

INTERNACIONAL

IMPLICACIONES DE LA DECISIÓN DEL COMITÉ DE ANULACIÓN EN EL ASUNTO *AZURIX CORP. C. ARGENTINA* PARA LA PROTECCIÓN DE LOS INVERSORES EXTRANJEROS CON PARTICIPACIONES EN EMPRESAS LOCALES

Implicaciones de la decisión del Comité de Anulación en el asunto *Azurix Corp. c. Argentina* para la protección de los inversores extranjeros con participaciones en empresas locales

A finales del pasado año, el Comité de Anulación nombrado en el asunto CIADI Azurix Corp. c. Argentina emitió un laudo en el que se pronunciaba sobre la legitimidad del inversor demandante para interponer una reclamación internacional frente al Estado demandado por actos que afectaban a su filial argentina. La decisión del Comité consolida la tendencia de los tribunales arbitrales a proteger intereses de inversores en sociedades locales que, sin ser estrictamente derechos, son vitales para sus inversiones.

Implications of the Annulment Committee's decision in *Azurix Corp. v. Argentina* for the protection of foreign investors with stakes in local companies

Last year, the Annulment Committee in the ICSID case Azurix Corp. c. Argentina rendered an award deciding on the claimant's standing to bring an international claim against an Estate based on acts affecting its Argentinean subsidiary. The decision of the Committee reinforces a tendency of arbitral tribunals to protect investor's interests in local businesses which not being strictly rights are nevertheless vital for their investments.

Antecedentes

El 1 de septiembre de 2009, el Comité de Anulación *ad hoc* formado por los árbitros Gavan Griffith, Bola Ajibola y Michael Hwang rechazó por unanimidad la solicitud de anulación de la República Argentina contra el laudo del Tribunal Arbitral nombrado en el caso *Azurix Corp. c. la República Argentina* (caso CIADI n.º ARB/01/12). En su laudo, el Tribunal Arbitral condenaba al Estado argentino a pagar a la sociedad demandante una indemnización de 165.240.753 dólares americanos por la violación de las disposiciones del Tratado entre la República Argentina y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones de 14 de noviembre de 1991 (el Tratado).

El origen de la disputa entre Azurix Corporation (Azurix) y el Gobierno argentino se remonta al año 1996, fecha en la que la provincia de Buenos Aires (la Provincia) decidió privatizar la Administración General de Obras Sanitarias (AGOSBA), el ente público encargado de la prestación de servicios de agua potable y alcantarillado en la Provincia. Para regular su privatización, el Gobierno provincial aprobó la Ley 11820. La Ley disponía que el servicio que venía proporcionando AGOSBA pasara, en virtud de un contrato de concesión, a ser prestado por una sociedad privada argentina constituida a tal efecto.

La concesión fue sometida a concurso público internacional y fue finalmente atribuida a dos sociedades del Grupo Azurix. Tras la celebración

del concurso, y de acuerdo con la Ley 11820, las sociedades vencedoras constituyeron la sociedad argentina Azurix Buenos Aires S.A. (ABA) para actuar como titular de la concesión. Poco después, el Gobierno provincial y ABA firmaron un contrato de concesión con una duración de 30 años.

Una vez que empezó a operar, ABA entró en una serie de disputas con las autoridades locales que derivaron en la terminación del contrato de concesión por ABA y posteriormente por el Gobierno provincial, tras rechazar éste la terminación de ABA. A raíz de estos hechos, Azurix interpuso una demanda contra la República Argentina al amparo del Tratado entre Estados Unidos y Argentina. Azurix reclamaba una indemnización por daños a su inversión, alegando que el trato dispensado por las autoridades provinciales a ABA implicaba una vulneración de las obligaciones de Argentina con arreglo al Tratado.

El Tribunal Arbitral nombrado para dirimir la diferencia emitió un primer laudo en el que declaraba tener jurisdicción para entrar a conocer del fondo de la disputa. Posteriormente, emitió un segundo laudo en el que condenaba a Argentina a pagar una indemnización a Azurix por la violación de su obligación de tratamiento justo y equitativo.

El procedimiento de anulación

El 13 de noviembre de 2006, la República Argentina presentó ante el CIADI una solicitud de anula-

ción del laudo condenatorio al amparo de las causas de anulación previstas en los apartados (a), (b), (d) y (e) del artículo 52(1) del Convenio CIADI (el Convenio).

El artículo 52 del Convenio establece que las partes en un arbitraje administrado por el Centro podrán solicitar la anulación del laudo arbitral con base en los siguientes motivos tasados: (a) que el Tribunal se constituya incorrectamente; (b) que el Tribunal se extralimite manifiestamente en sus facultades; (c) por corrupción de algún miembro del Tribunal; (d) por un quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; y (e) que no se expresen en el laudo los motivos en que se funda.

Argentina recurrió a todos los motivos de anulación previstos por el artículo 52(1) del Convenio, salvo el motivo del apartado (c). El Comité de Anulación rechazó, no obstante, todos los motivos de anulación planteados por Argentina.

Decisión del Comité de Anulación sobre reclamaciones derivadas

El pronunciamiento del Comité de Anulación en relación con el motivo de anulación del apartado (b) del artículo 52 del Convenio (extralimitación manifiesta del Tribunal en sus facultades) resulta relevante para aquellos inversores extranjeros que hayan invertido en sociedades locales mediante la adquisición de acciones.

Durante el procedimiento, Argentina alegó que el Tribunal Arbitral erró al declarar su jurisdicción, extralimitándose manifiestamente en sus facultades. Según Argentina, Azurix basó su reclamación en la violación de derechos derivados del contrato de concesión pertenecientes a la sociedad local, ABA, y en un daño que sólo fue indirecto, en tanto mero accionista de ABA. Por consiguiente, el Tribunal no tuvo jurisdicción para resolver la disputa porque Azurix carecía de *ius standi* para interponer la reclamación.

El Comité de Anulación desestimó el motivo de anulación planteado por Argentina, rechazando sus argumentos sobre reclamaciones derivadas. Al hacerlo, el Comité de Anulación optó por seguir el camino abierto por otros tribunales arbitrales, que habían reconocido el derecho de inversores con participaciones en Argentina a demandar al Estado bajo tratados de inversión por actos que afectaban a las sociedades participadas.

El argumento de la representación de Argentina seguía el siguiente esquema: la reclamación de Azurix bajo el Tratado estaba fundada realmente en la violación del contrato de concesión entre ABA y el Gobierno de la Provincia. Aunque Azurix tenía derecho a reclamar por la violación del Tratado en cuanto inversor protegido, su reclamación debía fundarse en derechos de su titularidad y no en derechos pertenecientes a una sociedad distinta como ABA (i.e., los derechos derivados del contrato de concesión). Un principio esencial del Derecho de sociedades es que un accionista no puede reclamar por daños indirectos sufridos a consecuencia de la violación de los derechos de la sociedad en la que ha invertido, pues es a la sociedad y no al accionista a la que corresponde ejercer la protección de unos derechos y un patrimonio que le son propios.

Los abogados de Argentina se apoyaron en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia en el asunto *Barcelona Traction* para defender la aplicación de este principio en el plano internacional. En *Barcelona Traction*, la Corte decidió que Bélgica carecía de *ius standi* para ejercer frente a España la protección diplomática de los accionistas belgas de una sociedad canadiense, cuyos activos habían sido expropiados por las autoridades españolas. La Corte declaró aplicable en el plano internacional el principio general de Derecho societario en virtud del cual el accionista no puede demandar por daños causados a la sociedad derivados de actos que no afecten a derechos que le sean propios. La Corte señaló que «cuando los intereses de los accionistas resultan perjudicados por daños causados a la sociedad, es a esta última a la que tienen que recurrir para que incoe las acciones apropiadas; pues, si bien dos entidades independientes pueden haber sido perjudicadas por el mismo daño, sólo los derechos de una entidad han sido infringidos».

El Comité de Anulación inició el análisis de la cuestión señalando que Azurix no pretendía interponer una reclamación en nombre de ABA o en virtud de la violación de derechos contractuales de ABA. Azurix reclamaba por la violación del Tratado en relación con lo que entendía que era su inversión. Por consiguiente, la cuestión no era si Azurix tenía *ius standi* para interponer una reclamación en nombre de ABA o fundada en los derechos de esta sociedad, sino si Azurix tenía *ius standi* para interponer una reclamación por violación del Tratado en relación a su inversión, y si efectivamente Argentina había violado el Tratado.

El Comité de Anulación decidió que la resolución de estas cuestiones debía hacerse a la luz de las disposiciones del Tratado y del Convenio CIADI, pues es el Tratado el instrumento llamado a determinar el tipo de intereses a los que extiende su protección, y son el Tratado y el Convenio CIADI los que determinan qué personas pueden interponer una reclamación ante un Tribunal Arbitral cuando el Estado obligado viola sus disposiciones.

El Comité de Anulación descartó la aplicación del asunto *Barcelona Traction* en arbitrajes celebrados al amparo de tratados de inversión por pertenecer al ámbito de la protección diplomática. Además, el Comité hizo referencia a un pasaje de la sentencia en el que la propia Corte reconoció que la aplicación del principio que establece que una persona no tiene un derecho a accionar por daños sufridos por la sociedad en la que posee acciones era aplicable *en ausencia* de un tratado internacional entre las partes. La Corte reconocía, por tanto, la posibilidad de establecer excepciones a este principio general.

En vista de ello, el Comité de Anulación mantuvo que un tratado de inversión puede establecer excepciones al Derecho internacional consuetudinario, a excepción de las normas de *ius cogens*. Es más, el Comité sostuvo que el efecto precisamente buscado por este tipo de tratados era ampliar la protección a los inversores que proporciona el Derecho internacional consuetudinario.

Por consiguiente, para determinar si el Tribunal Arbitral erró o no al declarar su jurisdicción, el Comité de Anulación partió de la premisa de que sólo al Tratado corresponde definir qué derechos e intereses disfrutaban de su protección y quién está legitimado para acudir al arbitraje por la violación de sus disposiciones. El Comité estableció, como primer paso, que era indudable que Azurix era un inversor conforme al Tratado, en cuanto que sociedad americana, por lo que estuvo legitimado para plantear la demanda arbitral. Acto seguido, el Comité analizó el concepto de inversión incluido en el Tratado para averiguar, como segundo paso, si los derechos e intereses alegados por Azurix como inversión se encontraban incluidos en el concepto de inversión del Tratado.

El Comité de Anulación observó que, de acuerdo con su artículo I(1)(a), las inversiones protegidas incluyen «acciones [...] en sociedades» y las «sociedades en sí mismas», «otros intereses en sociedades» e incluso «intereses en sus activos». El Comité de Anulación llegó a la conclusión de que, en una interpretación literal del Tratado, ABA constituía una inver-

sión de Azurix por estar controlada por ésta última. El Comité añadió que, aunque algunos activos, conforme a Derecho argentino, eran propiedad exclusiva de ABA, en virtud del control de Azurix sobre ABA ésta tenía «intereses en sus activos». Por consiguiente, en contra de lo que sostenía Argentina, el Tratado no se limitaba a proteger los derechos de Azurix asociados a sus acciones en ABA (derecho a cobrar dividendos, derecho a votar en las juntas generales, derecho de información, etc.). El Tratado iba más allá y protegía intereses económicos de Azurix mucho más amplios, vinculados a derechos que, según la legislación argentina, pertenecían a ABA.

Por consiguiente, el Comité concluyó que si ABA y los intereses de Azurix en sus activos constituían la inversión de Azurix, cualquier conducta de Argentina contraria al tratado que hubiese dañado estos intereses sería un atentado contra la inversión de Azurix susceptible de fundar una demanda ante el CIADI.

El Comité argumentó que un inversor puede tener intereses comerciales o financieros en una inversión «independiente del hecho de que el propietario legal genuino de los activos o de los derechos contractuales que constituyen la inversión sea una subsidiaria que le pertenece en todo o en parte al inversor, o de que el propietario legal genuino sea un tercero»; y añadió que no encontraba «ninguna razón de principio por la que un tratado sobre protección de inversiones no pueda proteger el interés de un inversor extranjero y permitirle al inversor extranjero que inicie un proceso arbitral con respecto a las supuestas violaciones al tratado relacionadas con tal interés. Un tratado sobre protección de inversiones con este efecto no altera la naturaleza legal del interés del inversor ni del propietario legal de la inversión, ni ignora las personalidades jurídicas independientes y los derechos y obligaciones independientes del accionista y de la sociedad. En cambio, simplemente garantiza que sea cual sea el interés, legal o no, del inversor, este gozará de cierta protección».

El Comité de Anulación concluyó, por tanto, que el Tribunal Arbitral no se excedió manifiestamente en sus facultades al establecer que Azurix tenía *ius standi* para interponer su reclamación.

Implicaciones para los inversores accionistas

La decisión del Comité de Anulación tiene una especial relevancia para aquellos inversores extranjeros que hayan invertido en países a través de participaciones en sociedades locales y que se encuentren protegidos por un tratado de inversión. Esta

modalidad de inversión es muy común en sectores privatizados a través de la licitación internacional de concesiones otorgadas a antiguas empresas públicas o en la ejecución de grandes proyectos de construcción, en los que la Administración que somete el proyecto a concurso exige al consorcio ganador constituir una sociedad local encargada de su ejecución. La decisión resulta favorable a la protección de los derechos que adquiere el inversor conforme al Derecho local pero también, sin ser estrictamente un derecho, del interés económico que subyace a la inversión.

Aunque en materia de arbitraje los laudos no constituyen precedentes que vinculan a otros tribunales arbitrales, la decisión del Comité de Anulación supone un respaldo para los tribunales arbitrales que han afirmado su jurisdicción para dirimir las disputas de inversores extranjeros contra Argentina, nacidas de las medidas que adoptó su Gobierno para combatir la crisis económica de principios de la pasada década. Estos laudos reconocieron el

derecho de los accionistas minoritarios protegidos por un tratado de inversión a reclamar por los daños derivados de la «pesificación» por el Gobierno argentino de las tarifas que cobraban las sociedades en las que habían invertido.

La decisión del Comité de Anulación confirma igualmente la tendencia general de los tribunales arbitrales a adoptar un concepto de inversión amplio que proteja de forma efectiva el interés económico real de la inversión. De acuerdo con esta concepción amplia, la inversión protegida incluye no sólo los derechos adquiridos por el inversor en virtud de su inversión (i.e., derechos asociados a acciones o a un contrato de concesión), sino también los intereses económicos ligados a derechos que sin ser de titularidad del inversor resultan esenciales para su viabilidad económica (i.e., los flujos de caja o el contrato de concesión de la sociedad participada por el inversor).

ANTONIO DELGADO CAMPRUBI*

* Abogado del Departamento de Derecho Público y Procesal de Uría Menéndez (Madrid).