal

Arbitrator

Date:

Peter D. Trooboff

Arbitrator

Date:

Appendix 1 Text of Cited Treaty and Contract Provisions

A. Agreement between the Argentine Republic and the Republic of France for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, July 3, 1991 (unofficial translation)

Article 3

Each of the Contracting Parties undertakes to grant, within its territory and its maritime area, fair and equitable treatment according to the principles of international law to investments made by investors of the other Party, and to do it in such a way that the exercise of the right thus recognized is not obstructed de jure or de facto.

Article 5 (excerpt)

1. Investments made by investors of any of the Contracting Parties shall enjoy, within the territory and maritime area of the other Contracting Party, protection and full security in accordance with the principle of fair and equitable treatment referred to in Article 3 of this agreement.

2. The Contracting Parties shall not adopt, directly or indirectly, measures of expropriation or nationalization or any other equivalent measure having an effect similar to dispossession, except for public purpose and provided that such measures are not discriminatory or contrary to a specific commitment.

Such measures referred to above which could be adopted, shall allow the payment of a prompt and adequate compensation, the amount of which, computed on the basis of the actual value of the investments affected, shall be evaluated in relation to the normal economic situation, and prior to any threat of dispossession.

Such compensation, its amount and payment method shall be established, at the latest, on the date of dispossession. Such compensation shall be effectively realizable, paid without delay and freely transferable. It shall bear interests, computed at an appropriate rate, until the date of payment....

Article 8

1. Any dispute relating to investments, within the meaning of this agreement, between one of the Contracting Parties and an investor of the other Contracting Party shall, as far as possible, be resolved through amicable consultations between both parties to the dispute.

2. If such dispute could not be resolved within six months from the time it was stated by any of the parties concerned, it shall be submitted, at the request of the investor:

- either to the national jurisdictions of the Contracting Party involved in the dispute;
- or to international arbitration in accordance with the terms of paragraph 3 below.

Once an investor has submitted the dispute either to the jurisdictions of the Contracting Party involved or to international arbitration, the choice of one or the other of these procedures shall be final.

3. In the event of recourse to international arbitration, the dispute shall be submitted to any of the following arbitration bodies at the choice of the investor:

— The International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), established by the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, opened for signature in Washington on March 18, 1965, when each State Party to this agreement has adhered to it....

— An 'ad hoc' arbitration tribunal established in accordance with the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL).

Article 10

Investments regulated by a special agreement between one of the Contracting Parties and the investors of the other Contracting Party shall be governed, without prejudice to the provisions of the present agreement, by the terms of that special agreement to the extent that such agreement includes provisions which are more favorable than the ones set forth in the present agreement.

B. Concession Contract for Water and Sewage Service in the Province of Tucumán, May 18, 1995

Article 16.4

Original Spanish:

A los efectos de la interpretación y aplicación de este Contrato las partes se someten a la jurisdicción exclusiva de los Tribunales en lo Contencioso Administrativo de la Provincia de Tucumán.

Translation of the Parties:

For purposes of interpretation and application of this Contract the parties submit themselves to the exclusive jurisdiction of the Contentious Administrative Tribunals of Tucumán.

C. Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States

Article 25

(1) The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally.

(2) "National of another Contracting State" means:

...

(b) any juridical person which had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration and any juridical person which had the nationality of the Contracting State party to the dispute on that date and which, because of foreign control, the parties have agreed should be treated as a national of another Contracting State for the purposes of this Convention.

(3) Consent by a constituent subdivision or agency of a Contracting State shall require the approval of that State unless that State notifies the Centre that no such approval is required.

(4) Any Contracting State may, at the time of ratification, acceptance or approval of this Convention or at any time thereafter, notify the Centre of the class or classes of disputes which it would or would not consider submitting to the jurisdiction of the Centre. The Secretary-General shall forthwith transmit such notification to all Contracting States. Such notification shall not constitute the consent required by paragraph (1).

Appendix 2 Abbreviations

A. Parties and Terms

Argentine-French BIT, Agreement between the Argentine Republic and the Republic of France for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, July 3, 1991

BIT, Agreement between the Argentine Republic and the Republic of France for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, July 3, 1991

Centre, International Centre for Settlement of Investment Disputes

CGE, Compagnie Générale des Eaux and Compañía de Aguas del Aconquija, S.A.

Claimants, Compagnie Générale des Eaux and Compañía de Aguas del Aconquija, S.A.

ERSACT, Ente Regulador de los Servicios de Agua y Cloacas de Tucumán

ICSID, International Centre for Settlement of Investment Disputes

ICSID Convention, Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States

ICSID Arbitration Rules, ICSID Rules of Procedure for Arbitration Proceedings

Province, the Province of Tucumán

Respondent, Republic of Argentina or Argentine Republic

B. Memorials of the Parties and Transcripts of Hearings

(1) Jurisdictional Phase:

Cls. Obs. Jur., Observations of Claimants on Jurisdiction (Apr. 20, 1998)

Resp. Obs. Jur., Respondent's Observations Pursuant to Rule 41(3) on Its Objection to Jurisdiction (Apr. 20, 1998)

Cls. Reply Jur., Reply of Claimants to Respondent's Observations on Jurisdiction (May 11, 1998)

Res. Reply Jur., Respondent's Further Observations Pursuant to Rule 41(3) on Its Objections to Jurisdiction (May 11, 1998)

Trans. Jur., Transcript of Oral Arguments on Jurisdiction (Nov. 2, 1998)

(2) Jurisdictional and Merits Phase

Cls. Mem., Memorial of Claimants (Nov. 2, 1998)

Resp. Mem., Memorial of Respondent (Feb. 1, 1999)

Cls. Reply, Reply of Claimants (Mar. 4, 1999)

Resp. Rej., Rejoinder of Respondent (Apr. 5, 1999)

Cls. Ex. #__, Claimants' Exhibit Number __

Resp. Ex. #__, Respondent's Exhibit Number __

Trans. Jur./Merits, Transcript of Hearing on Jurisdiction and the Merits (Aug. 11–13, 1999)

(3) Post-Hearing Memorials

Cls. Post-Hrg. Mem., Claimants' Post-Hearing Memorial (Sept. 30, 1999)

Cls. Prop. Findings, Claimants' Proposed Findings of Fact (Sept. 30, 1999) (Ex. #1 to Cls. Post-Hrg. Mem.)

Cls. Post-Hrg. Answers, Claimants' Answers to Post-Hearing Questions of the Tribunal (Sept. 30, 1999) (Ex. #2 to Cls. Post-Hrg. Mem.)

Resp. Post-Hrg. Mem., Post-Hearing Memorial of Respondent (Sept. 30, 1999)

Resp. Post-Hrg. Answers., Respondent's Answers to Post-Hearing Questions of the Tribunal (Sept. 30, 1999)

Cls. Post-Hrg. Rej., Claimants' Rejoinder to Respondent's Post-Hearing Memorial (Oct. 12, 1999)

Res. Post-Hrg. Rej., Post-Hearing Rejoinder of the Republic (Oct. 12, 1999)

Footnotes

¹ Signed on July 3, 1991, approved Argentine Law No. 24.100, Boletín Oficial, July 14, 1992.

² Opened for signature on March 18, 1965, entered into force on October 14, 1966, *reprinted in* ICSID Basic Documents, Doc. ICSID/15 (available at <<http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc>>); entered into force for Argentina, November 18, 1994; entered into force for France, September 20, 1967.

³ The English translation of the text of Articles 3 and 5 is set forth in Appendix 1 to this Award.

⁴ The English translation of the text of Article 8 is set forth in Appendix 1 to this Award.

⁵ The text of Article 16.4 of the Concession Contract in Spanish and as translated by the parties into English is set forth in Appendix 1 to this Award.

⁶ At the time of the Concession Contract, CGE held 36 percent of the equity capital of CAA; a Spanish company, Dragados y Construcciones Argentina S.A. (Dycasa), and an Argentine company, Benito Roggio e Hijos S.A. (Roggio), each held 27 percent of the equity capital of CAA. In June 1996, CGE acquired ownership of a total of 68.33 percent of the total equity capital of CAA and acquired beneficial ownership of an additional 16.67 percent of the equity capital of CAA. (Cls. Obs. Jur. at 22–23.) Respondent argued that CAA should not be treated as a French investor because this acquisition occurred after disputes had arisen between CGE and Tucumán (Resp. Mem. at App. B, Note relating to CGE's Acquisition.) CGE responded that the critical date for purposes of determining control under Article 25(2)(b) and under precedent interpreting the ICSID Convention is the date for consent to arbitration and that is the date in late 1996 when CGE submitted the dispute to arbitration. All parties agree that by late 1996 CGE had acquired the Dycasa shares (Cls. Reply at 90–91.) Further, Claimants argue that the French company CGE controlled CAA from the time of the takeover of the Tucumán water and sewage concession under the Concession Contract and maintain that it is sufficient for satisfying the test under Article 25(2)(b). For purposes of resolving the issues addressed by this Award, the Tribunal has determined that CGE controlled CAA and that CAA should be considered a French investor from the effective date of the Concession Contract. Accordingly, the Award uses the terms “CGE” and “Claimants” when referring to CGE and CAA collectively in their capacity as operators of the water and sewage concession.

⁷ The original reads as follows in Spanish:

A los efectos de la interpretación y aplicación de este Contrato las partes se someten a la jurisdicción exclusiva de los Tribunales en lo Contencioso Administrativo de la Provincia de Tucumán.

⁸ The letter of March 5, 1996, also referred to the bilateral investment treaty between Spain and the Argentine Republic in view of the involvement, as noted above, of a Spanish company in the original CGE Consortium.

⁹ The ICSID Convention had entered into force for France during 1967; the Argentine Republic became a party to the ICSID Convention after its signature of the BIT, *i.e.*, in November 1994.

¹⁰ See Appendix 1 for the full text of each of these provisions.

¹¹ Respondent also contended that Claimants had submitted to the national jurisdictions of Argentina under Article 8 of the BIT by pursuing their *administrative* remedies before the *administrative* authorities of Tucumán (*see, e.g.*, Res. Rep. Jur. at 7 (“They referred the matter to the administrative fora [*i.e.*, Tucumán administrative agencies] specified in the Contract... They cannot change course now... they are committed [under Article 8 of the BIT] ... Claimants have promised they would have recourse to the local agencies and tribunals. They had recourse to those local agencies.”) The Argentine Republic abandoned this argument in subsequent phases of the proceedings,

presumably because Article 8 of the BIT refers to “national jurisdictions,” meaning courts, including contentious administrative tribunals of the type mentioned in Article 16.4, and not administrative agencies. (See, Mem. Resp. at 126–27 (referring only to Tucumán tribunals) and Resp. Post-Hrg. Mem. at 30 (Concession Contract “committed the parties to remit all disputes relating to the interpretation or application of the Concession Agreement to the local administrative *courts* in the first instance.”)(emphasis added).

¹² See, e.g., Luigi Condorelli, *L'imputation à l'état d'un fait internationalement illicite: solutions classiques et nouvelles tendances*, 189 Recueil des Cours 66 (1984) (“sont attribués à l'Etat, d'après le droit international, tous les comportements de tous ceux qui, dans l'ordre interne de l'Etat concerné, exercent effectivement les prérogatives de la puissance publique”); see also Antonio Brotóns et al., *Derecho Internacional* 418 (1997) and Manual Diez de Velasco Vallejo, *La Responsabilidad Internacional*, Instituciones de Derecho Internacional Público 688 (11th ed. 1997) (discussing the consensus regarding the responsibility in international law of the central government for actions of states in a federal state).

¹³ Max Sørensen, *Manual of Public International Law* 557 (1968)(referring to the “obvious principle” and “generally accepted principle of international law that a federal state is responsible for the conduct of its political sub-divisions and cannot evade that responsibility by alleging that its constitutional powers of control over them are insufficient for it to enforce compliance with international obligations.”). See also Nguyen Quoc Dinh, *Droit International Public* 752 (eds. Daillier and Pellet, 6th ed. 1999)(referring to the well-established international jurisprudence that “[l']État fédéral ne peut s'abriter derrière une constitution qui organise l'autonomie de ses éléments composants pour dégager sa responsabilité internationale.”)

¹⁴ First Report on State Responsibility 14–15, UNDOC A/CN.4/490 and Add. 5 (1998).

¹⁵ For statements of delegations from developing countries to the negotiation of the ICSID Convention pointing out the significant role of their state agencies and other sub-federal institutions in entering into investment agreements and, therefore, the importance to these states in attracting foreign investment of *expanding* the jurisdiction of the Centre to hear disputes involving foreign investor claims against state agencies and political subdivisions, provided that the government of the relevant Contracting Party approved, see, e.g., II History ICSID Convention at 297 and 366; see also Christoph Schreuer, “Commentary on the ICSID Convention,” 11 ICSID Rev. 318, 380 (Fall 1996)(explaining that the provision “open[s] the possibility, in principle, that such entities may become parties in ICSID proceedings instead of or in addition to the host State itself;” and referring to the designation under the parenthetical in Article 25(1) as relating to “jurisdiction *ratione personae*” to give “the entities described *locus standi*, if the Convention's requirements have been met” and to Article 25(3) as relating to “the modalities of consent.”)

¹⁶ The BIT refers as well to the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law which include no provision comparable to Articles 25(1) and (3). Since the two sets of arbitral rules are alternatives under the BIT, there is a strong inference that no limitation of the type asserted by Respondent was intended on the subject matter for arbitration if the ICSID Convention is invoked.

¹⁷ *Lanco Int'l, Inc. v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/97/6)(Prelim. Decision on Jurisdiction)(Dec. 8, 1998).

¹⁸ *Id.* at Paras. 28–30. It is true that the forum-selection clause in *Lanco* was *agreed* to before entry into force of the relevant Argentine-U.S. BIT referring to ICSID while Article 16.4 of the CGE Concession Contract with the Province of Tucumán was signed three years after the Argentine- French BIT entered into force and after the Argentine Republic had become a party to the ICSID Convention. It is also true, that, unlike the Concession Agreement in this case, the forum-selection clause in the *Lanco* investment contract did not use the term “exclusive” in referring to the domestic courts of Argentina as did the Concession Agreement in the instant case. Neither of these distinctions alters the key point that for jurisdictional purposes *Lanco*, in addition to resolving the pre-existing agreement issue, also upholds the investor's option for ICSID arbitration despite the presence of a forum-selection clause in the investor-state contract at issue.

¹⁹ See, also, Cls. Post-Hrg. Answers at 1–3. The Tribunal does not accept the position of Respondent that Tucumán courts would have had jurisdiction over a claim against the Argentine Republic based on the BIT because “an allegation of breach of the BIT by Argentina depends on a prior determination that the Concession Contract was breached by Tucumán” and that CGE did not violate the Contract. (Resp. Post-Hrg. Answers at 4.) It is clear that the Argentine Republic could have engaged in conduct or failed to act in violation of its obligations under the BIT even

if Tucumán were not in violation of the Concession Contract. Moreover, the suit that the Respondent hypothesizes would not be against the Argentine Republic *ratione personae* because, as the responses of both parties to the Tribunal's questions indicate, the Tucumán courts do not have jurisdiction over such a suit absent consent by Respondent. Nor does the Tribunal agree with Respondent that the choice of the law of Tucumán by the parties to the Concession Contract, "raises a presumption" against finding ICSID jurisdiction and in favor of deference to the Tucumán courts. (Resp. Mem. at 127.) That argument is not apposite when the parties to the Concession Contract and their governments have entered into agreements expressly addressing the jurisdiction of the Tucumán courts and ICSID.

²⁰ The Tribunal does not accept Claimants' argument that Article 16.4 of the Concession Contract is without effect in this matter because Article 10 of the BIT, which refers to rights under a special agreement between a Contracting Party and an investor, "supercedes the forum selection clause in the Concession Agreement." (Cls. Mem. at 86.) Article 10 protects rights granted to an investor under a special agreement if such rights are more favorable to the investor than those granted under the BIT. The question here is not whether one or the other is more favorable, but whether the Tribunal is in a position, on the facts of this case, to separate the breach of contract issues from violations of the BIT, considering that the parties to the Concession Contract have agreed to an exclusive remedy in the Tucumán courts for the determination of the disputed contractual issues which are not governed by the BIT.

²¹ For a recent comprehensive survey of the practice of ICSID and other international arbitral tribunals see J. Gotanda, *Awarding Costs and Attorney's Fees in International Commercial Arbitrations*, 21 Mich. J. Int'l L. 1, 25 (1999) (discussing the varied practice of ICSID tribunals in several cases and concluding that "there is no consensus on the amount of costs and fees that should be paid to the prevailing party"); see also A. Redfern & M. Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration* 407 (2d ed. 1991) ("It is impossible to identify any general practice as to the treatment of costs in international commercial arbitrations.").

Decision – full text

A. Introducción y resumen

B. Historia procesal

C. Los hechos y las posiciones jurídicas de las partes

D. Jurisdicción

E. El Fondo

E.1 Perspectiva general de las posiciones de las partes

E.2 Análisis de la relación entre las supuestas violaciones del TBI por la República Argentina y las cuestiones de supuestos incumplimientos bajo el Contrato de Concesión

E.2.1 Actos que derivaron en una caída de la tasa de recuperación bajo el Contrato de Concesión

E.2.2 Actos que unilateralmente redujeron las tarifas

E.2.3 Abusos de la autoridad reguladora

E.2.4 Tratos en mala fe

E.2.5 La relación entre los supuestos actos de las autoridades de Tucumán y el cumplimiento bajo el Contrato de Concesión y sus consecuencias jurídicas

E.3 La falta de la República Argentina de responder a las acciones de los funcionarios de Tucumán

F. Costas y honorarios

G. Laudo

Apéndice 1 Textos de disposiciones de tratados y contractuales citadas

Apéndice 2 Abreviaciones

A. Introducción y resumen

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

La República Argentina es parte de un tratado bilateral de promoción y protección de inversiones de julio de 1991 con la República Francesa, a saber, el Acuerdo entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República Francesa para la Promoción y la Protección Recíproca de las Inversiones (en adelante, “el TBI Argentina-Francia” o “TBI”)¹. Tanto la República Argentina como Francia son también partes del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (“Convenio del CIADI”), el que entró en vigor para ambos estados con anterioridad a la firma del Contrato de Concesión por CGE y Tucumán².

El Contrato de Concesión en sí no hace referencia al TBI ni al Convenio del CIADI ni a los recursos disponibles a inversores franceses en Argentina bajo estos tratados. Los artículos 3 y 5 del TBI disponen que cada una de las Partes Contratantes otorgará “un tratamiento justo y equitativo, conforme a los principios de Derecho Internacional, a las inversiones efectuadas por los inversores de la otra Parte”, que las inversiones gozarán de “protección y plena seguridad en aplicación del principio del tratamiento justo y equitativo”, y que las Partes Contratantes no adoptarán medidas de expropiación o nacionalización salvo por causa de utilidad pública, sin discriminación y dando lugar al pago de “una compensación pronta y adecuada”³. El artículo 8 del TBI Argentina-Francia dispone que, si surge una controversia entre una Parte Contratante y un inversor de la otra Parte Contratante y la controversia no hubiera podido ser solucionada dentro de seis meses por medio de consultas amistosas, entonces el inversor podrá someter la controversia, o bien a las jurisdicciones nacionales de la Parte Contratante implicada en la controversia, o bien, a elección del inversor, al arbitraje bajo el Convenio del CIADI o a un tribunal “ad hoc” de acuerdo con las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional⁴.

La cláusula 16.4 del Contrato de Concesión entre CGE y Tucumán disponía para la resolución de controversias contractuales, relativas tanto a su interpretación como a su aplicación, que aquellas fueran sometidas a la jurisdicción exclusiva de los Tribunales en lo Contencioso Administrativo de Tucumán⁵. Si bien este caso presenta muchas interrogantes preliminares y otras interrogantes relacionadas, la cuestión medular ante este Tribunal concierne el significado jurídico que ha de atribuirse a esta cláusula de elección de foro en el Contrato de Concesión a la luz de las disposiciones que regulan los recursos bajo el TBI y el Convenio del CIADI. Esta cuestión tiene implicancias tanto para la jurisdicción del Centro y la competencia del Tribunal bajo el Convenio del CIADI, como para el análisis jurídico del fondo de la controversia entre CGE y la República Argentina.

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

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

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

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

El Tribunal no acepta la posición de CGE en cuanto a que reclamaciones hechas por CGE ante los Tribunales en lo Contencioso Administrativo de Tucumán por infracción de los términos del Contrato de Concesión, como lo exige la cláusula 16.4, hubieran constituido una renuncia de los derechos de las demandantes bajo el TBI y el Convenio del CIADI. Además, como el Tribunal demuestra más adelante, la naturaleza de los hechos en que se fundamentan la mayor parte de las reclamaciones presentadas en este caso, hacen imposible que el Tribunal distinga o separe violaciones del TBI de violaciones del Contrato de Concesión sin antes interpretar y aplicar las disposiciones detalladas de ese acuerdo. En virtud de la cláusula 16.4, las partes al Contrato de Concesión asignaron esa tarea expresa y exclusivamente a los Tribunales en lo Contencioso Administrativo de Tucumán. En consecuencia, y porque las reclamaciones en este caso surgen casi exclusivamente de supuestos actos de la Provincia de Tucumán que se relacionan directamente con su cumplimiento del Contrato de Concesión, el Tribunal resuelve que las demandantes tenían el deber de hacer valer sus derechos con respecto a tales reclamaciones en contra de Tucumán ante los Tribunales en lo Contencioso Administrativo de Tucumán como lo exige la cláusula 16.4 de su Contrato de Concesión.

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

B. Historia procesal

1. Con fecha 26 de diciembre de 1996, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante, “CIADI” o “el Centro”) recibió una solicitud para la iniciación de un procedimiento de arbitraje (en adelante, “la solicitud”) bajo el Convenio del CIADI en contra de la República Argentina, presentada a nombre de Compagnie Générale des Eaux, una sociedad constituida bajo las leyes de Francia, y Compañía de Aguas del Aconquija, S.A., una sociedad constituida bajo las leyes de Tucumán, Argentina.

2. La solicitud invocó las disposiciones del TBI Argentina-Francia.

3. Mediante carta de fecha 3 de enero de 1997, el Centro acusó recibo de la solicitud y les pidió a las demandantes que proporcionaran información acerca de la autorización habida para presentar la solicitud a nombre de Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. Las demandantes suministraron dicha información mediante carta de fecha 14 de enero de 1997. Con fecha 15 de enero de 1997, el Centro transmitió por consiguiente copias de la solicitud y de su documentación adjunta a la República Argentina. Mediante carta de fecha 21 de enero de 1997, el Centro transmitió a la República Argentina documentación adicional recibida de las demandantes respecto de dicha autorización.

4. Mediante cartas del 29 de enero y 3 de febrero de 1997, el Centro les pidió a las demandantes que proporcionaran información específica acerca de ciertas gestiones administrativas que se mencionaron en la solicitud y que habrían sido efectuadas en Argentina por Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. Las demandantes respondieron mediante cartas del 3 y 14 de febrero de 1997, respectivamente, las que fueron transmitidas a la República Argentina por el Centro. En tales cartas las demandantes proporcionaron una explicación del significado de los términos “recurso administrativo” y “acción administrativa” empleados en la solicitud, y de su relación con las condiciones para el sometimiento de una controversia al arbitraje bajo el TBI Argentina-Francia.

5. Con fecha 19 de febrero de 1997, el Secretario General interino del CIADI registró la solicitud y, ese mismo día, notificó a las partes del acto de registro, invitándolas a que procedieran a constituir un tribunal de arbitraje bajo el Convenio del CIADI en cuanto fuera posible. De conformidad con el Artículo 36 del Convenio del CIADI, dicho acto de registro se hacía necesario debido a que, sobre la base de la información contenida en la solicitud, del modo complementada, la diferencia no se hallaba manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro.
6. Mediante carta de fecha 3 de marzo de 1997, las demandantes informaron al Centro que las partes habían acordado suspender por 30 días todos los plazos aplicables al procedimiento. Mediante cartas del 8 de abril y 7 de mayo de 1997, las demandantes informaron al Centro que las partes habían acordado suspender dichos plazos por plazos adicionales de 20 días y luego de 60 días, respectivamente.
7. Mediante una carta de fecha 16 de septiembre de 1997, las demandantes informaron al Secretario General del CIADI que elegían la fórmula establecida en el Artículo 37(2)(b) del Convenio del CIADI respecto al número de árbitros y al método de su nombramiento. Con esa misma fecha, el Centro informó por consiguiente a las partes que el Tribunal de Arbitraje había de constituirse de tres miembros, uno nombrado por cada parte y el tercer árbitro, que había de ser el Presidente del Tribunal, a ser nombrado por acuerdo de las partes.
8. Con fecha 1° de octubre de 1997, las demandantes nombraron como árbitro al Sr. Peter D. Trooboff, nacional de los Estados Unidos de América. Con fecha 17 de octubre de 1997, no habiendo la República Argentina nombrado un árbitro, las demandantes solicitaron al Presidente del Consejo Administrativo del CIADI que nombrara, bajo el Artículo 38 del Convenio del CIADI, los árbitros que aún no habían sido nombrados. Mediante carta de esa misma fecha, el Centro les explicó a las partes sus procedimientos normales de consulta para efectuar dichos nombramientos. El Centro les escribió por consiguiente a las partes el 20 de octubre, el 6 de noviembre y el 14 de noviembre de 1997, respecto a las recomendaciones que el Secretario General haría al Presidente del Consejo Administrativo en relación a dichos nombramientos. No habiendo recibido objeción de ninguna de las partes, el Presidente del Consejo Administrativo nombró al Juez Francisco Rezek, un nacional del Brasil, y al Juez Thomas Buergethal, un nacional de los Estados Unidos de América, como árbitros en este procedimiento, y designó al Juez Rezek como el Presidente del Tribunal de Arbitraje. El Centro informó a las partes de estos nombramientos mediante carta de fecha 14 de noviembre de 1997.
9. Mediante carta a las partes de fecha 1° de diciembre de 1997, el Secretario General del CIADI informó a las partes que, habiendo recibido de cada árbitro la aceptación de su nombramiento, el Tribunal de Arbitraje (en adelante “el Tribunal”) se entendía haberse constituido, y el procedimiento haberse iniciado, con esa fecha de conformidad con la Regla 6 de las Reglas de Arbitraje. El Sr. Alejandro A. Escobar, Consejero jurídico principal, CIADI, fue designado para servir de Secretario del Tribunal.
10. Con fecha 11 de diciembre de 1997, el Secretario del Tribunal les escribió por primera vez a las partes para informarles del deseo del Tribunal de celebrar la primera sesión con ellas en París con fecha 15 de enero de 1998. Mediante carta de fecha 8 de enero de 1998, la República Argentina se comunicó con el CIADI por primera vez en este procedimiento y planteó excepciones a la jurisdicción, solicitando además la postergación de la primera sesión del Tribunal. La República Argentina también instó que todas las sesiones del Tribunal debían efectuarse en la sede del Centro en la ciudad de Washington. Luego de haber recibido el parecer de las demandantes, el Tribunal decidió postergar, de modo excepcional, su primera sesión, y propuso celebrar dicha sesión con las partes en la ciudad de Washington con fecha 6 de febrero de 1998. Bajo la Regla de Arbitraje 13(1), el Tribunal debía celebrar su primera sesión dentro de los 60 días después de constituirse, es decir, a más tardar el 30 de enero de 1998, o dentro de otro plazo acordado por las partes. No hubo acuerdo entre las partes, sin embargo, para celebrar la sesión con fecha 6 de febrero de 1998.
11. En estas circunstancias, y previa notificación a las partes, el Tribunal celebró su primera sesión mediante conferencia telefónica a través del Secretariado con fecha 20 de enero de 1998. Entre los asuntos considerados en su primera sesión, el Tribunal hizo notar que había sido debidamente constituido bajo las disposiciones del Convenio del CIADI. Además, el Tribunal determinó fechas para celebrar una sesión con las partes. Copias del acta de dicha primera sesión, preparada por el Secretario con aprobación del Tribunal, se distribuyeron a las partes conjuntamente con copias de la declaración de cada miembro del Tribunal efectuada bajo la Regla 6 de las Reglas de Arbitraje.
12. Con fecha 14 de enero de 1998, los representantes de la República Argentina presentaron un memorándum al Secretario General haciendo valer los fundamentos según los cuales la diferencia se encontraría manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro. Copias de dicho memorándum se distribuyeron a los miembros del Tribunal y a las demandantes bajo cubierta de la carta del Secretariado de fecha 15 de enero de 1998. Con fecha 23 de enero de 1998, los representantes de las demandantes presentaron una carta al Secretario General haciendo

valer sus argumentos según los cuales la solicitud de arbitraje se había registrado debidamente y aduciendo que le correspondía al Tribunal, y no al Secretario General, decidir cualquiera excepción a la jurisdicción.

13. A solicitud de los representantes de la República Argentina, el Secretario General del Centro se reunió en sus oficina, con fecha 27 de enero de 1998, con los representantes de la República Argentina y con los representantes de las demandantes. En dicha reunión, el Secretario General informó a las partes que había considerado cuidadosamente los argumentos planteados en el memorándum del 14 de enero de 1998 de la República Argentina, y en la carta del 23 de enero de 1998 de las demandantes, antes de registrar la solicitud de arbitraje. Sobre esa base, y en vista de las disposiciones del Convenio del CIADI, el Secretario General reiteró a las partes que la solicitud de arbitraje se encontraba debidamente registrada. El Secretario General agregó que el registro de una solicitud de arbitraje no prejuzga de modo alguno la cuestión de si la diferencia se encuentra o no dentro de la jurisdicción del Centro o de otro modo dentro de la competencia del Tribunal establecido para el caso. Los puntos que preceden fueron confirmados mediante la carta del Secretario General a las partes de fecha 27 de enero de 1998.

14. Con fecha 18 de febrero de 1998, el Tribunal se reunió con las partes en la sede del Centro para tratar asuntos procesales que no se abordaron en la primera sesión del Tribunal, en particular asuntos procesales referentes a las excepciones a la jurisdicción planteadas por la República Argentina. Se acordó en la sesión que las partes presentarían observaciones simultáneas sobre las excepciones a la jurisdicción de la República Argentina, a ser seguidas de la presentación simultánea de observaciones adicionales y de una audiencia. Las partes también acordaron que sus escritos se redactarían en inglés y que sus anexos podían presentarse en su idioma original si éste fuera español, francés o inglés. El procedimiento sobre el fondo había de mantenerse en suspenso en el ínterin, de conformidad con la Regla de Arbitraje 41(3).

15. Las demandantes estuvieron representadas en este procedimiento por los siguientes consejeros jurídicos:

Sr. Luis A. Erize

Abeledo Gottheil Abogados

Av. E. Madero 1020 — Piso 5

1106 Buenos Aires, Argentina; y

Sr. Daniel M. Price

Powell, Goldstein, Frazer & Murphy LLP

Sixth Floor

1001 Pennsylvania Avenue, N.W.

Washington, D.C. 20004.

La demandada estuvo representada en este procedimiento por los siguientes consejeros jurídicos:

Sr. Secretario de Obras Públicas

Ministerio de Economía y de Obras y Servicios Públicos

Yrigoyen 250, Piso 11, Of. 1121

(1310) Buenos Aires, Argentina;

Sr. Mariano F. Grondona

Estudio Pérez Alati, Grondona,

Benites, Arnsten & Martínez de Hoz (h)

Suipacha 1111, Piso 18

(1368) Buenos Aires, Argentina; y

Srta. Nancy L. Perkins y

Sr. William D. Rogers

Arnold & Porter

Thurman Arnold Building

555 12th Street, N.W.

Washington, D.C. 20004-1202.

16. Con fecha 20 de abril de 1998, las partes presentaron sus observaciones a las excepciones a la jurisdicción de la República Argentina. Con fecha 11 de mayo de 1998, las partes presentaron sus observaciones adicionales a tales excepciones. El 26 y el 27 de mayo de 1998, el Tribunal celebró una audiencia en la sede del Centro para recibir los alegatos orales de las partes sobre la cuestión de jurisdicción.

17. Con fecha 2 de julio de 1998, el Tribunal dictó una resolución uniendo las excepciones a la jurisdicción de la República Argentina al fondo de la controversia. El Tribunal dictó, con fecha 23 de julio de 1998, una orden fijando el calendario para la presentación de los escritos y de la prueba de las partes durante la siguiente etapa del procedimiento.

18. Con fecha 2 de noviembre de 1998, las demandantes presentaron su memorial sobre jurisdicción y el fondo, con las declaraciones escritas de testigos que le servían de fundamento. Con fecha 1° de febrero de 1999, la demandada presentó su memorial de contestación sobre jurisdicción y el fondo, con las declaraciones escritas de testigos que le servían de fundamento.

19. Con fecha 4 de febrero de 1999, el Tribunal dictó una resolución proponiendo a las partes tres series de fechas para celebrar una audiencia sobre jurisdicción y sobre el fondo, y una fecha para celebrar una sesión previa a la audiencia para tratar los procedimientos a seguirse en la misma, incluyendo aquellos para la presentación de la prueba. Además, el Tribunal le solicitó a cada parte que presentara, a más tardar el 19 de abril de 1999, un memorándum previo a la audiencia acerca de determinadas cuestiones identificadas en la resolución.

20. Con fecha 25 de abril de 1999, como se había acordado, el Tribunal celebró una sesión previa a la audiencia con las partes en la sede del Centro. Con fecha 27 de abril de 1999, el Tribunal dictó su cuarta resolución, relativa a la presentación de la prueba en la audiencia y, en particular, la distribución del tiempo para que cada parte endosara el testimonio escrito de sus testigos y para que la parte contraria repreguntara a los testigos. Sobre la base del acuerdo de las partes contenido en su memorándum conjunto del 22 de abril de 1999 previo a la audiencia, la cuarta resolución del Tribunal confirmó que, aparte de la prueba testimonial a ser presentada en la audiencia, la etapa probatoria se encontraba cerrada; que las partes habían informado que no podían proporcionar una estipulación de hechos que hubiera asistido en forma significativa al Tribunal; y que cada parte había de someter un escrito con posterioridad a la audiencia dentro de los 30 días siguientes al cierre de la audiencia en agosto de 1999. Además, el Tribunal en su cuarta resolución les permitió a las demandantes presentar en la audiencia el testimonio de un perito sobre calidad de agua aunque su declaración escrita no hubiera sido presentada con el memorial o réplica de las demandantes. El Tribunal también determinó la distribución del tiempo para que se endosara el testimonio de este perito y para que se le repreguntara.

21. La audiencia sobre jurisdicción y el fondo se celebró en la sede del Centro del 11 al 13 de agosto de 1999. En la audiencia, el Tribunal recibió el testimonio de los siguientes testigos presentados por las demandantes: Sr. Francois de Rochembeau, Sr. Christian Lefaix, Sr. Charles-Louis de Maud'Huy, Sr. José Manuel García González y Sr. Oldrich Fischmeister. En la audiencia el Tribunal también recibió el testimonio de los siguientes testigos presentados por la demandada: Sra. María Gilda Pedicone de Valls, Sr. Daniel Esteban Arancibia y Sr. Jorge Rais. Copias de las grabaciones sonoras y de las transcripciones textuales hechas de la audiencia se distribuyeron por el Secretariado. Las partes posteriormente acordaron ciertos ajustes a esas transcripciones, particularmente a las transcripciones en inglés de las declaraciones testimoniales hechas oralmente en español.

22. Con fecha 25 de agosto de 1999, el Tribunal giró instrucciones a las partes para que presentaran simultáneamente escritos posteriores a la audiencia a más tardar el 30 de septiembre de 1999. El Tribunal también preparó una lista de preguntas sobre jurisdicción y responsabilidad a las que le solicitó a cada parte se abocara en su escrito posterior a la audiencia. Al mismo tiempo, el Tribunal anunció que consideraría una solicitud de cualquiera de las partes en el sentido que se les permitiera presentar simultáneamente réplicas breves a los escritos

posteriores a la audiencia. Mediante una carta conjunta de fecha 22 de septiembre de 1999, las partes solicitaron se les permitiera presentar tales réplicas a más tardar el 12 de octubre de 1999. El Tribunal concedió dicho permiso y los respectivos escritos posteriores a la audiencia y las réplicas a los mismos se presentaron por las partes en las fechas acordadas.

23. En su resolución de fecha 27 de abril de 1999, el Tribunal decidió que la audiencia de agosto de 1999 se dedicaría únicamente a las cuestiones de jurisdicción y responsabilidad, y que el Tribunal se abocaría, si fuera necesario, a cuestiones relativas a la indemnización en una etapa subsiguiente del procedimiento. Con su dictamen en este Laudo, bajo el cual no se hace necesaria una audiencia adicional sobre indemnización, el Tribunal por este Laudo determina que la presentación de su caso por las partes se encuentra terminada y declara, de conformidad con la Regla 38 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, el cierre del procedimiento.

C. Los hechos y las posiciones jurídicas de las partes

24. Este caso dice relación con una reclamación contra la República Argentina sometida al CIADI por CGE, una sociedad francesa que opera sistemas de aguas y cloacas en Francia y en otros países, y también por la filial argentina de CGE, CAA⁶.

25. La diferencia de la cual surgen las reclamaciones en este procedimiento se relaciona con un Contrato de Concesión que CAA concluyó con fecha 18 de mayo de 1995 (el “Contrato de Concesión”) con la Provincia de Tucumán, una de las 23 provincias de la República Argentina. El Contrato de Concesión fue el fruto de una decisión, en 1993, del gobierno de Tucumán de privatizar sus servicios de aguas y cloacas que estaban siendo operadas por un organismo público provincial. La firma del Contrato de Concesión fue la culminación de un proceso de dos años de pre-calificación y de largas negociaciones con CGE que las autoridades provinciales de Tucumán condujeron con la asistencia de consejeros profesionales (Mem. Dtes., págs. 15–24). Los autos en este procedimiento no indican que la República Argentina hubiera jugado papel alguno con respecto a la negociación y conclusión al Contrato de Concesión o con respecto al cumplimiento esperado por parte de CGE y Tucumán de sus respectivas obligaciones bajo el Contrato de Concesión.

26. El Contrato de Concesión, de 111 páginas a espacio simple, compuesto de 16 cláusulas más 25 largos anexos, incluía disposiciones detalladas respecto del servicio que CGE suministraría al operar el sistema de aguas y cloacas de Tucumán (Capítulo 4), las tarifas que cobraría CGE (Capítulo 12), y las inversiones que CGE efectuaría en el sistema para su mejoramiento y expansión (Capítulo 11). El Contrato de Concesión no hace referencia alguna a los recursos disponibles a CGE bajo el TBI, que había entrado en vigor casi tres años antes que el Contrato de Concesión se firmara en mayo de 1995. Tampoco se refería el Contrato de Concesión a eventuales recursos bajo el Convenio del CIADI, que había entrado en vigor para la República Argentina el mismo día (el 18 de noviembre de 1994) en que la Legislatura de Tucumán aprobó las acciones de la Comisión Pre-calificadora y en que la Comisión recomendó que la concesión fuera otorgada al consorcio encabezado por CGE (Mem. Dtes., pág. 22).

27. La cláusula 16.4 del Contrato de Concesión dispone lo siguiente:

A los efectos de la interpretación y aplicación de este Contrato las partes se someten a la jurisdicción exclusiva de los Tribunales en lo Contencioso Administrativo de la Provincia de Tucumán⁷.

28. De conformidad con el Contrato de Concesión, CGE asumió responsabilidad por la operación del sistema de aguas y cloacas de Tucumán con fecha 22 de julio de 1995. Es un hecho conteste que hubo serias diferencias técnicas y comerciales en la estructura y operación del sistema de aguas y cloacas de Tucumán al momento en que CGE se hizo cargo del mismo. Los problemas principales incluían dificultades operacionales severas debidas a infraestructura anticuada e inadecuada, manutención diferida, tarifas que no reflejaban adecuadamente los costos de operación y las provisiones necesarias para gastos de capital, y fallas en la recaudación de entre los usuarios en Tucumán, tanto privados como comerciales, de una parte significativa de las tarifas vigentes.

29. Desde muy temprano durante la ejecución del Contrato de Concesión por CGE, surgieron diferencias entre CGE y las autoridades de Tucumán. Estas diferencias llegaron a ser objeto de publicidad y controversia extensivos para las partes del Contrato de Concesión y condujeron en definitiva a la participación activa de los gobiernos de Francia y Argentina en intentos de resolver las cuestiones que habían surgido.

30. En cuanto a los hechos y circunstancias que dieron lugar a estas diferencias, CGE argumentó que “desde los comienzos de la concesión, se hizo aparente que en lugar de apoyar la concesión, varias ramas del gobierno provincial buscaron destruir la concesión” (Det. Prop. Dtes., pág. 34). Las demandantes sostienen que, desde

poco tiempo después de haberse hecho cargo del proyecto en julio de 1995 y hasta el fin de su ejecución de la concesión, CGE fue sometida a una “corriente constante de decretos, resoluciones, leyes y dictámenes que tenían por objeto debilitar la operación de la concesión y, o bien ahuyentar a CAA de la Provincia, o bien forzarla a que renegociara el Acuerdo” (Mem. Dtes., pág. 100). Más aún, estos actos de las autoridades de Tucumán eran, según las demandantes, parte de un “ataque público concertado contra CAA y el Contrato de Concesión por las autoridades de gobierno [de Tucumán], que incluía una serie de declaraciones inflamatorias y otros actos que instaban a los usuarios a no pagar sus cuentas” (*Idem*). Las demandantes alegan que el gobierno de Tucumán estaba generalmente buscando interferir con el cumplimiento por CGE y con el ejercicio por CGE de sus derechos bajo el Contrato de Concesión.

31. Las demandantes alegan además que, desde el inicio del Contrato de Concesión, CGE fue “atacada y vilipendiada” por funcionarios en todas las ramas del gobierno de Tucumán (Det. Prop. Dtes., pág. 30). Las demandantes también alegan que tales acciones continuaron a lo largo de la vigencia del Contrato de Concesión y estaban destinadas a debilitar el cumplimiento por CGE del Contrato de Concesión y así lo hicieron. Además, las demandantes alegan que estos supuestos ataques y estos vilipendios ocurrieron porque “la concesión amenazaba con quebrantar intereses económicos y políticos adquiridos en la Provincia y representaba una oportunidad para elementos del gobierno provincial de ganarse el apoyo del público” (*Idem*, pág. 44).

32. La República Argentina niega estas alegaciones relativas al contenido y a las motivaciones de las acciones de funcionarios de Tucumán y postulan que las acciones de las autoridades de Tucumán fueron el resultado de supuestas deficiencias por parte de CGE en su ejecución del Contrato de Concesión. Estas fallas, según la República Argentina, afectaron el suministro de servicios de aguas y cloacas a las áreas de Tucumán que estaban cubiertas por el Contrato de Concesión. Los aspectos específicos de las diferencias decían relación con temas bajo el Contrato de Concesión tales como el método para medir el consumo de agua, el nivel de tarifas para los usuarios, la oportunidad y el porcentaje de cualquier aumento en las tarifas, recursos respecto del no pago de tarifas, el derecho de CGE de traspasar a sus clientes ciertos impuestos, y la calidad del agua suministrada. Además, según la República Argentina, las acciones de las autoridades provinciales en respuesta a estas supuestas fallas de cumplimiento no fueron dirigidas, alentadas ni sancionadas por la República Argentina.

33. En los autos de este procedimiento, la referencia más temprana a cualquier acción tomada por funcionarios de la República Argentina con respecto al Contrato de Concesión entre CGE y Tucumán se remite a febrero de 1996, cuando el gobierno argentino actuó por medio de sus Ministerios de Economía y de Interior y del Jefe de Gabinete para impedir la rescisión del Contrato de Concesión por Tucumán (Mem. Dtes., pág. 39). Véase también la declaración del Presidente Menem en París de fecha 26 de febrero de 1996, respecto de la asistencia del gobierno argentino “para encontrar una solución a estos problemas” que habían surgido entre CGE y la Provincia (Dtes. Anx. #26).

34. Con fecha 5 de marzo de 1996, CGE notificó a la República Argentina de las negociaciones pendientes con Tucumán relativas a los términos del Contrato de Concesión y, en particular, de la amenaza del Gobernador de la Provincia de rescindir el acuerdo y su exigencia de redefinir el arancel de tarifas (Dtes. Anx. #27, carta de CGE y Dycasa al Ministro de Relaciones Exteriores Argentino). En dicha carta CGE declaró que su propósito era mantener informada a la República Argentina “respecto de la evolución de las negociaciones, tendientes a superar los inconvenientes generados en torno de la Concesión”. La carta también declaraba que “en caso de no arribarse a un resultado satisfactorio” en las negociaciones con Tucumán, CGE procedería “a presentar la eventual controversia que se suscite” bajo el TBI⁸ (*Idem*).

35. Aproximadamente con fecha 2 de mayo de 1996, varios meses después de haberse encaminado las negociaciones entre CGE y Tucumán, la República Argentina y Tucumán concluyeron “un convenio conforme al cual el Gobierno Nacional daría asistencia y asesoría experta para la renegociación exitosa del Acuerdo de Concesión”. (Det. Prop. Dtes., pág. 51, citando Dtes. Anx. #29). Es un hecho conteste que funcionarios de la República Argentina estuvieron involucrados con distintos grados de intensidad desde estas primeras iniciativas a comienzos de 1996 hasta la entrega de la concesión de aguas y cloacas de 1998 a un organismo público de la República Argentina. Esta participación gubernamental argentina se relacionaba con los esfuerzos de CGE y Tucumán de renegociar el Contrato de Concesión. Guardaba relación con un espectro amplio de aspectos técnicos, políticos y jurídicos de dicha renegociación.

36. A fin de cuentas, las demandantes y Tucumán no lograron concluir un Contrato de Concesión renegociado que fuera aceptable para ambas partes. En particular, largas negociaciones entre CGE y Tucumán culminaron en un Acuerdo Marco en 1997 que fue rechazado por la Legislatura de Tucumán. Además, CGE y Tucumán negociaron revisiones al Contrato de Concesión que culminaron en un texto aprobado por el Gobernador de Tucumán en

abril de 1997. Sin embargo, antes de someter el proyecto legislativo pertinente a la Legislatura de Tucumán, el Gobernador, según argumentan las demandantes, alteró en términos significativos las disposiciones comerciales del texto sin consultar a CGE. CGE se negó a firmar el Contrato de Concesión revisado, del modo aprobado por la Legislatura de Tucumán. Tuvieron lugar en seguida negociaciones adicionales, incluyendo participación adicional en estos intercambios de funcionarios de la República Argentina. Las partes están en fuerte desacuerdo acerca del significado económico de cualesquiera cambios efectuados por el Gobernador o por la Legislatura de Tucumán a las revisiones del Contrato de Concesión que fueron negociadas en abril de 1997. Están también en desacuerdo acerca de si, en virtud de negociaciones subsiguientes, la Legislatura de Tucumán se encontraba preparada en agosto de 1997, según alega la demandada, para aprobar un Contrato de Concesión revisado que hubiera sido aceptable a todas las partes interesadas.

37. Con fecha 27 de agosto de 1997, CGE notificó al Gobernador provincial de Tucumán que CGE estaba rescindiendo el Contrato de Concesión de conformidad con su cláusula 15.9.5 debido al supuesto incumplimiento de Tucumán.

38. Con fecha 27 de septiembre de 1997, Tucumán rechazó la notificación de rescisión de CGE y puso término al Contrato de Concesión, invocando un supuesto incumplimiento por parte de CGE. Además, apoyándose en la cláusula 15.11 del Contrato de Concesión, Tucumán requirió de CGE continuar el suministro de servicios de aguas y cloacas por un período no mayor a 18 meses o hasta que se pudiera encontrar un nuevo operador. Aunque CGE disputó enérgicamente esta posición de Tucumán, continuó operando el sistema de aguas y cloacas por un período de 10 meses.

39. Con fecha 17 de octubre de 1998, un organismo público de la República Argentina asumió la responsabilidad de la operación del sistema de aguas y cloacas de Tucumán (Det. Prop. Dtes., págs. 89 y 94).

D. Jurisdicción

40. Las demandantes postulan que este Tribunal tiene jurisdicción sobre la base del artículo 25 del Convenio del CIADI y del artículo 8 del TBI Argentina- Francia. Este último dispone que, en el evento que una controversia entre un inversor de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante no hubiera podido ser solucionada dentro de seis meses, entonces el inversor podrá a su elección recurrir, o bien a los tribunales de la Parte Contratante con la cual existe la controversia, o bien a un tribunal arbitral establecido ya sea bajo el Convenio del CIADI, si cada Estado Parte ha firmado y ratificado dicho Convenio, ya sea *ad hoc* de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional⁹.

41. La República Argentina responde diciendo que el Tribunal carece de jurisdicción debido a que las disposiciones en las que se apoyan las demandantes expresan el consentimiento a dicha jurisdicción sólo si existe una controversia entre las demandantes y la República Argentina. La demandada argumenta que la única controversia presentada por las demandantes surge de, y se relaciona exclusivamente con, un Contrato de Concesión al cual la República Argentina no es parte. La República Argentina también toma la posición que, estando ausente su consentimiento y la designación de Tucumán, los apartados (1) y (3) del artículo 25 del Convenio del CIADI precluyen el planteamiento por las demandantes de una reclamación que esté basada sobre acciones de Tucumán. Por último, la demandada postula que las únicas reclamaciones presentadas por las demandantes se relacionan con derechos y obligaciones de las partes bajo el Contrato de Concesión y que, por consiguiente, la cláusula 16.4 del Contrato de Concesión requiere que las demandantes presenten dichas reclamaciones a los Tribunales en lo Contencioso Administrativo de Tucumán. La República Argentina niega que sus autoridades gubernamentales nacionales hayan realizado conducta alguna que pueda servir de base para una reclamación bajo el TBI. La demandada también niega que, para efectos jurisdiccionales, las acciones de la Provincia puedan ser atribuidas al gobierno nacional.

42. Las demandantes contestan diciendo que, no obstante los términos de la cláusula 16.4 del Contrato de Concesión, no están obligadas por el TBI a intentar recursos judiciales internos antes de plantear una reclamación bajo el tratado en contra de la República Argentina. Las demandantes argumentan que, si hubieran intentado cualquier recurso jurídico interno ante los tribunales argentinos, ya sea en contra de la República Argentina, ya sea en contra de la Provincia de Tucumán, se habría determinado que habían efectuado la elección prevista bajo el artículo 8 del TBI y estarían ahora enfrentadas al argumento de la demandada de que las demandantes han renunciado a su derecho al arbitraje bajo el Convenio del CIADI. (Las partes se han referido a dicha renuncia como el haber efectuado una "elección de vías" bajo el artículo 8 del TBI.)

43. Bajo los términos del TBI, y como hiciera hincapié el Tribunal en su resolución de fecha 2 de julio de 1998, la República Argentina es responsable respecto de las demandantes únicamente si el gobierno argentino ha violado un deber jurídico que tenía hacia las demandantes, y ese deber ha sido violado por actos u omisiones de la República Argentina. En este procedimiento, las demandantes han argumentado que la República Argentina violó sus deberes jurídicos bajo los artículos 3 (trato justo y equitativo) y 5 (expropiación) del TBI. A este respecto, las demandantes han presentado dos tipos de planteamientos distintos. En primer lugar, las demandantes afirman que las acciones de los funcionarios de Tucumán son jurídicamente atribuibles a la República Argentina y sirven de base para la conclusión que el gobierno argentino expropió los derechos de las demandantes en el Contrato de Concesión y les negó a las demandantes un trato “justo y equitativo”. Las demandantes afirman a continuación que, de los hechos aducidos, la inacción de la República Argentina constituye en sí misma una violación de un deber jurídico que la República Argentina tiene hacia los inversores bajo los términos del TBI y del derecho internacional. A este respecto las demandantes se apoyan especialmente en la falta del gobierno argentino de impedir que los funcionarios de Tucumán tomaran ciertas acciones y la falta de la República Argentina de requerir a Tucumán que observara sus obligaciones bajo el Contrato de Concesión y que concluyera y aprobara un Contrato de Concesión renegociado.

44. La República Argentina postula que, al no ser parte del Contrato de Concesión, no tenía deber jurídico alguno respecto de las demandantes y que no hay fundamento en el derecho internacional para atribuir en este caso las acciones de las autoridades provinciales de Tucumán a la República Argentina. Además, la República Argentina responde diciendo que el alcance de su deber hacia las demandantes se ve afectado no sólo por los términos del Contrato de Concesión, incluyendo su cláusula 16.4, sino también por las disposiciones de la Constitución argentina que rigen su relación con las provincias bajo el sistema federal argentino. De ello resulta, según la República Argentina, que en este caso ella debe a CGE únicamente una obligación de actuar en buena fe o de ejercer el debido cuidado al buscar la promoción de un acuerdo entre CGE y las autoridades de Tucumán, para así cumplir con su deber de otorgar al inversor un trato justo y equitativo bajo el TBI e impedir actos de expropiación en violación del TBI. La República Argentina postula que las acciones de sus funcionarios satisficieron plenamente este deber jurídico.

45. El artículo 25(1) del Convenio del CIADI dispone que la jurisdicción del CIADI se extiende a toda “diferenci[a] de naturaleza jurídica que surj[a] directamente de una inversión”, siempre y cuando las partes consientan someter su diferencia al Centro. Bajo el artículo 8 del TBI, un inversor en la República Argentina tiene el derecho de someter al CIADI una “controversia relativa a las inversiones, en el sentido del presente acuerdo” [el TBI]. El artículo 1(1) del TBI define a las “inversiones” de modo que incluyen las “concesiones acordadas por la ley o en virtud de un contrato”. La República Argentina no disputa que esta definición incluye los contratos de concesión como aquél concluido por CGE.

46. No obstante, la República Argentina argumenta que no se encuentra sujeta a la jurisdicción de este Tribunal. Al adelantar esta proposición, la demandada hace notar las siguientes tres disposiciones:

- El artículo 25(1) del Convenio del CIADI, al que se refiere el artículo 8 del TBI, que limita el consentimiento jurisdiccional de los estados a diferencias relativas a inversiones que surjan “entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado contratante acreditados ante el Centro por ese Estado) y un nacional de otro Estado Contratante”;
- El artículo 25(3) del Convenio del CIADI, que dispone con respecto a la jurisdicción del Centro que el “consentimiento de una subdivisión política ... de un Estado contratante requerirá la aprobación de dicho Estado, salvo que éste notifique al Centro que tal aprobación no es necesaria”; y
- La cláusula 16.4 del Contrato de Concesión, que dispone el sometimiento de cuestiones de interpretación o aplicación a la jurisdicción exclusiva de los Tribunales en lo Contencioso Administrativo de Tucumán¹⁰.

47. Apoyándose en estas disposiciones, la demandada argumenta que las reclamaciones de CGE pueden ser conocidas por este Tribunal sólo al designarse la Provincia de Tucumán por la República Argentina bajo el apartado (1) del artículo 25 del Convenio del CIADI y al otorgarse el consentimiento de la República Argentina previsto por el apartado (3) del artículo 25. Las partes están de acuerdo en que la República Argentina no ha efectuado ninguna de dichas designaciones ni ha comunicado consentimiento alguno de conformidad con estos apartados. Las partes difieren acerca del significado de la ausencia de dichos actos. Además, la demandada también argumenta que CGE renunció a su derecho a recurrir bajo el Convenio del CIADI para plantear aquellas reclamaciones que las demandantes han hecho valer bajo el TBI, debido a que, con respecto a tales reclamaciones, CGE aceptó la jurisdicción exclusiva de los Tribunales en lo Contencioso Administrativo de Tucumán bajo la cláusula 16.4 del Contrato de Concesión¹¹.

48. La República Argentina se apoya en su sistema federal bajo su Constitución de 1994 al argumentar que los actos de los funcionarios de la Provincia de Tucumán no pueden ser atribuidos al gobierno federal y, por consiguiente, el Tribunal no tiene jurisdicción respecto de las reclamaciones de CGE en este caso (Obs. Jur. Dda., pág. 7; y Mem. Dda., págs. 70 y 94). La República Argentina acepta, sin embargo, que aún cuando el Contrato de Concesión existe entre la Provincia de Tucumán y CGE, puede incurrir en responsabilidad por acciones o la falta de acción por parte de funcionarios federales en relación a la inversión de CGE en Tucumán (véase, *v. gr.*, Trans. Jur./Fondo, pág. 474). De este modo, la República Argentina niega la atribución de responsabilidad por acciones de Tucumán bajo el derecho internacional, pero al mismo tiempo reconoce que el TBI le impone deberes independientes al gobierno argentino en lo que concierne al Contrato de Concesión. Específicamente, la República Argentina acepta que puede ser responsable bajo los artículos 3 y 5 del TBI relativos al trato al cual tienen derecho los inversores extranjeros y a la prohibición contra actos gubernamentales de expropiación. La demandada argumenta, sin embargo, que, por cuanto no era parte del Contrato de Concesión, estas obligaciones de limitan en este caso a mantener un entorno abierto a las inversiones, evitar la discriminación, extender seguridad y ofrecer un foro para la resolución de controversias. Además, la República Argentina toma la posición de que los hechos aducidos no fundamentan ninguna determinación de falta de acceso para las inversiones, discriminación o ausencia de seguridad y que, en consecuencia, este Tribunal debe preguntar sólo si la demandada ha incurrido en una denegación de justicia hacia el inversor. La República Argentina sostiene que, por cuanto no hay prueba de una denegación de justicia por su parte en este caso, ni aún una alegación al respecto, el Tribunal carece de jurisdicción.

49. Bajo el derecho internacional, y para los efectos de la jurisdicción de este Tribunal, es una regla bien establecida que las acciones de una subdivisión política de un estado federal, tal como es la Provincia de Tucumán dentro del estado federal de la República Argentina, son atribuibles al gobierno central¹². Queda igualmente claro que la estructura constitucional interna de un país no puede alterar estas obligaciones¹³. Por último, el Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional, en sus observaciones acerca del propuesto Comentario que confirma la atribución de la conducta de subdivisiones políticas al Estado federal, se ha referido al “principio establecido” según el cual un estado federal “no puede basarse en el carácter federal o descentralizado de su constitución para limitar el alcance de sus responsabilidades internacionales”¹⁴.

50. En este caso, CGE alega que la propia República Argentina ha violado sus obligaciones bajo el TBI en virtud de la atribución a ese gobierno central de los actos de la Provincia de Tucumán. La petición de las demandantes no se encuentra basada, de este modo, sobre una infracción de los términos del Contrato de Concesión. Por esta razón, el Tribunal resuelve que su jurisdicción bajo el Convenio del CIADI no se encuentra precluida, como argumenta la República Argentina, por el requisito del artículo 8 del TBI que la controversia exista entre un inversor francés y la República Argentina. El Tribunal también concluye que tiene jurisdicción sobre aquellas reclamaciones de CGE que se fundamentan directamente en supuestas acciones o en la falta de acción de la propia República Argentina y que no se apoyan de modo alguno en el principio de atribución.

51. Más aún, el Tribunal no puede aceptar la posición de la República Argentina de que su falta de designación o de consentimiento para que el Convenio del CIADI sea aplicable a la Provincia de Tucumán bajo el artículo 25 de ese tratado le niegue jurisdicción al Tribunal para conocer las reclamaciones de CGE en contra de la República Argentina. Las disposiciones sobre designación y consentimiento de los apartados (1) y (3) del artículo 25 estipulan que una subdivisión u organismo público de un Estado Contratante podrá, con el permiso de este Estado, someterse a la jurisdicción del CIADI para los efectos de resolver una diferencia jurídica que surja de una inversión entre esa subdivisión o ese organismo público y un nacional de otro Estado Contratante. Tales disposiciones opcionales no se aplican a diferencias entre el propio Estado Contratante (en la especie la República Argentina) y un nacional de otro Estado Contratante que puedan relacionarse con un contrato de inversión entre una subdivisión u organismo público de ese Estado y dicho nacional. En otras palabras, el artículo 25(3) no restringe la jurisdicción material del Tribunal; más bien, crea eficiencias potenciales en las operaciones del CIADI al establecer, con la aprobación del gobierno central, el derecho de tales organismos públicos o subdivisiones de ser partes de propio derecho en un procedimiento del CIADI.

52. El entendimiento que precede de los artículos 25(1) y (3) se confirma por la historia de la negociación del Convenio del CIADI. Ella indica que estas disposiciones fueron diseñadas para permitir la expansión del alcance *ratione personae* del arbitraje del CIADI para incluir subdivisiones y organismos públicos de un Estado Contratante. Este aumento de la jurisdicción del Centro ocurrió sin restringirse de modo alguno la jurisdicción del CIADI *ratione materiae* sobre reclamaciones en contra de un Estado Contratante que surjan de acciones de tales subdivisiones u organismos públicos que se aleguen ser atribuibles al Estado Contratante. Los artículos 25(1) y (3) respondieron a la preocupación de que muchos estados ejercían sus funciones en materia de inversiones por medio de entidades jurídicas separadas, incluyendo organismos públicos de propiedad del estado y subdivisiones¹⁵. El artículo 25

establece, en consecuencia, un método para otorgar a tales entidades legitimación para los efectos del arbitraje del CIADI siempre que su Estado Contratante haya consentido en ello. El Tribunal también constata que la República Argentina no notificó su intención bajo el artículo 24(4) del Convenio del CIADI de excluir *ratione materiae* reclamaciones basadas en términos generales sobre acciones de subdivisiones políticas, o, más específicamente, sobre acciones de subdivisiones políticas en relación a contratos de concesión. Tampoco ha argumentado la República Argentina en este procedimiento que se encuentre alguna restricción expresa *ratione materiae* de ese tipo en su consentimiento a la jurisdicción bajo el TBI o bajo el Convenio del CIADI¹⁶.

53. Por último, el Tribunal dictamina que la cláusula 16.4 del Contrato de Concesión no desposee a este Tribunal de jurisdicción para conocer de este caso porque dicha disposición no constituye ni pudo constituir una renuncia por parte de CGE de sus derechos bajo el artículo 8 del TBI para plantear las reclamaciones actualmente pendientes en contra de la República Argentina. Sobre esta cuestión las partes han presentado argumentos extensos acerca de la posible pertinencia de la decisión preliminar sobre jurisdicción del tribunal del CIADI en *Lanco International Inc.*

c. República Argentina¹⁷. El tribunal en Lanco se abocó al argumento específico de que una disposición contractual por la cual las partes sometieron sus controversias a los Tribunales en lo Contencioso Administrativo federales de la ciudad de Buenos Aires constituía un acuerdo preexistente que precluía el arbitraje del CIADI bajo los términos específicos del acuerdo bilateral de inversiones en cuestión en ese caso. Habiendo rechazado esa posición, el tribunal en Lanco también reconoció la opción del inversor de escoger el arbitraje del CIADI cuando el inversor no podía someter, y de hecho no sometió, a dichos tribunales sus reclamaciones basadas en el acuerdo bilateral¹⁸. En este caso las reclamaciones planteadas por CGE en contra de la demandada se fundamentan en la violación por la República Argentina del TBI por medio de actos y omisiones de ese gobierno y actos de las autoridades de Tucumán que las demandantes afirman deben ser atribuidas al gobierno central. Del modo en que están formuladas, estas reclamaciones contra la República Argentina no caen bajo la jurisdicción de los Tribunales en lo Contencioso Administrativo de Tucumán, tan sólo debido a que, *ex hypothesi*, dichas reclamaciones no se fundamentan en el Contrato de Concesión sino que alegan una causa de pedir bajo el TBI¹⁹.

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

55. Bajo este mismo análisis, una demanda por las demandantes en contra de Tucumán en los tribunales administrativos de Tucumán por violación de los términos del Contrato de Concesión no le hubiera cerrado el camino a las demandantes de intentar en seguida un recurso en contra de la República Argentina del modo previsto en el TBI y en el Convenio del CIADI. Es decir, el sometimiento de reclamaciones contra Tucumán ante los Tribunales en lo Contencioso Administrativo de Tucumán por infracciones del contrato, como requiere su cláusula 16.4, no hubiera sido, contrariamente a la posición de las demandantes, el tipo de elección de las demandantes de acciones legales ante las jurisdicciones (es decir, tribunales) nacionales en contra de la República Argentina que hubiera constituido una “elección de vías” bajo el artículo 8 del TBI, cerrando de esa manera el camino a reclamaciones futuras bajo el Convenio del CIADI.

E. El Fondo

E.1 Perspectiva general de las posiciones de las partes

56. No se disputa que la República Argentina no fue parte del Contrato de Concesión, ni se refería dicho acuerdo de modo alguno al papel que se le podría requerir a la República Argentina, que no fue parte en su negociación, que jugase para asegurar el cumplimiento del contrato por Tucumán.

57. Las demandantes alegan, sin embargo, que cada acto de la Provincia de Tucumán, efectuado en el ejercicio del poder soberano y no como parte del contrato, es directamente atribuible a la República Argentina. De este modo, según las demandantes, si la Provincia de Tucumán ejerció su autoridad gubernamental al revocar los derechos de las demandantes bajo la Concesión, entonces la República Argentina es responsable hacia las demandantes bajo el TBI (Mem. Dtes., págs. 97–101).

58. Las demandantes no han alegado que acto alguno de la República Argentina ha interferido directa o indirectamente con su cumplimiento del Contrato de Concesión. Más bien, fundamentan su reclamación contra la República Argentina sobre su falta de haber actuado, y en particular su falta de haber causado que Tucumán (i) se abstuviera de ejercer poderes gubernamentales que revocaron los derechos de las demandantes, o (ii) cumpliera con los términos del Contrato de Concesión.

59. Las demandantes argumentan que la República Argentina se encuentra sujeta a un régimen de responsabilidad absoluta bajo el TBI y que cualquier acción de la Provincia que viola el TBI da lugar a responsabilidad por parte de la demandada (Esc. Post-Aud. Dtes., pág. 20 y Resp. Post-Aud. Dtes., pág. 28). Según las demandantes, los autos se encuentran repletos de ejemplos de tales acciones.

60. La República Argentina sostiene que la norma que rige su responsabilidad se limita a lo que las partes y el Tribunal han ocasionalmente llamado “diligencia debida” pero que más apropiadamente puede ser llamado “buenos oficios”, es decir, el deber de asumir de buena fe esfuerzos, por medio de acciones de sus funcionarios federales, para resolver la controversia entre la Provincia y las demandantes (Esc. Post-Aud. Dda., págs. 35-38 y Resp. Post-Aud. Dda., pág. 14).

61. Las demandantes responden diciendo que este nivel de obligación menor no se aplica a las supuestas violaciones del TBI que son materia de este caso (es decir, expropiación y denegación de trato justo y equitativo derivadas de acciones de funcionarios de una subdivisión política de una Parte Contratante) (Resp. Post-Aud. Dtes., pág. 30). Además, según las demandantes, aún en el caso de otras violaciones, la norma menor de “diligencia debida” o “buenos oficios” se aplica sólo si se trata de acciones de sujetos privados — no en el caso de acciones de una subdivisión política como lo es una provincia (*Idem*, págs. 29–30). En todo caso, las demandantes argumentan que la República Argentina ha violado sus obligaciones bajo el TBI y el derecho internacional aplicable aún bajo esta norma menor debido a que la República Argentina dejó de “tomar medidas razonables para resolver el conflicto y proteger o subsanar el daño causado a las demandantes” (*Idem*, pág. 48).

E.2 Análisis de la relación entre las supuestas violaciones del TBI por la República Argentina y las cuestiones de supuestos incumplimientos bajo el Contrato de Concesión

62. Para resolver estas cuestiones en este caso, el Tribunal no necesita determinar en general si los tratados bilaterales de inversión con disposiciones que prohíben la expropiación en ausencia de indemnización plena y que requieren trato justo y equitativo bajo el derecho internacional imponen una norma de responsabilidad absoluta sobre el gobierno central por las acciones de una subdivisión política. En lugar de ello, el Tribunal resuelve este caso sobre las base de las alegaciones específicas en las cuales las demandantes fundamentan sus reclamaciones y su significado jurídico a la luz de los términos del Contrato de Concesión y del TBI.

63. En sus presentaciones posteriores a la audiencia, las demandantes, en respuesta a la solicitud del Tribunal de “actos y omisiones específicos” efectuados por o atribuibles a la República Argentina bajo una norma de atribución de responsabilidad absoluta, identificaron cuatro categorías de “actos de la Provincia atribuibles a [la demandada] que violaron los derechos de las demandantes bajo el TBI” (Resp. Post-Aud. Dtes., págs. 51–53). Las demandantes describen estas categorías del modo siguiente: (1) “Actos que derivaron en una caída de la tasa de recuperación”; (2) “Actos que unilateralmente redujeron las tarifas”; (3) “Abusos de la autoridad reguladora”; y (4) “Tratos en mala fe”.

64. Ninguna de estas cuatro categorías incluye acto u omisión algunos por funcionarios de la República Argentina. Por lo tanto, la responsabilidad de la demandada puede surgir en este caso sobre alguno de estos fundamentos sólo por medio de la atribución de acciones de las autoridades de Tucumán a la República Argentina. Debido a que estos actos forman un elemento esencial de la causa de las demandantes, el Tribunal considerará cada uno de estos actos bajo sus respectivas categorías. El Tribunal buscará determinar no sólo la base para establecer la responsabilidad de la República Argentina bajo el TBI en referencia a estos actos provinciales; considerará también la relación entre estos actos y el cumplimiento prometido por las partes bajo el Contrato de Concesión.

E.2.1 Actos que derivaron en una caída de la tasa de recuperación bajo el Contrato de Concesión

65. De los cuatro supuestos actos de la Provincia de Tucumán que las demandantes incluyen en esta categoría, dos se relacionan directamente a acciones de las autoridades administrativas de Tucumán — el Ombudsman de Tucumán y el Ente Regulador de los Servicios de Agua y Cloacas de Tucumán (“ERSACT”). En el caso del Ombudsman, la acción identificada por las demandantes consistió en una decisión del Ombudsman en diciembre de 1996 que según las demandantes le negó a CGE “su derecho a cortar el servicio a clientes morosos”. En el caso de ERSACT, que servía como la entidad reguladora que supervisaba los servicios suministrados por CGE, las demandantes señalan dos resoluciones, la No. 170 y la No. 212, que “forzaron una reducción en la tarifa y por ello crearon incertidumbre respecto de cuáles facturas debían pagarse” (Resp. Post-Aud. Dtes., pág. 52). Las demandantes nunca objetaron ante los tribunales de Tucumán ninguna de estas acciones de los organismos administrativos de Tucumán relativas a la puesta en ejercicio del Contrato de Concesión.

66. Las otras dos acciones que las demandantes colocan en la categoría de “Actos que derivaron en una caída de la tasa de recuperación” son “declaraciones públicas hechas por varias ramas del gobierno de Tucumán para alentar a los clientes a no pagar sus cuentas” y “modificaciones por el Gobernador y por la Legislatura al segundo acuerdo renegociado que le negaron a las demandantes su derecho a cortar el servicio a clientes morosos” (Resp. Post-Aud. Dtes., pág. 52). El primero de estos fundamentos se refiere a una cuestión de hecho altamente disputada, es decir, si las autoridades de Tucumán organizaron una campaña para el no pago de las facturas emitidas por las demandantes. En todo caso, esta cuestión de no pago se relaciona con las justificaciones de no pago bajo el Contrato de Concesión y a si bajo ese acuerdo la terminación del servicio era una medida autorizada frente al no pago (véase, v.gr., Rép. Dtes, págs. 18–21). La otra acción citada se relaciona directamente a la acción del Ombudsman, como se hizo notar en el párrafo que precede. Nuevamente, todas estas cuestiones dicen relación con los derechos de las demandantes bajo el Contrato de Concesión y el cumplimiento de Tucumán de sus obligaciones bajo ese acuerdo. Las demandantes dejaron de objetar cualquiera de estos actos ante los tribunales de Tucumán.

E.2.2 Actos que unilateralmente redujeron las tarifas

67. Dos de los actos que las demandantes identifican bajo esta segunda categoría de acciones supuestamente atribuibles son las mismas que aquellas bajo la primera categoría, es decir, las Resoluciones 170 y 212 de las ERSACT y, como se hizo notar, ellas nunca se objetaron ante los tribunales de Tucumán. El tercer acto también evoca la primera categoría y se refiere también a la cuarta categoría (tratada más adelante) porque dice relación con los cambios por la Legislatura de Tucumán en la Ley 6826 al arancel de tarifas en el segundo acuerdo renegociado.

E.2.3 Abusos de la autoridad reguladora

68. Las demandantes incluyen bajo este encabezamiento dos tipos de acciones de las autoridades provinciales — (1) acciones que alentaron el no pago de cuentas o redujeron la tasa de recuperación, y (2) la intervención de ERSACT por el Gobernador y las acciones subsiguientes de ese organismo. En cuanto al primer tipo de acciones, éstas repiten desde otra perspectiva los puntos ya revisados más arriba relativos al pago de facturas por clientes de aguas y cloacas en Tucumán y la medidas disponibles frente al no pago de sus facturas. CGE nunca objetó ante los tribunales de Tucumán la interpretación que dieron los organismos públicos de Tucumán a las disposiciones del Contrato de Concesión con injerencia sobre esta cuestión.

69. En cuanto a la intervención de ERSACT, las demandantes reconocen que no buscaron una “disposición especial en el Contrato de Concesión que hubiera impedido que el Gobernador dejara de lado el proceso normal de nombramientos y nombrara un interventor” (Resp. Post-Aud. Dtes., pág. 84). Las demandantes argumentan, no obstante, que la intervención de ERSACT en enero de 1996 no fue “un ejercicio legítimo de la autoridad reguladora” sino más bien estuvo “políticamente motivada” para afectar los términos del Contrato de Concesión (Idem, pág. 85). Según la demandada, esa intervención de ERSACT se encontraba autorizada bajo principios establecidos de derecho administrativo argentino (Resp. Post-Aud. Dda., págs. 93–96). Las demandantes nunca intentaron objeción legal alguna ante los tribunales de Tucumán respecto de la intervención de ERSACT sobre la base de que dicha acción violaba los derechos de CGE bajo el Contrato de Concesión.

E.2.4 Tratos en mala fe

70. Por último, las demandantes argumentan que la República Argentina es responsable por atribución por la mala fe de los funcionarios de Tucumán como se demuestra de modo más claro por los supuestos cambios que el Gobernador de la Provincia hizo a los términos del segundo acuerdo renegociado que fue sometido a la Legislatura de Tucumán. Se dan, además, tres ejemplos adicionales: (i) la imposición de sanciones por la falta de efectuar exámenes de agua aunque el laboratorio estaba desprovisto de sus equipos al momento de hacerse cargo del servicio; (ii) la negativa de permitir a CGE incluir en sus facturas impuestos municipales y provinciales; y (iii) el uso del problema llamado “del agua negra” manganésica para efectos de relaciones públicas aunque CGE no era responsable de su ocurrencia y prontamente subsanó las circunstancias.

71. Quizá no ha habido cuestión más disputada en este procedimiento que el de la ocurrencia, significado y consecuencias de los supuestos 70 cambios al segundo acuerdo renegociado. Estos eventos tuvieron lugar en el período entre marzo y agosto de 1997 (véase Esc. Post-Aud. Dtes., págs. 67–70 y Resp. Post-Aud. Dtes., págs. 59–67; Resp. Post-Aud. Dda., Anexo I (cronología) y Anexo II (explicación de cambios)). En resumen, y con el debido reconocimiento que la complejidad fáctica de las diferencias impedimenta cualquier esfuerzo de simplificar el tema, el desacuerdo se refiere a si el Gobernador sometería a la Legislatura de Tucumán, y la Legislatura aprobaría, la legislación pertinente que incorporaba la versión del segundo acuerdo renegociado en el cual el Gobernador y las demandantes habían acordado inicialmente alrededor del 22 de abril de 1997. Además, las demandantes, habiéndose negado a firmar el Contrato de Concesión revisado con los cambios que se disputan a la versión del

22 de abril, pusieron fin al Contrato de Concesión al momento preciso (15 de agosto de 1997) en el que, según la demandada, la Legislatura de Tucumán y su comité autorizado estaban aparentemente preparados para aprobar el segundo acuerdo renegociado sin los 70 cambios.

72. Las demandantes argumentan que las modificaciones por el Gobernador provincial al texto del 22 de abril de la referida legislación “indicó el fin de cualquier base de confianza y persuadió a las demandantes que el gobierno provincial estaba determinado a destruir la concesión y que el gobierno federal carecía de la determinación de reparar el ilícito” (Resp. Post-Aud. Dtes., pág. 80). En estas acciones del Gobernador y de la Legislaturas se apoyan las demandantes para fundamentar su argumento de “tratos en mala fe” atribuibles a la República Argentina.

73. Es de la esencia recordar que esta controversia relativa al segundo acuerdo renegociado se relaciona enteramente a las *negociaciones* de Tucumán y las demandantes, y no a si acaso, o cómo, una o la otra estaba cumpliendo sus obligaciones jurídicas bajo el Contrato de Concesión. Está también fuera de discusión que la República Argentina, plenamente apoyada por las demandantes, buscó por varios medios que se lograra un acuerdo entre las partes, incluyendo la llamada misión Rottenberg y presión política respecto de ciertos partidos políticos claves en Tucumán. En estas circunstancias y en vista de la prueba presentada, el Tribunal no halla una base para determinar la responsabilidad de la República Argentina por las acciones de las autoridades de Tucumán que puedan ser atribuibles a la demandada. (Véase la Sección E.3, *infra*, respecto de las reclamaciones basadas en la falta de la República Argentina de reaccionar frente a los tratos en mala fe de las autoridades de Tucumán.)

74. En cuanto a las otras tres acciones de la República Argentina que las demandantes identifican como fundamento de sus alegaciones de mala fe, la primera se refiere a exámenes de agua. Según la República Argentina, las citaciones de ERSACT en contra de CGE se encontraban justificadas por los hechos y permitidas bajo la cláusula 14.8 del Contrato de Concesión. Específicamente, la demandada argumenta que esta disposición permitía a las autoridades de Tucumán efectuar una notificación de cumplimiento deficiente y tomar medidas de sanción si la deficiencia no se curaba. Además, la República Argentina sostiene que las multas por la falta de exámenes nunca se cobraron (Resp. Post-Aud. Dda., págs. 102–05). Por su parte, las demandantes postulan que las notificaciones de servicio deficiente no especificaron plazo alguno, que a diciembre de 1995 CGE había instalado el equipo necesario para los exámenes, que las faltas se derivaron del estado seriamente inadecuado de las instalaciones que CGE había recibido al momento de hacerse cargo del servicio, y que multas adicionales impuestas al confirmarse las primeras multas demuestran la motivación política de las medidas. Además, las demandantes sostienen que esa motivación política también fue indicada por declaraciones de funcionarios cuyos superiores estaban buscando presionar a CGE a que renegociara sus tarifas (Resp. Post-Aud. Dtes., págs. 90–92). Ya que ninguna de las multas jamás se hicieron cumplir en contra de las demandantes, el Tribunal no puede fundamentar una determinación de tratos en mala fe sobre esta supuesta acción, particularmente cuando la controversia relativa a su justificación parece depender en parte significativa de una interpretación del Contrato de Concesión que las partes al mismo acordaron sería decidida por los tribunales de Tucumán.

75. Las demandantes también afirman que hubo tratos en mala fe por las autoridades de Tucumán debido a su negativa de permitir a CGE incluir en sus facturas impuestos municipales y provinciales; y su uso del problema llamado “del agua negra” manganésica para efectos de relaciones públicas aunque CGE no era responsable de su ocurrencia y prontamente subsanó las circunstancias. En ambos casos, las partes difieren acerca del significado y aplicabilidad de las disposiciones pertinentes del Contrato de Concesión, como también acerca de los hechos subyacentes (véase, v.gr., Mem. Dtes., págs. 12 y 25 n.80; Dúp. Dda., pág. 91).

76. Por último, las demandantes alegan que CGE fue indebidamente requerida a continuar el suministro del servicio de aguas y cloacas a Tucumán por 18 meses bajo las disposiciones para la prolongación del servicio del Contrato de Concesión (Mem. Dtes., págs. 72 y 116–17). Según la demandada, los funcionarios de Tucumán estaban actuando apoyándose en la cláusula 15.11 del Contrato de Concesión (Resp. Post-Aud. Dda., págs. 106–10). Las demandantes responden diciendo que las acciones de Tucumán “efectivamente repudiaron la concesión y destruyeron su valor” y que, por lo tanto, la “Provincia no tenía la facultad ... ya sea en derecho o en equidad”, de invocar esta disposición del Contrato de Concesión (Resp. Post-Aud. Dtes., pág. 95). Además, CGE sostiene que durante este período de prolongación de 10 meses las autoridades provinciales se negaron a determinar las tarifas aplicables y continuaron a instar a los clientes a que no pagaran sus cuentas por los servicios (*Idem*, pág. 96).

E.2.5 La relación entre los supuestos actos de las autoridades de Tucumán y el cumplimiento bajo el Contrato de Concesión y sus consecuencias jurídicas

77. De lo que precede, se hace aparente que todas las acciones arriba mencionadas de la Provincia de Tucumán, sobre las cuales las demandantes se apoyan en su posición de atribuir responsabilidad a la República Argentina,

están estrechamente vinculadas al cumplimiento o incumplimiento de las partes bajo el Contrato de Concesión. El Tribunal concluye, por consiguiente, que todas las cuestiones que son relevantes al fundamento jurídico de estas reclamaciones en contra de la demandada surgieron de diferencias entre las demandantes y Tucumán respecto de su cumplimiento e incumplimiento bajo el Contrato de Concesión. Estas incluyeron las cuestiones resumidas en las secciones que preceden sobre la base de las respuestas de las demandantes al Tribunal, como también tales temas como lo razonable de las tarifas y la oportunidad de aumento de las tarifas que las demandantes argumentaron estaban autorizadas por el Contrato de Concesión, si la medición individual se exigía o permitía, si CGE estaba facultada para cobrar ciertos impuestos locales a sus clientes además de su tarifa por servicios, si le estaba permitido a CGE poner fin a los servicios a los usuarios que dejaban de pagar sus facturas por aguas y cloacas, si CGE dejó de presentar un plan de inversiones, de mantener un seguro adecuado, o de presentar oportunamente un plan de emergencia y, por último, si CGE debía continuar la operación del sistema por 10 meses después de haber puesto término al Contrato de Concesión.

78. El Tribunal se aboca, por lo tanto, a la relación entre los términos del Contrato de Concesión, y en particular la disposición sobre elección de foro de la cláusula 16.4, y la supuesta responsabilidad jurídica internacional de la República Argentina bajo el TBI con respecto a las acciones previamente descritas de funcionarios u organismos de Tucumán. A este respecto, el Tribunal dictamina que, debido a la conexión crucial en este caso entre los términos del Contrato de Concesión y estas supuestas violaciones del TBI, no se puede hallar responsable a la República Argentina al menos y hasta que las demandantes hayan, como lo requiere la cláusula 16.4 del Contrato de Concesión, hecho valer sus derechos en procedimientos ante los Tribunales en lo Contencioso Administrativo de Tucumán y se hayan visto denegados sus derechos, ya sea procesal o substantivamente²⁰. Alternativamente, como examina el Tribunal más adelante (párrafos 83 a 92, *infra*), se puede hallar responsable a la República Argentina si se muestra que dejó de honrar sus obligación de buscar de buena fe y con esfuerzos razonables la resolución de diferencias entre Tucumán y las demandantes.

79. Aquí queda claro que, dada la naturaleza de la controversia entre las demandantes y la Provincia de Tucumán, no le es posible a este Tribunal determinar cuáles acciones de la Provincia fueron tomadas en el ejercicio de su autoridad soberana y cuáles en el ejercicio de sus derechos como parte al Contrato de Concesión, considerando en particular que gran parte de la prueba presentada en este caso se ha referido a cuestiones detalladas de cumplimiento y de tarifas bajo el Contrato de Concesión. Para hacer tales determinaciones, el Tribunal tendría que emprender una interpretación y aplicación detallada del Contrato de Concesión, una tarea entregada por las partes de ese contrato a la jurisdicción exclusiva de los tribunales administrativos de Tucumán. Los Tribunales en lo Contencioso Administrativo de Tucumán estaban abiertos a las demandantes para que intentaran acciones contractuales en contra de la Provincia de Tucumán bajo el Contrato de Concesión. Las demandantes acordaron bajo la cláusula 16.4 intentar tales recursos en dichos tribunales y les confirieron jurisdicción exclusiva para controversias relativas a cuestiones que surgieran bajo el Contrato de Concesión. No existen alegaciones ante este Tribunal que los tribunales de Tucumán no se encontraban disponibles para conocer de dichas reclamaciones o que carecieran de independencia o equidad para su adjudicación.

80. Debido a que el Tribunal ha determinado que, sobre la base de los hechos que se han presentado, las demandantes debieron primero haber objetado las acciones de las autoridades de Tucumán ante sus tribunales administrativos, cualquiera reclamación en contra de la República Argentina puede surgir sólo si se les denegara a las demandantes acceso a los tribunales de Tucumán para intentar sus acciones bajo la cláusula 16.4 o si se tratara a las demandantes de manera injusta ante tales tribunales (denegación de justicia procesal) o si la sentencia de tales tribunales fuera materialmente injusta (denegación de justicia material) o se les denegara de otro modo los derechos garantizados a los inversores franceses bajo el TBI por la República Argentina. Sin embargo, ya que las demandantes dejaron de intentar acciones ante los tribunales administrativos de Tucumán y ya que no hay prueba ante este Tribunal que dichos tribunales les hubieran denegado a las demandantes justicia procesal o material, no hay base sobre este fundamento para hallar que existe responsabilidad de la República Argentina bajo el TBI.

81. El Tribunal hace hincapié en que esta decisión no impone un requisito de agotamiento de recursos bajo el TBI porque tal requisito sería incompatible con el artículo 8 del TBI y con el artículo 26 del Convenio del CIADI. En este caso, sin embargo, la obligación de recurrir a los tribunales locales se impone debido a los términos expresos de la cláusula 16.4 del contrato privado entre las demandantes y la Provincia de Tucumán y a la imposibilidad, sobre la base de los hechos del presente caso, de separar reclamaciones por eventuales incumplimientos de contrato de violaciones del TBI sin interpretar y aplicar el Contrato de Concesión, una tarea que el contrato asigna expresamente a los tribunales locales. Por esa razón el Tribunal rechaza la posición de las demandantes de que no tenían obligación de intentar recursos internos en contra de la Provincia o que, en el evento de una denegación de justicia de derechos bajo el TBI, cualquiera acción legal de ese tipo ante los tribunales de Tucumán hubiera

implicado la renuncia de su derecho de recurrir al arbitraje en contra de la República Argentina ante el CIADI bajo el TBI.

82. Por último, el Tribunal hace notar que, a pesar de la considerable importancia que las demandantes le atribuyeron durante este procedimiento al fracaso en la negociación del Contrato de Concesión revisado y, en particular, a los cambios hechos por el Gobernador y por la Legislatura de Tucumán al proyecto del 22 de abril, el Tribunal considera que estas circunstancias no equivalen a una violación por la República Argentina del TBI sobre la base de acciones de la Provincia. Específicamente, las demandantes no han argumentado jamás que la Provincia violó un deber jurídico de revisar el Contrato de Concesión. Además, como se hace notar más adelante al examinar las acciones de la República Argentina, hay prueba abundante en autos que los funcionarios federales de la República Argentina jugaron un papel constructivo en el proceso de renegociación que involucró a funcionarios de Tucumán y a representantes de CGE.

E.3 La falta de la República Argentina de responder a las acciones de los funcionarios de Tucumán

83. Le resta aún al Tribunal abocarse a las alegaciones de las demandantes que la República Argentina es responsable bajo el TBI por haber faltado en responder debidamente a las acciones de los funcionarios de la Provincia de Tucumán. A este respecto, y a pesar de los muchos años de aspereza en las relaciones entre Tucumán y las demandantes, el Tribunal hace notar que las demandantes produjeron tan sólo un documento, una carta de fecha 5 de marzo de 1996 (Dtes. Anx. #27), que servía de base para notificar a la República Argentina que, a falta de resolución de las controversias persistentes entre las demandantes y la Provincia, las demandantes iniciarían ante el CIADI recursos en contra de la República Argentina bajo el TBI. Esa carta consiste principalmente en un informe acerca de la situación de las renegociaciones entre las demandantes y Tucumán sobre reducción de tarifas y no le solicita a funcionarios argentinos que tomen alguna acción en particular en relación al Contrato de Concesión o las diferencias pendientes entre las demandantes y las autoridades de Tucumán.

84. Los autos no contienen prueba de que funcionarios argentinos hayan jamás dejado de tomar alguna acción específica que haya sido solicitada por las demandantes. Durante la audiencia, los testigos presentados por las demandantes, incluyendo el Sr. Charles-Louis de Maud'Huy, quien sirvió como miembro, vicepresidente y luego presidente del directorio de CAA (Trans. Jur./Fondo, pág. 244), y el Sr. García González, un industrial destacado de Tucumán y miembro del directorio de CAA, no fueron capaces de identificar, de modo específico, medida alguna que las demandantes le hubieran solicitado tomar a la República Argentina y que no se hubiera tomado. En efecto, el Sr. García González, al testificar acerca de una reunión crucial con un funcionario argentino, declaró "No, nosotros no le pedimos [que tomara] absolutamente ninguna medida específica ..." (Trans. Jur./Fondo, pág. 341). Más aún, las demandantes no presentaron, a modo de prueba, documento alguno en que hayan puesto a la demanda sobre aviso respecto de qué acción las autoridades gubernamentales argentinas habían tomado que constituía una violación del TBI o qué acción, si no se tomara por la República Argentina, habría constituido una violación del TBI.

85. En la audiencia, la demandada declaró que el artículo 5 del TBI podía entenderse como requiriendo que, para los efectos del presente arbitraje, la República Argentina tenía una obligación de "hacer todo dentro de su poder para evitar una expropiación ilegal por otras subdivisiones políticas" (Trans. Jur./Fondo, pág. 476). La demandada argumenta que esta obligación fue cumplida al proporcionarse un foro para la adjudicación de reclamaciones contractuales (Trans. Jur./Fondo, págs. 477–78). Las demandantes sostienen que la demandada tenía también una obligación de "tomar medidas razonables para solucionar el conflicto y proteger o subsanar el daño a las demandantes" (Resp. Post-Aud. Dtes., pág. 48).

86. Las demandantes argumentan que la República Argentina dejó de cumplir esta obligación de extender buenos oficios porque la República Argentina no "agotó los medios jurídicos y políticos a su disposición para proteger los derechos de las demandantes y ni siquiera intentó usarlos" (Resp. Post-Aud. Dtes., pág. 48). El Tribunal pasa en seguida a considerar cada uno de los fundamentos sobre los cuales las demandantes asumen esta posición.

87. Las demandantes argumentan que la República Argentina "omitió iniciar acciones legales en contra de Tucumán para obligar a Tucumán que cumpliera con el TBI", lo que debió haber hecho por medio de un proceso legal ante la Corte Suprema de Argentina para "declarar que los actos de una provincia ... no están en conformidad con leyes federales, tratados, o la propia Constitución" (Resp. Post-Aud. Dtes., págs. 48–49). Las partes difieren sobre si acaso la República Argentina podría haber iniciado una acción legal de ese tipo sin que exista, o bien una decisión judicial de un tribunal de Tucumán que forme la base del predicado, o bien una ley pública de Tucumán que se encuentre manifiestamente en conflicto con una ley federal argentina en un área de jurisdicción federal exclusiva (Rép. Dda., págs. 33 y 37–39). El Tribunal no necesita resolver este punto debatido de derecho argentino. Está claro que las demandantes nunca instaron que la República Argentina iniciara tales acciones legales a la época de la vigencia del

Contrato de Concesión. (Resp. Post-Aud. Dda., págs. 61–65: “El hecho es que las demandantes nunca le pidieron a la República que iniciara acciones legales en contra de Tucumán”.) Además, el fundamento de cualquiera acción legal de ese tipo dependería de si acaso Tucumán había, de hecho, dejado de cumplir sus obligaciones bajo el Contrato de Concesión o había tomado medidas claramente fuera del alcance del Contrato de Concesión. Bajo la cláusula 16.4 del Contrato de Concesión, las demandantes acordaron recurrir ante los tribunales de Tucumán de cualquiera supuesta violación de los términos de ese acuerdo. Sobre la base de los hechos que se han presentado, el Tribunal resuelve que no hubo una acción de la Provincia de Tucumán que, a falta de tal proceso judicial local, violó el TBI de manera tan evidente que hubiera requerido que el gobierno argentino iniciara un recurso legal en contra de la Provincia ante los tribunales argentinos, ni las demandantes especificaron jamás, en este sentido, acción alguna de ese tipo a la República Argentina.

88. Las demandantes argumentan que la República Argentina también dejó de “ejercer su influencia financiera respecto de la Provincia para persuadir a Tucumán que cumpliera con el TBI” (Resp. Post-Aud. Dtes., pág. 49). Sólo uno de los precedentes argentinos invocados para tal modo de proceder parece haber implicado la intromisión de la República Argentina en una diferencia acerca de un contrato privado y, en ese caso, parecía tratarse de una infracción clara de una obligación de privatizar (Trans. Jur./Fondo, págs. 822–24). Nuevamente, las partes disputan la disponibilidad de esta vía en este caso. Sin embargo, parecen estar de acuerdo en que las demandantes nunca instaron que se tomaran dichas medidas durante el período de vigencia del Contrato de Concesión (Dúp. Dda., pág. 36; Resp. Post-Aud. Dtes., pág. 49, declarando, sin citar solicitud alguna de las demandantes a la República Argentina, que el “Gobierno Federal se negó a ejercer su influencia financiera respecto de la Provincia para persuadir a Tucumán que cumpliera con el TBI” mediante la asignación de fondos adicionales para asistir a la Provincia o mediante la retención de fondos para presionar a la Provincia). Aún cuando el Tribunal estuviera preparado para adoptar la proposición que la República Argentina se encontraba jurídicamente obligada bajo el TBI de tomar tales medidas, y el Tribunal no resuelve este punto en este caso, ese deber no podía surgir en este caso a falta de un proceso ante los tribunales de Tucumán que demostrara o bien un claro incumplimiento de una obligación de Tucumán hacia el inversor, o bien un proceso ante dichos tribunales que de otro modo no se conformara con la norma internacional respecto de la justicia procesal o material.

89. Las demandantes también ven una base para la responsabilidad en la falta de la República Argentina de tomar medidas que muestren su “compromiso político necesario para resolver el problema” (Resp. Post-Aud. Dtes., pág. 50). Las demandantes reconocen que la República Argentina ofreció “asistencia técnica” y “hasta ayuda preparar un nuevo acuerdo” entre la Provincia y las demandantes. Sin embargo, argumentan que la demandada tenía el deber de resolver el problema político derivado del hecho que, a su juicio, la “Provincia simplemente no tenía interés en un nuevo acuerdo que le permitiría a CAA operar como una entidad comercial viable” (Idem). Esta posición fue enérgicamente cuestionada por la República Argentina, cuyos testigos rindieron prueba en apoyo de la conclusión de que el desapego de la Provincia hacia las demandantes podía razonablemente atribuirse a una falta de cumplimiento bajo el Contrato de Concesión. Sin resolver este punto contencioso, el Tribunal no encuentra base para dictaminar, sobre la base de los hechos que se han presentado, que existe un deber jurídico internacional bajo el TBI para la República Argentina de causar que Tucumán concluya un nuevo acuerdo. Tal proposición requeriría que el Tribunal adoptase las afirmaciones de las demandantes respecto de los propósitos y motivos de la Provincia que no se encuentran justificadas por la prueba presentada en este procedimiento. (Véase, *v.gr.*, Resp. Post-Aud. Dda., págs. 98–100, cuestionando la interpretación de las demandantes de las acciones de los funcionarios de Tucumán.)

90. Las demandantes también postulan que la República Argentina no cumplió su obligación de notificar a la Provincia de Tucumán que “sus acciones están causando el incumplimiento de las obligaciones de la República bajo el TBI” (Resp. Post-Aud. Dtes., pág. 51). Dado que la demandada niega que es responsable bajo el TBI, y la falta de las demandantes de especificar a la República Argentina cuáles acciones de la Provincia violaron el TBI, el Tribunal no encuentra fundamento para hallar responsable a la demandada sobre la base de la ausencia de dicha notificación a la Provincia.

91. Las demandantes también alegan que los “ataques en contra de CAA revelaron un ardid de funcionarios [de Tucumán] interconectados que conjuntamente lograron ahuyentar a CAA de la Provincia (Resp. Post-Aud. Dtes., página 86). Además, las demandantes argumentan que bajo el TBI, interpretado según el derecho internacional, la República Argentina es responsable por estas acciones de los funcionarios de Tucumán. El Tribunal les pidió específicamente a las partes que se explayaran acerca de si existía prueba en autos en cuanto a que las acciones de los legisladores de Tucumán que afectaron adversamente las operaciones de las demandantes (*v.gr.*, demostraciones e incitaciones al no pago de facturas) fueron dirigidas o coordinadas de hecho por el Gobernador de Tucumán o su gabinete. Las demandantes caracterizaron la coordinación entre las varias ramas políticas como “generalmente informales”, pero señalaron ejemplos específicos de acciones de funcionarios, del ejecutivo

y del legislativo, que se decían demostrar que “tanto individual como colectivamente, las autoridades públicas en Tucumán colaboraron para debilitar la concesión” (*Idem*, página 89). Estas acciones se referían a desacuerdos sobre las tarifas que se cobraban por CGE, imputaciones de una comisión investigadora de la Legislatura respecto del desempeño de los funcionarios gubernamentales que habían negociado el Contrato de Concesión y los anteriormente notados 70 cambios al segundo acuerdo renegociado. La demandada vigorosamente pone en causa esta interpretación de las acciones de los funcionarios ejecutivos y legislativos de Tucumán (Resp. Post-Aud. Dda., pág. 98). Además de señalar que los legisladores en cuyas acciones se apoyan las demandantes eran opositores del partido de gobierno en Tucumán a la época en que surgieron las diferencias bajo el Contrato de Concesión, la demandada presentó una refutación punto por punto de los demás elementos de prueba en los que se apoyan las demandantes para estas alegaciones. Luego de haber revisado cuidadosamente los escritos y el testimonio extensivos, el Tribunal resuelve que los autos en este procedimiento, en lo que se refiere a estas alegaciones, no establecen una base fáctica para atribuir responsabilidad a la República Argentina bajo el TBI por las supuestas acciones de los funcionarios de Tucumán.

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

F. Costas y honorarios

93. Ni el TBI ni las disposiciones del Convenio del CIADI contienen disposiciones que indiquen cómo este Tribunal ha de regular las costas y los honorarios incurridos por las partes. Tampoco el Contrato de Concesión contiene disposición alguna sobre esta materia.

94. Los tribunales del CIADI, y los tribunales arbitrales internacionales en general, no han seguido una práctica uniforme respecto a la condenación en costas y honorarios²¹. En una decisión reciente del CIADI, el tribunal decidió no seguir la práctica habitual de imponer a la parte no vencedora las costas del arbitraje y las costas razonables de representación de la parte vencedora. *Robert Azinian y otros c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso No. ARB(AF)/97/2 (1° de noviembre de 1999). En ese caso, que se inició bajo las disposiciones sobre inversión del Capítulo Once del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, el tribunal se apoyó en una serie de razones para no imponer a ninguna de las partes el pago de las costas y honorarios de la otra. Dichas razones incluyeron el “nuevo medio para la resolución de controversias internacionales de inversión” bajo el TLCAN y que las demandantes, que no vencieron en cuanto al fondo, habían “presentado su caso de forma eficiente y profesional”.

95. En este caso, las demandantes han vencido respecto de la cuestión jurisdiccional, mientras que la demandada ha vencido en cuanto al fondo. El presente caso presentó un conjunto de cuestiones nuevas y complejas, que no habían sido materia de precedentes internacionales arbitrales, respecto a la interacción entre un tratado bilateral de inversiones, un Contrato de Concesión con una cláusula de elección de foro y el Convenio del CIADI. Los consejeros de ambas partes han presentado sus argumentos, por escrito y oralmente, de una manera eficiente y profesional y han instruido al Tribunal extensamente acerca de estas cuestiones inéditas. Por último, las posiciones de ambas partes evolucionaron durante el curso del procedimiento a medida que sus respectivos argumentos y las preguntas del Tribunal las llevaron a clarificar sus posturas.

96. En estas circunstancias y en el ejercicio de su discreción luego de haber tomado en cuenta todos los factores pertinentes, el Tribunal decide que cada parte soportará sus propios gastos incurridos en el procedimiento, y que las dos partes soportarán por partes iguales los gastos y honorarios de los miembros del Tribunal y los derechos devengados por la utilización del Centro. Ya que cada una de las partes ha hecho pagos anticipados equivalentes al CIADI, el Tribunal no necesita imponer el pago de suma alguna por concepto de tales honorarios, gastos o derechos.

G. Laudo

El Tribunal por medio de este Laudo desestima las reclamaciones presentadas por las demandantes en contra de la República Argentina.

Juez Francisco Rezek

Presidente

Fecha:

Juez Thomas Buergenthal

Árbitro

Fecha:

Peter D. Trooboff

Árbitro

Fecha:

Apéndice 1 Textos de disposiciones de tratados y contractuales citadas

A. Acuerdo entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República Francesa para la Promoción y la Protección Recíproca de las Inversiones, del 3 de julio de 1991

Artículo 3

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

Artículo 5 (extracto)

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

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

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

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

Artículo 8

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

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

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

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

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

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

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

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

Artículo 10

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

B. Contrato de Concesión del servicio de agua u desagües cloacales en la Provincia de Tucumán, del 18 de mayo de 1995

Cláusula 16.4

A los efectos de la interpretación y aplicación de este Contrato las partes se someten a la jurisdicción exclusiva de los Tribunales en lo Contencioso Administrativo de la Provincia de Tucumán.

C. Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados

Artículo 25

(1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo publico 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 como “nacional de otro Estado Contratante”:

...

(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 este 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.

Apéndice 2 Abreviaciones

A. Las Partes y otros términos

TBI Argentina-Francia, Acuerdo entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República Francesa para la Promoción y la Protección Recíproca de las Inversiones, del 3 de julio de 1991

TBI, Acuerdo entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República Francesa para la Promoción y la Protección Recíproca de las Inversiones, del 3 de julio de 1991

Centro, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones

CGE, Compagnie Générale des Eaux y Compañía de Aguas del Aconquija, S.A.

Las demandantes, Compagnie Générale des Eaux y Compañía de Aguas del Aconquija, S.A.

ERSACT, Ente Regulador de los Servicios de Agua y Cloacas de Tucumán

CIADI, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones

Convenio del CIADI, Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados

Reglas de Arbitraje del CIADI, Reglas Procesales del CIADI Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje

Provincia, la Provincia de Tucumán

La demandada, la República Argentina

B. Escritos de las partes y transcripciones de audiencias

(1) Etapa jurisdiccional:

Obs. Jur. Dtes., Observaciones de las demandantes sobre jurisdicción (20 de abril de 1998)

Obs. Jur. Dda., Observaciones de la demandada conforme a la Regla de Arbitraje 41(3) sobre sus excepciones a la jurisdicción (20 de abril de 1998)

Rép. Jur. Dtes., Réplica de las demandantes a las observaciones de la demandada sobre jurisdicción (11 de mayo de 1998)

Rép. Jur. Dda., Observaciones adicionales de la demandada conforme a la Regla de Arbitraje 41(3) sobre sus excepciones a la jurisdicción (11 de mayo de 1998)

Trans. Jur., Transcripciones de argumentos orales relativos a la jurisdicción (2 de noviembre de 1998)

(2) Etapa sobre jurisdicción y el fondo:

Mem. Dtes., Memorial de las demandantes (2 de noviembre de 1998)

Mem. Dda., Memorial de la demandada (1° de febrero de 1999)

Rép. Dtes., Réplica de las demandantes (4 de marzo de 1999)

Dúp. Dda., Dúplica de la demandada (5 de abril de 1999)

Dtes. Anx. #__, Anexo Número __ de las demandantes

Dda. Anx. #__, Anexo Número __ de la demandada

Trans. Jur./Fondo, Transcripciones de la audiencia sobre jurisdicción y el fondo (11 a 13 de agosto de 1999)

(3) Escritos posteriores a la audiencia

Esc. Post-Aud. Dtes., Escrito post-audiencia de las demandantes (30 de septiembre de 1999)

Det. Prop. Dtes., Determinación de los hechos propuesta por las demandantes (30 de septiembre de 1999) (Anx. #1 al Esc. Post-Aud. Dtes.)

Resp. Post-Aud. Dtes., Respuestas de las demandantes a las preguntas del Tribunal posteriores a la audiencia (30 de septiembre de 1999) (Anx. #2 al Esc. Post-Aud. Dtes.)

Esc. Post-Aud. Dda., Escrito post-audiencia de la demandada (30 de septiembre de 1999)

Resp. Post-Aud. Dda., Respuestas de la demandada a las preguntas del Tribunal posteriores a la audiencia (30 de septiembre de 1999)

Rép. Post-Aud. Dtes., Réplica de las demandantes al escrito post-audiencia de la demandada (12 de octubre de 1999)

Rép. Post-Aud. Dda., Réplica de la demandada al escrito post-audiencia de las demandantes (12 de octubre de 1999)

Footnotes

¹ Firmado el 3 de julio de 1991, aprobado por la Ley argentina No. 24.100, Boletín Oficial, 14 de julio de 1992.

² Abierto a la firma el 18 de marzo de 1965, entró en vigor el 14 de octubre de 1966, *reproducido en* CIADI Documentos Básicos, Doc. CIADI/15 (disponible en <<http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc>>); entró en vigor para Argentina el 18 de noviembre de 1994; entró en vigor para Francia el 20 de septiembre de 1967.

³ Los textos de los artículos 3 y 5 se encuentran en el Apéndice 1 del presente Laudo.

⁴ El texto del artículo 8 se encuentra en el Apéndice 1 del presente Laudo.

⁵ El texto de la cláusula 16.4 del Contrato de Concesión se encuentra en el Apéndice 1 del presente Laudo.

⁶ Al momento del Contrato de Concesión, CGE tenía el 36 por ciento del capital accionario de CAA; una compañía española, Dragados y Construcciones Argentina, S.A. (Dycasa), y una compañía argentina, Benito Roggio e Hijos S.A. (Roggio), tenían cada una el 27 por ciento del capital accionario de CAA. En junio de 1996, CGE adquirió la propiedad de un total de 68.33% del total del capital accionario de CAA y adquirió la propiedad en beneficio de un 16.67% adicional del capital accionario de CAA. (Obs. Jur. Dtes., pág. 22–23). La demandada sostiene que CAA no debería de ser tratada como un inversor francés porque su adquisición tuvo lugar después de que las diferencias entre CGE y Tucumán surgieran (Mem. Dda., Apéndice B, nota relativa a la adquisición de CGE). CGE respondió que la fecha crítica para los efectos de determinar el control conforme al artículo 25(2)(b) y conforme a interpretaciones anteriores del Convenio del CIADI es la fecha del consentimiento al arbitraje y ésta es la fecha a finales de 1996 cuando CGE sometió su diferencia a arbitraje. Todas las partes están de acuerdo en que a finales de 1996 CGE adquirió las acciones de Dycasa (Rép. Dtes., págs. 90–91). Además, las demandantes sostienen que la compañía francesa CGE controlaba CAA desde el momento en que se hizo cargo de la concesión de aguas y cloacas de Tucumán conforme al Contrato de Concesión y mantiene que esto es suficiente para satisfacer la exigencia del artículo 25(2)(b). Con el objeto de resolver los puntos abordados en este Laudo, el Tribunal ha determinado que CGE controlaba a CAA y que CAA deberá ser considerada como un inversor francés desde la entrada en vigencia del Contrato de Concesión. Por lo tanto, el Laudo utiliza los términos “CGE” y “demandantes” cuando se refiere a CGE y CAA conjuntamente en su capacidad de operadores de la concesión de aguas y cloacas.

⁷ Texto original en español.

⁸ La carta del 5 de marzo de 1996 se refería también al tratado bilateral de inversiones entre España y la República de Argentina en virtud de la participación, como se hace notar más arriba, de una compañía española en el consorcio original encabezado por CGE.

⁹ El Convenio del CIADI entró en vigor para Francia durante 1967; la República Argentina se hizo Estado Contratante del Convenio del CIADI después de la firma del TBI, esto es, en noviembre de 1994.

¹⁰ Véase el Apéndice 1 para el texto completo de cada una de estas disposiciones.

¹¹ La demandada también afirma que las demandantes se han sometido a las jurisdicciones nacionales de Argentina conforme al artículo 8 del TBI al proseguir con los recursos administrativos ante las autoridades administrativas de Tucumán (véase, *por ejemplo*, Rép. Jur. Dda., pág. 7 (“Refirieron el asunto a los foros administrativos [esto es, a los organismos administrativos de Tucumán] especificados en el Contrato ... No pueden cambiar el curso

ahora ... están obligados [conforme al artículo 8 del TBI] ... las demandantes prometieron que recurrirían a los organismos y tribunales locales. Recurrieron a esos organismos locales.”) La República Argentina abandonó este argumento en etapas subsecuentes del procedimiento, presumiblemente porque el artículo 8 del TBI se refiere a “jurisdicciones nacionales”, lo que significa tribunales, incluyendo tribunales en lo contencioso administrativo del tipo mencionado en la cláusula 16.4, y no organismos administrativos. (Véase, Mem. Dda., págs. 126–127 (refiriéndose sólo a los tribunales de Tucumán) y Esc. Post-Aud. Dda., pág. 30) (Bajo el Contrato de Concesión “las partes se obligan a remitir toda diferencia relativa a la interpretación y aplicación del Contrato de Concesión a los *tribunales* administrativos locales en primera instancia.”) (énfasis añadido).

¹² Véase, por ejemplo, Luigi Condorelli, *L'imputation à l'état d'un fait internationalement illicite: solutions classiques et nouvelles tendances*, 189 Recueil des Cours 66 (1984) (“sont attribués à l'Etat, d'après le droit international, tous les comportements de tous ceux qui, dans l'ordre interne de l'Etat concerné, exercent effectivement les prérogatives de la puissance publique”); véase también Antonio Brotons et al., *Derecho Internacional* 418 (1997) y Manual Diez de Velasco Vallejo, *La Responsabilidad Internacional*, Instituciones de Derecho Internacional Público 688 (11^{va} ed. 1997) (tratando del consenso acerca de la responsabilidad bajo el derecho internacional del gobierno central por los actos de los estados en un estado federal).

¹³ Max Sørensen, *Manual of Public International Law* 557 (1968) (refiriéndose al “obvious principle” y “generally accepted principle of international law that a federal state is responsible for the conduct of its political sub-divisions and cannot evade that responsibility by alleging that its constitutional powers of control over them are insufficient for it to enforce compliance with international obligations.”). Véase también Nguyen Quoc dinh, *Droit International Public* 752 (eds. Daillier y Pellet, 6ta ed. 1999) (refiriéndose a la bien establecida jurisprudencia según la cual “[l]’Etat fédéral ne peut s’abriter derrière une constitution qui organise l’autonomie de ses éléments composants pour dégager sa responsabilité internationale.”).

¹⁴ Primer Informe sobre Responsabilidad de los Estados, 19, UNDOC A/CN.4/490/Add. 5 (1998).

¹⁵ Para declaraciones de delegaciones de países en desarrollo en la negociación del Convenio del CIADI señalando el papel significativo de sus organismos estatales y otras instituciones subfederales al concluir acuerdos de inversión y, por lo tanto, la importancia para estas instituciones de atraer inversión extranjera al expandir la jurisdicción del Centro para que conozca de diferencias que incluyan reclamaciones de un inversor extranjero en contra de agencias estatales y subdivisiones políticas, siempre que el gobierno de la Parte Contratante respectiva lo apruebe, véase, por ejemplo, *Il History ICSID Convention*, págs. 297 y 366; véase también Christoph Schreuer, “Commentary on the ICSID Convention”, 11 *ICSID Rev.* 318, 380 (Fall 1996) (explicando que la disposición “open[s] the possibility, in principle, that such entities may become parties in ICSID proceedings instead of or in addition to the host State itself”; y refiriéndose a la designación bajo la frase entre paréntesis del artículo 25(1) como relacionada a la “jurisdiction *ratione personae*” para dar a “the entities described *locus standi*, if the Convention's requirements have been met” y al artículo 25(3) como relacionado a “the modalities of consent.”).

¹⁶ El TBI se refiere también al Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, el que no incluye una disposición equivalente a los artículos 25(1) y (3). Puesto que las dos series de reglas de arbitraje son alternativas conforme al TBI, hay una fuerte inferencia de que ninguna limitación del tipo sostenida por la demandada se pretendía respecto a este tema para el arbitraje si se invoca la Convención del CIADI.

¹⁷ *Lanco International, Inc. c. República de Argentina* (Caso CIADI No. ARB/97/6) (Decisión Preliminar sobre Jurisdicción) (8 de Dic. de 1998).

¹⁸ *Idem*, párrs. 28–30. Es verdad que la cláusula de elección de foro en *Lanco* se acordó *antes* de la entrada en vigor del respectivo TBI Argentina-EE.UU que se refería al CIADI, mientras que la cláusula 16.4 del Contrato de Concesión de CGE con la Provincia de Tucumán se firmó tres años *después* de la entrada en vigor del TBI Argentina-Francia y después de que la República Argentina se hiciera parte del Convenio del CIADI. Es también verdad, que, a diferencia del Contrato de Concesión en este caso, la cláusula de elección de foro en el contrato de inversión de *Lanco* no utilizaba el término “exclusivo” refiriéndose a los tribunales internos de Argentina como lo hizo el Contrato de Concesión en el presente caso. Ninguna de estas diferencias alteran el punto clave de que para efectos de la jurisdicción *Lanco*, además de resolver la cuestión acerca de si existía un acuerdo preexistente, también sostiene la opción del inversor al arbitraje del CIADI a pesar de la presencia de una cláusula de elección de foro en el contrato en cuestión entre el inversor y el estado.

¹⁹ Véase también, Resp. Post-Aud. Dtes., págs. 1–3. El Tribunal no acepta la posición de la demandada de que los tribunales de Tucumán hubiesen tenido jurisdicción respecto a la reclamación en contra de la República Argentina basada en el TBI debido a “una alegación de violación del TBI por parte de Argentina depende de una resolución previa de que el Contrato de Concesión fue violado por Tucumán” y de que CGE no violó el Contrato (Resp. Post-Aud. Dda., pág. 4). Es claro que la República Argentina podría haber tenido una conducta u omitido actuar en violación a sus obligaciones conforme al TBI aún cuando Tucumán no hubiese violado el Contrato de Concesión. Además, el litigio que la demanda postula hipotéticamente no sería contra la República Argentina *ratione personae* porque, como las respuestas de ambas partes a las preguntas del Tribunal indicaron, los tribunales de Tucumán no tienen jurisdicción respecto a dicho litigio a falta de consentimiento de la demandada. El Tribunal tampoco está de acuerdo con la demandada respecto a que la elección de la ley de Tucumán por las partes en el Contrato de Concesión “conlleva una presunción” en contra de la jurisdicción del CIADI y a favor de los tribunales de Tucumán (Mem. Dda., pág. 127). Ese argumento no es adecuado toda vez que las partes del Contrato de Concesión y sus gobiernos concluyeron acuerdos abordando expresamente la jurisdicción de los tribunales de Tucumán y del CIADI.

²⁰ El Tribunal no acepta el argumento de las demandantes de que la cláusula 16.4 del Contrato de Concesión no tiene efecto alguno en este asunto debido a que el artículo 10 del TBI, que se refiere a los derechos bajo un acuerdo especial entre la Parte Contratante y un inversor, “sustituye la cláusula de elección del foro del Contrato de Concesión” (Mem. Dtes., pág. 86.). El artículo 10 protege derechos otorgados a un inversor bajo un acuerdo especial si dichos derechos son más favorables al inversor que aquéllos otorgados bajo el TBI. La pregunta aquí no es si uno u otro es más favorable, pero si el Tribunal está en posición, conforme a los hechos en este caso, de separar cuestiones de la violación del contrato de las violaciones del TBI, considerando que las partes en el Contrato de Concesión acordaron un recurso exclusivo ante los tribunales de Tucumán para la determinación de una diferencia sobre las cuestiones contractuales en dispute que no están regidas por el TBI.

²¹ Para un reciente y amplio estudio de la práctica del CIADI y otros tribunales internacionales de arbitraje, véase J. Gotanda, *Awarding Costs and Attorney's Fees in International Commercial Arbitrations*, 21 Mich. J. Int'l L. 1, 25 (1999) (tratando de la variada práctica de los tribunales del CIADI en varios casos y se concluye que “there is no consensus on the amount of costs and fees that should be paid to the prevailing party”); véase también A. Redfern & M. Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration* 407 (2da ed. 1991) (“It is impossible to identify any general practice as to the treatment of costs in international commercial arbitrations.”).