

SINTESIS

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)
Washington, D.C., EE.UU., 29 de junio de 2010
Decisión sobre la Solicitud de Anulación del Laudo presentada por la República Argentina
Sempra Energy International (Demandante) c. República Argentina (Demandada/Solicitante) (Caso CIADI No. ARB/02/16)

Los arbitrajes de inversión bajo el régimen del CIADI (o cualquier otro tipo de arbitraje, ya sea institucional o ad hoc) están sujetos a que las Partes presten su consentimiento. El consentimiento del Estado respecto del arbitraje de diferencias relativas a inversiones surge, en numerosos casos, de un tratado, mientras que el consentimiento del inversor normalmente se plasma en su solicitud de arbitraje. El alcance, la medida y las condiciones aplicables al medio procesal de recurso y las protecciones sustantivas ofrecidas a los inversores se estipulan exclusivamente en el tratado. ()*

Cuando el tratado permite o exonera una conducta adversa al inversor en circunstancias específicas que él mismo establece, se desprende que los términos del tratado mismo excluyen la protección al inversor que de otra manera habría sido proporcionada por el mismo tratado. ()*

El Artículo XI (del Tratado Bilateral de Inversión entre Argentina y Estados Unidos), [N de la R] no especifica quién juzga si las medidas adoptadas son “necesarias” para uno o más de los objetivos establecidos; en otras palabras, si el Estado Parte que implementa las medidas es el juez de su propia necesidad, en cuyo caso se dice que la disposición es de carácter “auto-juzgable”. ()*

El Comité determina que el razonamiento del Tribunal no distingue claramente entre la cuestión del carácter auto-juzgable o no del Artículo XI y la cuestión anterior acerca de su alcance y aplicación. ()*

En opinión del Comité, el razonamiento de estos pasajes fuerza la conclusión de que el Tribunal no estimó que tuviera la obligación – o siquiera el derecho – de considerar la aplicabilidad del Artículo XI porque esta disposición no establece los elementos legales necesarios para invocar legítimamente un estado de necesidad y porque el Tribunal determinó que la crisis económica argentina no cumplió los requisitos del derecho internacional estipulados en el Artículo 25 de los Artículos de la CDI. ()*

Es cierto que el TBI no establece quién debe determinar si las medidas en cuestión son o fueron “necesarias” a los efectos invocados; en otras palabras, si el Artículo XI tiene o no de carácter auto-juzgable. Pero si se considera que las medidas en cuestión son “necesarias”, entonces no hay incumplimiento de obligación alguna del Tratado. No cabe sostener, entonces, que “el control judicial debe [determinar] si acaso se ha cumplido con los requisitos establecidos en el derecho consuetudinario o el Tratado, y si acaso cabe, por consiguiente, excluir la ilicitud”. ()*

El Comité, por tanto, arriba a la conclusión de que el Tribunal no ha efectuado su examen sobre la base de que la norma legal aplicable se encuentra en el Artículo XI del TBI, y que esta no aplicación constituye una exlimitación de facultades dentro del significado del Convenio del CIADI. ()*

(*) Transcripción de los principales puntos de la resolución del 29 de junio de 2010 del Comité *ad hoc* del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) en el procedimiento de anulación del laudo arbitral dictado en el caso *Sempra Energy International (Demandante) c. República Argentina (Demandada/Solicitante)* (Caso CIADI No. ARB/02/16) La decisión completa y el laudo precedente anulado, en sendos textos oficiales en español, están disponibles en <http://icsid.worldbank.org/ICSID>.

[Nota a fallo]

EL ERROR DE DERECHO COMO EXCESO DE JURISDICCION Por Carlos I. Guaia

Breve nota introductoria

Por medio de la ley 24124 del 26 de agosto de 1992, el Congreso Nacional aprobó el Tratado entre la República Argentina y los Estados Unidos de América sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (TBI), suscripto el 14 de noviembre de 1991.

Cabe anotar aquí que la República Argentina suscribió numerosos TBI, que fueron sometidos a la aprobación legislativa. En esta colaboración, sólo me refiero al tratado con los Estados Unidos de Norteamérica.

El Tratado considera inversiones sujetas a protección, a los efectos que interesan para artículo, *a las sociedades, acciones, participaciones u otros intereses en sociedades o intereses en sus activos.*

A su vez, los sujetos protegidos son los nacionales, personas físicas o jurídicas, de los Estados Unidos de Norteamérica, que sean propietarios o que tengan interés en la sociedad.

En esta tesitura, el artículo II del TBI considera inversión *a todo tipo de inversión, tales como el capital social, las deudas y los contratos de servicio y de inversión, que se haga en el territorio de una Parte y que directa o indirectamente sea propiedad o esté controlada por nacionales o sociedades de la otra Parte* (.)¹

Estos tratados bilaterales confieren entonces una protección genérica a la inversión extranjera con respecto a actos generales o particulares del estado receptor del

¹ Artículo II *sub1(a)*

capital que impliquen formas de desapoderamiento o deterioro del valor² y no atienden a las controversias que pudieran suscitarse por incumplimiento del contrato de concesión o licencia, los cuales, en tanto contratos administrativos, son regidos en cuanto a su validez, cumplimiento y sucedáneos por las leyes administrativas y civiles del país correspondiente y las controversias juzgadas por sus tribunales o por las leyes o tribunales expresamente aplicables en cada contrato por convención de sus partes.

Por ley 24353 del 28 de julio de 1994, el Congreso argentino aprobó el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, adoptado en Washington (Estados Unidos de América) el 18 de marzo de 1965. (Tratado de Washington)

En cuanto al tema que me ocupa, este convenio determina la creación del CIADI y su procedimiento conciliatorio y arbitral.

El objeto del centro es *facilitar la sumisión de las diferencias relativas a inversiones entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes a un procedimiento de conciliación y arbitraje de acuerdo con las disposiciones de este Convenio.*³

El Tratado de Washington no implica necesariamente el sometimiento de toda controversia con nacionales de otro estado contratante al CIADI, sino que cada estado que introduzca la cláusula arbitral del tratado considerará el consentimiento de la otra parte a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Es decir que la jurisdicción del CIADI es mandatoria y definitiva para el estado que la consiente de antemano.

En la especie, al suscribir el TBI, la República Argentina consintió expresamente la jurisdicción del CIADI en las controversias con nacionales de los Estados Unidos relativas a inversiones, circunstancia que determina *ipso iure* la competencia del Centro, que según el procedimiento del Tratado, resuelve a través del tribunal constituido, sobre su propia competencia.⁴

El establecimiento de esta controversia ante el CIADI requiere el cumplimiento de ciertos recaudos fijados en el TBI y en el Tratado.

Conforme el artículo VII sub 2 del TBI, *en caso de surgir una controversia, las partes en la controversia procurarán primero solucionarla mediante consultas y negociaciones. Si la controversia no pudiera ser solucionada en forma amigable, la sociedad o el nacional involucrados podrán elegir someter la controversia para su solución a los tribunales locales o a un sistema de arbitraje previamente o específicamente acordado.*

² Art.IV sub 1 del TBI: *Las inversiones no se expropiarán o nacionalizarán directamente, ni indirectamente mediante la aplicación de medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización ("expropiación"), salvo por razones de utilidad pública, de manera no discriminatoria y mediante pago de una compensación pronta, adecuada y efectiva, y de conformidad con el debido procedimiento legal y los principios generales de trato dispuestos en el párrafo 2 del Artículo II.*

³ Art. 1(2) del Tratado de Washington

⁴ Art. 41(1) id.

En el caso del TBI, como la República Argentina consintió la jurisdicción del CIADI en ese mismo artículo, está obligada a someterse a ella una vez que su contraparte también se someta. Si bien aquélla también acepta de antemano un arbitraje bajo las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional (C.N.U.D.M.I.)⁵, intentar la constitución de un tribunal arbitral no institucional conllevaría un largo y complicado proceso que incluiría demandar localmente al Estado argentino para que se conforme un tribunal arbitral y se someta a él.

El arbitraje tramita, como regla general, en la sede del CIADI en Washington DC, Estados Unidos. Las partes pueden no obstante acordar un lugar distinto, como la sede de la Corte Permanente de Arbitraje en La Haya, Holanda u otro lugar que debe ser aprobado por el Secretario General del CIADI y por el Tribunal constituido⁶.

Las partes están facultadas para designar libremente a los árbitros⁷. Si éstas o alguna de ellas no lo hacen o el tribunal no se constituye, los nombramientos serán hechos por el presidente del CIADI, quien a falta de acuerdo en contrario, designará tres árbitros de una lista renovada y publicada periódicamente.

Con respecto al derecho aplicable al fondo de la controversia, a falta de una disposición específica -el TBI nada dice sobre esto- rige el derecho sustantivo, incluyendo las normas de derecho internacional privado del Estado que sea parte en el pleito, en este caso la República Argentina y aquellas de derecho internacional que pudieren ser aplicables⁸.

Una vez pronunciado el laudo, éste será definitivo y obligatorio para las partes, salvo que una de ellas o ambas insten su aclaración, revisión o anulación. En los dos primeros supuestos⁹ se expide el mismo Tribunal Arbitral. Si se demanda la anulación¹⁰ como en el caso en comentario, se forma una Comisión *ad hoc*¹¹ que se expide sobre el planteo y eventualmente anula totalmente o parcialmente el laudo, caso en el cual cualquiera de la partes puede reinstalar la controversia en un nuevo Tribunal del CIADI.

⁵ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (UNCITRAL, en el texto en inglés). El Reglamento de Arbitraje fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de diciembre de 1976.

⁶ El artículo VII sub 5 del TBI agrega que el lugar del arbitraje convenido por las partes debe recaer en un país firmante de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras adoptada en Nueva York el 10 de junio de 1958 ("Convención de Nueva York").

⁷ Si el árbitro es único, debe ser de nacionalidad distinta de la de las partes de la contienda. Si el panel está compuesto por tres árbitros, dos de éstos deben tener nacionalidad distinta de las de los litigantes. En ambos casos, salvo acuerdo de partes. Los árbitros son recusables por las causas detalladas en el artículo 14, en trámite que resuelve el mismo Tribunal o el presidente del CIADI en caso de empate.

⁸ Artículo 42 del Tratado de Washington

⁹ La revisión está limitada al descubrimiento de algún hecho que de haber sido conocido por el Tribunal y por la parte interesada en la revisión, habría podido influir decisivamente en el laudo (Artículo 51, *ibid*)

¹⁰ La anulación procede en los siguientes supuestos: a) incorrecta constitución del Tribunal; b) extralimitación del Tribunal; c) corrupción de algún miembro del tribunal; d) quebrantamiento grave del procedimiento y e) falta de motivación del laudo. (Artículo 52 *ibid*)

¹¹ Los integrantes del Comité *Ad Hoc* son designados por el presidente del Consejo de Administración del CIADI (*ex-officio* el presidente del Banco Mundial), desinsaculándolos de la lista de árbitros de la Sección IV del Tratado de Washington.

El reciente fallo anulatorio que abordó en este artículo fue pronunciado por una comisión o comité *ad hoc* a instancias de la República Argentina.

El caso Sempra v. República Argentina

1.- El laudo arbitral del CIADI

En 1992 Sempra Energy International, una sociedad constituida en los Estados Unidos de Norteamérica, invirtió capital en dos empresas concesionarias del Estado Nacional Argentino en el servicio de distribución de gas.

Cuando en diciembre de 2001 se desató la crisis financiera en la República Argentina, el gobierno nacional adoptó un conjunto de medidas amparadas en la ley de emergencia 25.561 que, entre otras disposiciones, derogó la convertibilidad establecida en la ley 23.928 y modificó sustancialmente el régimen tarifario de los servicios públicos, en particular mediante la “pesificación” de tarifas.

En septiembre de 2002, Sempra inició un proceso arbitral contra la República Argentina alegando la violación del TBI y que mediante la legislación de emergencia se había expropiado tanto directamente como indirectamente su inversión en contravención de la protección otorgada por el Artículo IV del TBI.

Sempra sostuvo que los efectos de las medidas adoptadas por el Gobierno redujeron considerablemente los ingresos de las concesionarias, retuvieron subsidios adeudados, restringieron el despido de empleados hecho para controlar los costos, violaron en forma permanente derechos legales adquiridos, exigieron la prestación continuada de los servicios independientemente de los cambios unilaterales introducidos en el régimen, sometieron a las concesionarias a un proceso de renegociación bajo coacción y las excluyeron de los ajustes tarifarios.

Las obligaciones específicas asumidas de no congelar las tarifas o sujetarlas a controles de precios, de compensar cualquier diferencia resultante si se adoptaran efectivamente dichas medidas y de no modificar la Licencia sin el consentimiento de la licenciataria, son algunas de las obligaciones que típicamente entran dentro del ámbito de protección de la *cláusula paraguas*¹² del TBI.

La República Argentina desarrolló un conjunto de defensas formales y sustanciales. En cuanto atañe a este comentario, nuestro país alegó que las regulaciones de emergencia resultaron imprescindibles ante la gravísima situación del contexto económico del país y fueron dictadas bajo un estado de necesidad verificable tanto en los términos del artículo XI del TBI como en los reconocidos por la costumbre internacional.

El Tribunal concluyó en laudo dictado el 28 de septiembre de 2007, entre otras que la República Argentina había incurrido en incumplimiento de las mencionadas obligaciones asumidas respecto de la inversión protegida por la *cláusula paraguas* del Artículo II(2)(c) del TBI¹³

¹² *Cada Parte cumplirá los compromisos que hubiera contraído con respecto a las inversiones*

¹³ *El presente Tratado no impedirá la aplicación por cualquiera de las Partes de las medidas necesarias para el mantenimiento del orden público, el cumplimiento de sus obligaciones para el mantenimiento o la restauración de la paz o seguridad*

Con respecto a la defensa subsidiaria del estado de necesidad colacionada por nuestro país, el tribunal arbitral entendió que el dictado e invocación de las medidas necesarias para el mantenimiento del orden público mencionadas en el artículo XI del TBI no tienen carácter discrecional y que la revisión judicial, en este caso arbitral, no se limita a un examen de si su invocación o las medidas adoptadas lo fueron de buena fe.

Tal control judicial debe ser sustantivo, determinando si acaso se ha cumplido con los requisitos establecidos en el derecho consuetudinario o el Tratado, y si acaso cabe, por consiguiente, excluir la ilicitud.

Para encarar el análisis, el panel arbitral sometió la defensa del estado de necesidad a la prueba sugerida por una norma del derecho internacional público consuetudinario, en este caso al artículo 25 de los Artículos sobre Responsabilidad de los Estados¹⁴, que prohíbe la alegación de tal situación de emergencia si el propio gobierno ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad.¹⁵

Como consecuencia de estos razonamientos –y de otros no menos trascendentes que no es dable analizar en este trabajo- el tribunal arbitral condenó a la República Argentina a pagar a Sempra Energy International una importante indemnización pecuniaria, aunque entendió que el trato dispensado a la demandante no había sido ni discriminatorio ni arbitrario con los alcances del artículo II(2) del TBI.

2.- Anulación del laudo

En enero de 2008, la República Argentina presentó una solicitud de anulación del laudo dictado en setiembre de 2007.

Si bien la pretensión nulificante de la demandada transitó tres de las cuatro causales admitidas por el Tratado de Washington (véase nota N° 10), el argumento esencial que

internacionales, o la protección de sus propios intereses esenciales de seguridad.

¹⁴ Resolución 56/83 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 28 de enero de 2002. Anexo sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos

¹⁵ *Artículo 25*

Estado de necesidad

1. Ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho que no esté de conformidad con una obligación internacional de ese Estado a menos que ese hecho:

a) Sea el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente; y

b) No afecte gravemente a un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto.

2. En todo caso, ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud si:

a) La obligación internacional de que se trate excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad; o

b) El Estado ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad.

determinó el progreso del recurso fue el relacionado con la emergencia económica y el estado de necesidad.

En efecto, la tesis argentina en la interpretación del artículo XI del TBI (véase Nota N° 13) fue aceptada por el panel de anulación, al entender aquél que el tribunal “no aplicó el derecho aplicable y por ese motivo se ha extralimitado manifiestamente en sus facultades”¹⁶

Para el tribunal de anulación, existe una distinción fundamental entre la aplicación errónea del derecho y la falta de aplicación del derecho. En el caso *Sempre* el tribunal arbitral no aplicó el artículo XI del TBI y no expresó los motivos de tal omisión, limitándose a analizar si la alegada emergencia y consecuente necesidad alcanzaban los parámetros del artículo 25 de la normativa de las Naciones Unidas sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (véase nota N° 15)¹⁷

Nada impedía al tribunal arbitral, según el grupo revisor, alcanzar una interpretación que permitiese incluir la emergencia económica en el contexto del artículo XI del TBI, aun cuando se aceptara –como lo admite la anulación– que tal emergencia es una cuestión justiciable en sede arbitral. Sin embargo, no se ocupó de los elementos jurídicos necesarios para la legítima invocación del estado de necesidad¹⁸ que emergen del propio TBI, cuyas normas prevalecen sobre las del derecho consuetudinario, que en el caso constituyeron erradamente “guías interpretativas” de aquél.

En síntesis, para la instancia de anulación el tribunal arbitral debió agotar el estudio sobre la “necesidad” de las medidas de emergencia previstas en el artículo XI en punto a elucidar el cumplimiento o incumplimiento del TBI. Al haber recurrido en vez como derecho primario a una norma del derecho consuetudinario, como se considera a los mencionados “artículos sobre responsabilidad”, el tribunal excedió sus facultades y ello determinó, a juicio del panel revisor, la nulidad total del laudo de setiembre de 2007.

Error de derecho y extralimitación de facultades

El fallo anulatorio en comentario encuadra audazmente la errónea aplicación del derecho en la comarca de la extralimitación de las facultades del tribunal arbitral.

La trasgresión de los límites del *thema decidendum* ha sido consistentemente considerada como causal de fulminación de las decisiones jurisdiccionales y particularmente de las arbitrales.¹⁹

¹⁶ Párrafo 165 de la decisión de anulación

¹⁷ Párrafo 177 de la decisión de anulación. *Ciertamente, es posible analizar el Artículo 25 sobre la presunción (implícita o explícita) de que el Artículo XI no conlleva a la exclusión. Si se concluyera (como en este caso) que el Artículo 25 no establece una justificación de ilicitud, el Tribunal necesitaría volver al Artículo XI a fin de decidir si la presunción bajo la cual surge la cuestión del Artículo 25 es válida dadas las circunstancias. En este caso, no obstante, el Tribunal no lo hizo.*

¹⁸ Párrafo 378 de la decisión de anulación

¹⁹ Art. V c) de la Convención de Nueva York; Art 34, sub 2(a)(iii) de la Ley Modelo CNUDMI; Art 760 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; etc.-

El error de derecho, por el contrario, no tiene la virtualidad invalidatoria señalada y el laudo es ejecutable si no existen recursos de apelación admisibles en el reglamento correspondiente.

La solución elaborada por el panel anulatorio en *Sempra*, innova con respecto a precedentes en los cuales el tribunal arbitral se abocó al análisis de la emergencia argentina y del estado de necesidad invocado en el lenguaje del artículo XI del TBI.

En el caso *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina*²⁰ el tribunal arbitral había reconocido el derecho de la actora a obtener un resarcimiento y desechado el argumento argentino relacionado con la emergencia económica y el estado de necesidad.

En sus fundamentos, el tribunal consideró, como en *Sempra*, que el estado de necesidad descrito en el artículo XI del TBI impone la remisión a la normativa consuetudinaria en aras de procurar una definición sobre la pertinencia de la exclusión o suspensión de las responsabilidades de un estado emergentes del tratado.

Sostuvo entonces que *el Artículo 25 de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) refleja adecuadamente el concepto de estado de necesidad en el derecho internacional consuetudinario*²¹ en tanto el deber del tribunal consiste en *establecer qué grado de gravedad debe alcanzar una crisis para entenderse como un interés esencial de seguridad* en el contexto del mencionado artículo XI del TBI.

El Comité *Ad Hoc* en *CMS* criticó el razonamiento del tribunal en términos similares a los desarrollados luego en *Sempra*. Dijo entonces que *el Tribunal ciertamente debió haber sido más explícito y especificar, por ejemplo, que las mismas razones que impedían a Argentina asilarse en el derecho general de necesidad implicaban que las medidas que había adoptado tampoco podían ser consideradas “necesarias” para los efectos del Artículo XI.*²²

Señaló también que los árbitros habían cometido dos graves errores de derecho, uno al analizar el estado de necesidad invocado por la República Argentina bajo el prisma del artículo 25 de la normativa sobre responsabilidad de los Estados (derecho consuetudinario) y otro al asumir que éste y el artículo XI del TBI tienen un mismo fundamento.

Sin embargo, el comité en *CMS* no se consideró habilitado para anular el laudo por errores de derecho ni para equiparar a éstos con las extralimitaciones fulminantes deparadas por el artículo 52 del Tratado de Washington.²³

Epílogo

²⁰ Caso CIADI No. ARB/01/8

²¹ Párrafo 315 del laudo arbitral del 12 de mayo de 2005

²² Párrafo 125 de la decisión de anulación del 25 de septiembre de 2007

²³ *A pesar de los errores y vacíos identificados en el Laudo, en definitiva el Tribunal aplicó el Artículo XI del Tratado, aun si lo fue en forma ambigua y defectuosa. Por lo tanto, no existió extralimitación manifiesta de facultades.* (Párrafo 136 de la decisión sobre anulación en *CMS*).

Para el comité anulatorio del CIADI en *Sempra*, la consideración de las medidas de emergencia adoptadas por la República Argentina en 2001 y 2002 en el contexto del estado de cosas contemplado por el artículo XI del TBI, impide cualquier digresión jurídica que exceda la interpretación del texto y alcances de la disposición del tratado.

Sin embargo, acompañó la tesis del tribunal sobre de la judiciabilidad de la oportunidad, mérito y razonabilidad de aquellas disposiciones y de su permanencia en el tiempo.

La asimilación del error de derecho con la extralimitación de facultades que resulta de la decisión anulatoria en *Sempra* aparece contradictoria y técnicamente objetable.

Si el tribunal arbitral interpretó una disposición del TBI –norma de aplicación crítica- a la luz de la costumbre internacional y en el marco de amplitud que informa el artículo 42 del Tratado de Washington, pudo haber incurrido en un error de derecho – también opinable- pero no en un exceso de jurisdicción, pues incuestionablemente se mantuvo dentro los parámetros normativos que estaba facultado a considerar en el caso.