

EL RECURSO DE NULIDAD Y LA RECEPCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA EN LA DECISIÓN DE LOS COMITÉS AD HOC. SU CONCEPCIÓN A LA LUZ DE UN CASO RECIENTE EN EL CIADI

Por *Alejandra Delfín*

1.- INTRODUCCIÓN

Mucho se ha discutido acerca de lo que acontece en torno a las demandas presentadas por inversores extranjeros contra la República Argentina ante el CIADI, enmarcadas en los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección de Inversiones Extranjeras (TBI) suscriptos por nuestro país, y acrecentadas desde la situación de emergencia acontecida en los años 2001-2002¹. Incluso, supimos ser el Estado con mayor cantidad de litigios ante este Tribunal y alcanzar, con la suma de los montos indemnizatorios allí reclamados, una cifra superior a la mitad del conjunto de los Casos contra los diversos Estados ante esa instancia².

A su vez, de los Laudos que han resultado adversos a nuestro país, muchos de ellos han sido objeto de solicitudes de Anulación³. Tal es el caso de *“Continental Casualty Company vs. la República Argentina”*⁴, que abordaremos en este trabajo.

En esta Decisión, ambas partes solicitaron la anulación parcial del Laudo del Tribunal que entendió en la controversia, fundamentando su petición en las causales que habilita del Convenio CIADI y su Reglamento. Como veremos, es interesante el planteo del Comité Ad Hoc respecto de las argumentaciones de las Partes para sostener sus pedidos de nulidad por cuanto, no sólo desarrolló minuciosamente sus devoluciones a cada una de las argumentaciones llevadas a su entendimiento por las Partes sino que, además, a lo largo de su razonamiento abundan citas a precedentes similares al Caso, aún bajo el resguardo de que los antecedentes no son vinculantes a los Comité de Anulación, deslizando la necesidad de establecer una jurisprudencia frente a la cual dichos órganos puedan sostener sus argumentaciones en oportunidad de entender en las presentaciones de las Partes de una controversia. Es que, si bien los Tribunales no están obligados por la doctrina de los precedentes de otros Tribunales,

¹ A fines de 1999, comenzó la crisis económica, social, y política a mostrar sus primeros síntomas, acentuándose con el tiempo hasta el dictado en 2002 de la Ley de Emergencia 25561. Esta norma vino a eliminar el derecho de calcular las tarifas en dólares de los Estados Unidos convirtiendo las tarifas a pesos argentinos, aplicó a las operaciones el tipo de cambio libre, y prohibió los ajustes según el IPP, medidas éstas que sirvieron de sustento a la mayoría de los reclamos llevados al ámbito del CIADI. Esta temática es abordada por numerosos autores, entre los que pueden citarse a: Graciarena, María Carolina, “La inmunidad de ejecución del Estado frente a los Laudos del CIADI”, Lexis Nexis, Buenos Aires (1997), Tawil, Guido S., Zuleta, Eduardo (Dir.), “El Arbitraje Comercial Internacional. Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º aniversario”, Abeledo Perrot, Buenos Aires (2008), Beltrán, Gambier y Fabrè, María Carolina, “La Argentina y los inversores frente al CIADI”, en LLey 2006-E, 1296; Acosta, Juan F., Bostiancic, María Carla, “La situación de la República Argentina ante el CIADI”, en LLey, Suplemento Actualidad, del 30/11/2006; entre otros.

² La lista de los casos en los que Argentina es parte puede encontrarse en la página web del CIADI www.icsid.worldbank.org. A la fecha de este trabajo (Mayo 2012), Argentina reviste como Parte en cincuenta y cuatro (54) casos ante este Tribunal.

³ Tal es el caso de “Sempra Energy c. República Argentina” (Sempra Energy International (Demandante) c. República Argentina (Demandada/Solicitante) (Caso CIADI No. ARB/02/16). Decisión de Anulación. Sugiero ampliar en Guaia, Carlos I. “El error de derecho como exceso de jurisdicción”. En La Ley, Año XXVI, Número 35, del 1º de setiembre de 2010); “Enron & Ponderosa Assets c. República Argentina” (Caso CIADI N° ARB/01/03, del 22 de mayo de 2007); entre otros.

⁴ Caso CIADI N° ARB/03/9. Procedimiento de Anulación. Decisión sobre la Solicitud de Anulación Parcial presentada por Continental Casualty Company y la Solicitud de Anulación Parcial presentada por la República Argentina, notificado a las partes el 16 de septiembre de 2011

éstos pueden invocar sus resoluciones si consideran que los hechos de la controversia son los mismos llevados a su estudio.

No obstante lo señalado, los Comité Ad Hoc suelen ser reticentes a las solicitudes de Anulación presentadas por las Partes. Salvo que se trate de graves faltas de procedimiento –taxativamente enunciadas en el Art. 52.1 de la Convención CIADI- la interpretación de estos planteos han sido restrictivos⁵. Así, siendo que el recurso de nulidad se afirma en el Centro como un recurso excepcional, el Comité Ad Hoc ha dejado de ser conceptualizado como un tribunal de apelación revistiendo ahora el carácter de tribunal cuya función es anular total o parcialmente un laudo arbitral, sin discutir los argumentos o el razonamiento de fondo que el Tribunal Arbitral se basó para dictar el Laudo sobre esa controversia.

Es, bajo tal fundamento, que veremos en este trabajo que la Decisión del Comité Ad Hoc se caracteriza por su riqueza de citas de Decisiones de otros Comité frente a idénticos fundamentos, y que utiliza a fin de sostener el rechazo de ambas Solicitudes la nulidad del Laudo dictado oportunamente por el Tribunal Arbitral que entendió en la controversia.

Analizaremos, seguidamente, las características del caso llevado al entendimiento del Comité, y sus argumentaciones para resolver sobre el mismo.

2.- EL CASO

La controversia es llevada a los Tribunales del Centro a través de la demanda interpuesta por la empresa Continental Casualty Company contra la República Argentina. En su relato, comienza argumentando que su incursión en el país se llevó adelante a través de la adquisición de CNA, Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A., firma constituida en Argentina en 1996, y que prestaba servicios de seguros contra accidentes laborales en el país. La demandante –de capitales estadounidenses- afirmaba que, con la privatización del sector de los seguros contra accidentes laborales que tuvo lugar ese mismo año, adquirió un interés del 70% en CNA y que, en el 2000, amplió su participación hasta prácticamente el 100%.

De acuerdo con sus argumentos, el reclamo de Continental consistió en que determinadas medidas adoptadas por el Gobierno argentino para hacer frente a la crisis económica del 2001 causaron pérdidas a Continental, lo que significó un incumplimiento de las obligaciones de Argentina en el marco del TBI entre la República Argentina y los Estados Unidos.

Así las cosas, en enero de 2003, la empresa inició un procedimiento de arbitraje del CIADI contra la República Argentina, alegando que las medidas adoptadas por el país respecto de la inversión de Continental en CNA constituían una violación de sus derechos en su calidad de inversionista con arreglo a lo dispuesto en el TBI.

En tal entendimiento, y a fin de sustentar su reclamación, sostuvo que el comportamiento argentino y las medidas adoptadas a partir del año 2001 equivalían a violaciones de las garantías contenidas en el TBI suscrito entre nuestro país y los Estados Unidos⁶, y cuyas disposiciones estipulan que:

⁵ Marzorati, Osvaldo J. “El recurso de nulidad en el CIADI y la experiencia argentina”, en LL 2010-F, del 29/11/2010

⁶ Aprobado por Ley 24.124. Suscrito en 14 de noviembre de 1991, vigente desde el 20 de octubre de 1994.

(a) Cada Parte cumplirá los compromisos que hubiera contraído con respecto a las inversiones (Artículo II(2)(c) del TBI) (la denominada **“cláusula paraguas”**).

(b) Se otorgará siempre un trato justo y equitativo a las inversiones, las que gozarán de entera protección y seguridad y en ningún caso se les concederá un trato menos favorable que el que exige el derecho internacional (Artículo II(2)(a) del TBI) (**“cláusula de trato justo y equitativo”**).

(c) Cada Parte permitirá que todas las transferencias relativas a una inversión que se envíen a su territorio o que salgan de él se realicen libremente y sin demora (Artículo V del TBI) (**“cláusula sobre transferencias”**).

(d) Las inversiones no se expropiarán o nacionalizarán directamente, ni indirectamente mediante la aplicación de medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización, salvo que se haga, entre otras condiciones, mediante pago de una compensación pronta, adecuada y efectiva (Artículo IV del TBI) (**“cláusula relativa a la expropiación”**)⁷.

A su turno, el Tribunal consideró que las medidas adoptadas por la República Argentina para responder a la crisis económica de 2001-2002 podrían encontrarse en el Artículo XI del TBI⁸, y decidió la crisis a la que se enfrentó el país a finales de 2001, y que prosiguió en 2002, quedaba cubierta por la aplicación de esa disposición, y que la *“Argentina podía aplicar legítimamente medidas que de otro modo constituirían un incumplimiento del Tratado en esa crisis, siempre que se respetaran los demás requisitos, en primer lugar, el de un verdadero estado de necesidad”*.⁹

No obstante, y a pesar de entender que las medidas adoptadas por el Estado Nacional durante esos años se enmarcaban en dicho Artículo y, por tanto, no correspondía establecer compensación alguna a la reclamante, no ocurrió lo mismo con el Decreto 1735/04, sobre el cual el Tribunal concluyó que existió un incumplimiento de la cláusula de trato justo y equitativo en relación con la reestructuración de las LETE¹⁰. El Tribunal llegó a esta conclusión respecto del Decreto a la luz de lo tardío de su fecha dictado, ya que en ese momento las condiciones financieras en la Argentina estaban en un proceso de normalización, el porcentaje reducido del valor original de la deuda que la Argentina unilateralmente ofrecía reconocer, y la condición de que se renunciase a todos los demás derechos, incluidos los derechos con arreglo al TBI.

En tal entendimiento, el Tribunal decidió que la única reclamación de Continental relativa al incumplimiento del TBI era respecto de este último punto, y otorgó a la demandante una indemnización por daños y perjuicios por un valor de 2,8 millones de dólares de los Estados Unidos, más el correspondiente interés¹¹.

⁷ Párrafo 64.

⁸ El artículo reza: *“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 internacionales, o la protección de sus propios intereses esenciales de seguridad”*.

⁹ Párrafo 66

¹⁰ Letras del Tesoro Nacional de la Argentina. El Decreto 1735/04 ofrecía un canje de esas letras que Continental rechazó argumentando que en el cambio habría recibido 0.30 dólares por dólar y se le habría exigido la renuncia de sus derechos y aceptar largos vencimientos de bonos (párrafo 63)

¹¹ Párrafos 71 y 73, con remisión a los párrafos 220 a 222, y 246 a 270 del Laudo, de fecha 5 de septiembre de 2008.

Ante esta Decisión, ambas partes solicitaron la anulación del laudo, en los términos del artículo 52 (1) del Convenio del CIADI¹² y la regla 50 de las reglas de arbitraje del CIADI¹³. Tras el análisis de las posiciones de cada una de ellas, en primer lugar el Comité de Anulación decidió suspender la ejecución del Laudo, y reservó la cuestión de los costos hasta el final del procedimiento de anulación.

Frente a tal escenario, en su solicitud Argentina pide al Comité que decida que:

1) El Tribunal no expresó en el Laudo los motivos en que se fundaba, y que se extralimitó manifiestamente en sus facultades en relación con sus conclusiones sobre la reestructuración de la deuda de la Argentina.

2) Se anule parcialmente el Laudo dictado el 5 de septiembre de 2008, respecto de la determinación de que la reestructuración de las LETE que llevó a cabo la Argentina incumplía el TBI, y que la Argentina no podía acogerse a la defensa del Artículo XI del TBI o del estado de necesidad del derecho internacional consuetudinario, así como la consiguiente decisión de conceder una indemnización sobre esa base.

3) Que todas las disposiciones y párrafos restantes del Laudo permanezcan inalterados; en efecto, dado que el Tribunal obró correctamente al decidir que las acciones de la Argentina estaban amparadas bajo el Artículo XI del TBI, las partes escindibles de un Laudo que no sean anuladas deben permanecer en plena vigencia, tal como se dispone expresamente en el Artículo 52(3) del Convenio del CIADI.

4) Continental Casualty Company sufrague todos los gastos y costas derivados del presente procedimiento de anulación, más los intereses que puedan corresponder¹⁴.

Por su parte, Continental solicita al Comité que decida y ordene que:

1) La solicitud de anulación de la República Argentina se desestime en su totalidad.

2) La República Argentina sufrague todos los gastos del Centro en relación con el presente procedimiento de anulación, incluidos los honorarios y los gastos de los miembros de Comité.

3) La República Argentina sufrague las costas y gastos de Continental relacionados con el presente procedimiento de anulación, incluidos los costos de representación legal de Continental.

4) Con arreglo a lo dispuesto en el Artículo 52(5) del Convenio del CIADI y la Regla 54(3) de las reglas de arbitraje del CIADI, se ponga término a la suspensión de la ejecución del Laudo ordenada por el Comité en su decisión del 23 de octubre de 2009¹⁵.

¹² El Artículo 52 (1) del Convenio del CIADI reza: "Cualquiera de las partes podrá solicitar la anulación del laudo mediante escrito dirigido al Secretario General fundado en una o más de las siguientes causas: (a) que el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente; (b) que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades; (c) que hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal; (d) que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; (e) que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funda"

¹³ En particular, el Art. 50.1.c, señala que debe indicarse "en una solicitud de anulación, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 52(1) del Convenio, las causales en que se funda. Estas causales estarán limitadas a las siguientes: – que el Tribunal no estuvo debidamente constituido; – que el Tribunal ha excedido manifiestamente sus atribuciones; – que hubo corrupción de parte de un miembro del Tribunal; – que hubo una violación seria de una regla fundamental de procedimiento; – que el laudo no ha dejado constancia de las razones en que se funda".

¹⁴ Párrafo 78

¹⁵ Ídem

3. EL RAZONAMIENTO DEL COMITÉ. LA APLICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA EN SU DECISIÓN

Sin perjuicio de lo que se detallará respecto de los argumentos de las partes, uno de los puntos más relevantes del razonamiento del Comité es el que se refiere al rol de los precedentes en las decisiones de los Tribunales sobre las controversias. Si bien detalla que las Decisiones de Tribunales no son vinculantes para las que se tomen en adelante, expresa que es esperable que se tengan en cuenta los anteriores Laudos y decisiones del CIADI que sean pertinentes al Caso, a las que se incluyen otras Decisiones sobre Anulación y otras fuentes autorizadas. Así, a renglón seguido señala que *“aunque en el sistema de arbitraje del CIADI no hay una doctrina de precedentes vinculantes, el Comité considera que un objetivo deseable sería que a largo plazo fuera surgiendo un cuerpo de jurisprudencia constante en relación con los procedimientos de anulación”*¹⁶.

Bajo dicho fundamento, es que a lo largo de su razonamiento cita numerosos precedentes relacionados con la temática en estudio, a fin de guardar mayor sustento a lo resuelto en el caso llevado por las partes.

Tal es así que, a continuación, agrega que *“se ha observado que si bien una característica frecuente de las solicitudes de anulación del CIADI ha sido la afirmación de que el mismo aspecto concreto de los laudos constituye una extralimitación manifiesta de facultades, un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento y una falta de expresión en el laudo de los motivos en que se funda, el Artículo 52(1) está cuidadosamente dividido en distintas cláusulas, cada una de las cuales trata sobre una causa de anulación independiente de las demás. Así pues, si una parte desea argumentar que un aspecto específico de un laudo constituye simultáneamente varias causas de anulación con arreglo a lo dispuesto en el Artículo 52(1), “debe exponer de forma independiente cómo las consideraciones muy distintas de que se trata en cada una de esas cuestiones tienen sin embargo su causa en el mismo aspecto del laudo impugnado” (Traducción del Comité)”*¹⁷.

Habiendo reseñado ello, el Comité pasa a expedirse respecto de las causales de anulación del Laudo esgrimidas por las partes.

En primer lugar, en lo que corresponde a la *extralimitación manifiesta en las facultades (Artículo 52(1)(b))*, el Comité señala que *“esta causa de anulación es válida en caso de que el tribunal carezca de competencia, como puede ocurrir si la diferencia no queda cubierta por el acuerdo de arbitraje. Esta causa de anulación también puede ser válida cuando el tribunal no tiene en cuenta el derecho aplicable o basa su laudo en normas de derecho distintas de las aplicables según lo dispuesto en el Artículo 42 del Convenio del CIADI”*¹⁸. Cumplimenta dicho recaudo señalando además que el error del Tribunal debe ser “manifiesto” e indiscutible, razón por la cual, concluye, no es suficiente un *malentendido* (y menos aún un desacuerdo) respecto del contenido de una norma particular¹⁹.

¹⁶ Párrafo 84. El destacado me pertenece

¹⁷ Párrafo 85. El destacado me pertenece

¹⁸ Con cita a Azurix, Decisión sobre la Solicitud de Anulación, párrafos 45, 46 y 136, y la jurisprudencia anterior citada en esa decisión; Enron, Decisión sobre Anulación párrafo 67; Rumeli, Decisión sobre Anulación, párrafo 78

¹⁹ Con cita a MTD, Decisión sobre Anulación, párrafos 47 y 48; también MCI, Decisión sobre Anulación párrafos 49, 51, 55; Azurix, Decisión sobre la Solicitud de Anulación párrafos 64 a 69; Rumeli, Decisión sobre Anulación párrafo 78; Enron, Decisión sobre Anulación párrafo 69; Duke, Decisión sobre Anulación párrafos 98, 99, 160 y 182

Así, expresa: “[...] estos argumentos exageran el efecto del Artículo 52(1)(b) del Convenio del CIADI puesto que, **de aceptarse, los procedimientos de anulación se reconvertirían en procedimientos de apelación** [...] **El Comité considera que la aplicación errónea de principios relativos a la interpretación de los tratados es también en sí misma un error de derecho, y no una extralimitación manifiesta de facultades**, por lo menos cuando el error tiene relación con la cuestión sustantiva sobre la que debe decidir el Tribunal, y no con una cuestión relativa a la competencia del Tribunal [...] Esa actuación no constituye una extralimitación de facultades. Siempre que el tribunal:

(a) aplique el derecho aplicable (sea un tratado, o derecho internacional general, o el derecho de un Estado concreto),

y

(b) exprese los motivos de su decisión respecto de todas las cuestiones que se le presentaron para que decidiera sobre ellas, el tribunal no tiene que ocuparse expresamente de cada disposición del derecho aplicable que las partes invoquen en sus argumentos, y a fortiori, de las disposiciones que las partes no invoquen en sus argumentos ante el tribunal”²⁰

El Comité va más allá y señala que “el hecho de que un tribunal no tenga en cuenta una disposición específica del derecho aplicable puede constituir un error anulable. [...] ven este caso sería más adecuado clasificar el error anulable como un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento [...] o como una falta de expresión de los motivos en que se funda la decisión”²¹

En segundo lugar, y en lo que corresponde al **quebrantamiento grave de una norma de procedimiento (Artículo 52(1)(d))**, el Comité cita la Primera Decisión sobre Anulación de Vivendi, oportunidad en la que se señaló que “[...] Conforme al Artículo 52 (1) (d), el énfasis está puesto en el término “norma de procedimiento”, es decir, en la manera en que el Tribunal procedió, no en el contenido de su decisión”²².

El Comité coincide con la afirmación allí formulada e indica que “el hecho de que un tribunal no tome en cuenta una cuestión que considera irrelevante no puede configurar un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento simplemente porque una de las partes considera que la cuestión omitida es relevante”. Como ya se ha observado, **que un tribunal no tenga en cuenta una de las cuestiones presentadas a su decisión, como la defensa específica planteada por la demandante, puede, en determinadas circunstancias constituir un quebrantamiento grave de una norma de procedimiento fundamental. No obstante, no hay ninguna norma de procedimiento que exija al tribunal considerar de forma expresa cada uno de los argumentos o cuestiones presentados por una parte en apoyo de su posición en relación con una cuestión en particular**”²³

Finalmente, y respecto de la **falta de expresión en el laudo de los motivos en que se funda (Artículo 52(1)(e))**, el Comité coincide que “si bien los tribunales tienen el deber de tratar cada una de las pretensiones que se les presenten (Artículo 48(3) del Convenio del CIADI), no están obligados a formular observaciones sobre todos los argumentos de las partes en relación con esas pretensiones. En la Decisión sobre Anulación de Enron se dijo que “no corresponde al comité de anulación examinar meticulosamente el razonamiento del tribunal en una cuestión

²⁰ Párrafos 90 a 92, con cita a Christoph Schreuer, The ICSID Convention: A Commentary (2.a edn. 2009) (“Comentario de Schreuer”), pág. 964. Asimismo, cita el párrafo 226 de la Decisión al señalar que “[...] el hecho de no tener en cuenta de forma involuntaria un detalle en el derecho es uno de los errores jurídicos más comunes. Un argumento *pars pro toto* en el sentido de que no tener en cuenta una disposición equivale a no aplicar la ley no parece que pueda sostenerse. No es posible distinguir entre una omisión parcial en la aplicación y una aplicación errónea” (traducción del Comité).

²¹ Párrafo 94

²² Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. La República Argentina, Caso CIADI n.o ARB/97/3, Decisión sobre la Anulación, 3 de julio de 2002

²³ Párrafo 97. Con cita a Azurix, Decisión sobre la Solicitud de Anulación, párrafo 244. El resaltado me pertenece

determinada para comprobar que cada punto planteado por alguna de las partes haya recibido una respuesta clara” (traducción del Comité)”²⁴

Así, concluye, que **es posible que el recurso apropiado no sea una solicitud de anulación, sino una solicitud de que el tribunal dicte una decisión suplementaria**²⁵. En consonancia con los precedentes en cita, expresa que las razones del tribunal “*pueden estar implícitas en las consideraciones y conclusiones contenidas en el laudo, siempre que sea posible inferirlas razonablemente a partir de los términos empleados en la decisión*”²⁶. Finalmente, y a razón de lo indicado, el Comité concluye que, “*en casos en que solo se puede argumentar que es posible que haya una contradicción o incoherencia en el razonamiento del tribunal, no compete al comité de anulación resolver ese argumento. Tampoco corresponde a un comité de anulación expresar sus propias opiniones sobre si las razones expuestas por el tribunal son lógicas o racionales o correctas*”.²⁷

El Comité no es ajeno a los argumentos de Continental quien, en sentido similar a la República Argentina, argumentó que el Tribunal desoyó sus argumentos respecto de su reclamación en torno a la responsabilidad argentina frente al estado de emergencia durante los años 2001 y 2002. Aquí el Comité, textualmente, señala:

“El Tribunal concluyó que el Artículo XI se aplicaba a las medidas específicas que había adoptado la Argentina en este caso, debido a que lo había hecho “frente a la crisis económica y social”, y que “[e]l diseño de las Medidas fue suficiente para abordar la crisis y se aplicaron de manera razonable y proporcional a fines de 2001-2002.

“Sin embargo, si bien el Tribunal llegó a esta conclusión con respecto a las medidas adoptadas por la Argentina en 2001-02, llegó a una conclusión opuesta en lo referido a la reestructuración de las LETE mediante el Decreto 1735/04, una medida adoptada en diciembre de 2004. Una de las razones que llevaron a concluir que el Artículo XI no se aplicaba al Decreto 1735/04 fue que en esa época “la situación financiera de Argentina estaba volviendo a la normalidad.

“Ciertamente es que el Tribunal no aborda expresamente la cuestión de si la Argentina podría tener algún tipo de responsabilidad en el marco del TBI con relación a las medidas adoptadas en 2001-02 una vez superada la crisis económica. No obstante, el Comité está convencido de que la posición del Tribunal en esta cuestión puede inferirse claramente a partir de una lectura integral del Laudo. El Tribunal concluyó que, debido a la crisis reinante en ese momento, el TBI sencillamente no era aplicable a las medidas adoptadas en 2001-02 en virtud del Artículo XI. Por ello, afirma, “debe entenderse como implícita la idea de que, según el Tribunal, la Argentina no tenía obligación alguna de indemnizar a Continental por haber adoptado dichas medidas una vez superada la crisis. Si en efecto, como concluyó el Tribunal, el TBI no era aplicable a las medidas adoptadas en 2001-02 en virtud del Artículo XI debido a la

²⁴ Párrafo 98. Con cita a MCI, Decisión sobre Anulación, párrafos 66 y 67; Enron, Decisión sobre Anulación, párrafos 72 y 222. También Helnan International Hotels A/S c. la República Árabe de Egipto, Caso CIADI nro. ARB/05/19 (Procedimiento de Anulación), Decisión del Comité ad hoc, 14 de junio de 2010 (“Helnan, Decisión sobre Anulación”) párrafos 36 y 37. Enron, Decisión sobre Anulación, párrafo 110.

²⁵ Párrafo 99

²⁶ Wena Hotels, Decisión sobre Anulación párrafo 81, citada en Azurix, Decisión sobre la Solicitud de Anulación, párrafo 54; también CMS Gas Transmission Company c. la República Argentina, Caso CIADI nro. ARB/01/8, Decisión sobre la Solicitud de Anulación, 25 de septiembre de 2007 (“CMS, Decisión sobre la Solicitud de Anulación”), párrafo 127, citada en Azurix, Decisión sobre la Solicitud de Anulación, párrafo 56 y Enron, Decisión sobre Anulación, párrafo 75. El Comité, a la vez, sugiere ampliar en los casos Rumeli, Decisión sobre Anulación, en cuyo párrafo 83 se afirma que “*si las razones no se expresan pero son evidentes y una consecuencia lógica de lo que se declara en el laudo, los comités ad hoc deberían poder mantenerlas*”, (traducción del Comité) pero que “*si esas razones no se deducen ineludiblemente del laudo o se derivan del razonamiento expuesto en él, los comités ad hoc no deberían formular razones para justificar la decisión del tribunal*” (traducción del Comité).

²⁷ Párrafo 103

crisis reinante en ese momento, cabe inferir que dichas medidas no constituyen una violación del TBI aunque sus consecuencias sigan percibiéndose después de la crisis. El Tribunal consideró que no era importante determinar si se trataba de medidas temporarias o permanentes y, en cada caso, si los efectos temporarios o permanentes siguieron percibiéndose una vez superada la crisis. Si, como determinó el Tribunal, dichas medidas se encuadraban en el Artículo XI, sería lógico concluir que el TBI no se aplicaba a las consecuencias que estas pudieran seguir generando, incluso una vez superada la crisis económica”²⁸.

En este sentido, detalla: “el Tribunal llegó a la conclusión fáctica específica de que el 9 de diciembre de 2004 la emergencia económica de la Argentina había sido superada, por lo cual, a partir de entonces, esta ya no podía invocar el estado de necesidad para justificar medidas que en otro contexto violarían las obligaciones derivadas del Tratado. Asimismo, el Tribunal sostuvo que el regreso de la Argentina a los mercados internacionales se produjo en septiembre de 2004, por lo que determinó que las medidas adoptadas por la Argentina respecto de las LETE no se condecían con sus obligaciones emanadas del Tratado. Sin embargo, el Tribunal no abordó el restablecimiento de las condiciones económicas normales en relación con las demás inversiones de la cartera de Continental.

“El Tribunal ha dictado un Laudo que ha permitido que las condiciones de emergencia sigan teniendo una vigencia indefinida con respecto a la mayoría de las inversiones de la Solicitante, lo que constituye un resultado absurdo e injusto que se contradice con lo establecido por la doctrina internacional en materia de cláusulas de excepción, como el Artículo XI”.

En su párrafo 119, el Comité define el entendimiento del Tribunal en su aplicación del Artículo XI del TBI al caso que nos ocupa. Detalla que el Tribunal consideró que el efecto de esa disposición fue distinto del efecto del principio de necesidad, describiendo el impacto del primero de ellos en los siguientes términos:

*“La consecuencia sería que, en virtud del Artículo XI, dichas medidas no encuadrarían dentro del Tratado, de modo que la parte que las adoptara no incurriría en incumplimiento de la disposición pertinente del TBI. Un inversor privado de la otra parte no podría, por lo tanto, tener éxito con su reclamación de responsabilidad y daños y perjuicios en dicho caso, porque la parte demandada no habría actuado en violación de sus obligaciones en virtud del TBI, ya que ellas no resultarían aplicables, siempre que, naturalmente, se cumpliera con las condiciones para la aplicación del Artículo XI. En otras palabras, **la disposición del Artículo XI constituye una restricción o derogación de las obligaciones sustanciales asumidas por las partes en el TBI, siempre que se cumpla con las condiciones necesarias para su invocación.** Es más, se ha definido al Artículo XI como una cláusula de salvaguardia; se ha dicho que en él se reconocen “derechos reservados”, o que en él se contemplan medidas “no impedidas” a las que puede recurrir un Estado parte contratante²⁹.*

Así, adoptando el sentido opuesto al sostenido por Continental, el Tribunal entendió que el Artículo XI del TBI sí delimita el campo de aplicación del TBI. Con cita a la Decisión sobre Anulación recaída en el caso CMS, indica la semejanza a este Caso por cuanto en aquella oportunidad también se criticó el Laudo por “*asumi[r] simplemente que el Artículo XI y el Artículo 25 tienen un mismo fundamento*”, y por no reconocer que “*el Artículo XI es sustancialmente distinto del Artículo 25*”.

²⁸ Párrafo 125 y 126. El destacado me pertenece

²⁹ Laudo, párrafo 168. El Comité continúa detallando el razonamiento del Tribunal señalando que en la nota al pie 241 del Laudo, éste citó uno de los informes de los relatores especiales elaborado durante el trabajo realizado por la CDI sobre los Artículos de la CDI en los siguientes términos: “[C]uando un Estado invoca el estado de necesidad, tiene pleno conocimiento del hecho de que opta intencionalmente por un procedimiento que no se ajusta a una obligación internacional”. A continuación agregó: “Éste es un argumento que no resultaría aplicable a la invocación del Artículo XI” (párrafo 121)

Sean cuales fueren las razones por las que el Tribunal no abordó este argumento en forma más directa, el Comité afirmó que las razones esgrimidas por el Tribunal para rechazarlo se encontraban “*implícitas en las consideraciones y conclusiones contenidas en el laudo*”. En tal sentido, rechaza la afirmación de que el Tribunal no expresó motivos conforme a lo dispuesto en el Artículo 52(1)(e) del Convenio del CIADI al no aceptar el argumento planteado en los párrafos 360 a 364 del Memorial de Réplica de Continental³⁰.

El Comité tampoco considera, en función de su postura, que el Tribunal se apartó del derecho aplicable. A su juicio, el derecho aplicable a las reclamaciones de la Demandante comprendía el Convenio del CIADI, el TBI y el derecho internacional vigente, y que éste es precisamente el derecho que aplicó el Tribunal.

El Comité fundamenta dicho lineamiento en que ni el Convenio del CIADI ni las reglas de arbitraje contienen disposiciones relativas a la carga de la prueba o el criterio de valoración de la prueba. En consecuencia, no puede haber ningún requisito que obligue a un Tribunal a aplicar expresamente una carga de la prueba o un criterio de valoración de la prueba en particular a la hora de dirimir la controversia planteada ante él. En efecto, sostiene, el tribunal no está obligado expresamente a articular ninguna carga de la prueba ni criterio de valoración de la prueba específicos, como así tampoco a analizar las pruebas en esos términos, sino que se limita a pronunciarse sobre cuestiones de hecho a partir de las pruebas que tiene ante sí³¹.

Por último, y contrarrestando el argumento respecto de la discrepancia de la Resolución del Tribunal Arbitral con antecedentes similares al Caso, concluye que el argumento de que Laudo no sea congruente con el aquel dictado en el caso LG&E, no puede conducir a entender que se trata de un error anulable. Si bien, como se señaló, el Comité destaca la importancia de la adopción de antecedentes al momento de resolver la controversia, concluye que el Tribunal en oportunidad de resolver el litigio, no estaba obligado a seguir decisiones anteriores emitidas por otros tribunales del CIADI. Incluso, resalta, que **aun en el supuesto de que otro laudo del CIADI fuera acertado respecto de una determinada cuestión de derecho y el Laudo estuviera desacertado, ello constituiría meramente un error de derecho, lo que no configura una causal de anulación y, por lo tanto, no le corresponde al Comité determinar si el Tribunal aplicó el derecho correctamente**³².

4. LA OPINIÓN DEL COMITÉ. LO RESUELTO

Finalmente, y a razón de los fundamentos expuestos, el Comité considera que la decisión del Tribunal y su razonamiento fueron sumamente claros, y que su decisión se basó en la opinión que éste tenía sobre la correcta interpretación del Artículo V del TBI, que constituyó la norma jurídica aplicable a la controversia. Por tanto, y bajo los mismos argumentos utilizados para entender la solicitud argentina, el Comité concluye que tampoco existió error anulable en la decisión del Tribunal que amerite hacer lugar a la reclamación de Continental.

³⁰ Párrafo 131

³¹ Párrafo 135

³² Párrafo 141

En consecuencia, el Comité rechaza ambas solicitudes y decide, conforme a lo dispuesto en el Artículo 52(5) del Convenio del CIADI y la regla de arbitraje 54(3), dejar sin efecto la suspensión de la ejecución del Laudo dispuesta por el Comité en su decisión del 23 de octubre de 2009.

5. CONCLUSIONES

Analizado el razonamiento del Comité Ad Hoc y su conclusión en cuanto al rechazo de las solicitudes de anulación presentadas por las partes de la controversia vale la pena adentrarnos, al menos inicialmente, en lo que corresponde a la ejecutabilidad del Laudo que aquí resulta confirmado.

No son pocas las disposiciones que en materia de arbitraje internacional establecen la obligatoriedad de cumplimiento del Laudo y su imposibilidad de apelación. Vimos en el Ap. 3 de este trabajo que no sólo el Comité afirma que la solicitud de anulación no es una instancia de apelación sino que, además, las solicitudes de nulidad suelen confundirse con solicitudes de aclaración por parte del Tribunal, y que podría resolverse con una Resolución suplementaria³³.

Así es que se tiene dicho que, una vez dictado el laudo, este sólo podrá ser objeto de anulación, siempre y cuando medie alguna de las causas taxativamente establecidas en el reglamento del Tribunal Arbitral, o en alguna norma de derecho internacional aplicable al supuesto, tal como es el caso de los TBI en controversias como la que aquí estudiamos. Ello no es una cuestión antojadiza sino que responde a la finalidad del arbitraje como método de solución de controversias que brinda a las partes una decisión definitiva en plazos breves. Crear una instancia de apelación en estos términos, atentaría contra el principio arbitral de la instancia única para resolver rápidamente el caso³⁴.

En efecto, el TBI Argentina-Estados Unidos establece, en su art. VII.6, que *“todo laudo arbitral emitido de acuerdo con este Artículo será definitivo y obligatorio para las partes de la controversia. Cada Parte se compromete a llevar a cabo sin demora las disposiciones de cualquiera de tales laudos y a encargarse de su observancia”*. Esta disposición se complementa con el texto del Tratado de Washington, que establece el carácter obligatorio del laudo dictado por el Centro.³⁵ A mayor abundamiento, el instrumento dispone que la decisión del Tribunal es definitiva y autónoma y que, como tal, su incumplimiento acarrea responsabilidad internacional.

Ahora bien, este sistema de obligatoriedad del laudo arbitral se debilita al momento de su ejecución, por cuanto la remisión al derecho local para que el laudo sea ejecutado genera ciertos inconvenientes al momento de su cumplimiento, como suele darse en los casos en los que Argentina es parte, donde la ejecución del laudo o sentencia extranjera encuentra su valladar al momento de su tratamiento por los tribunales locales. Su réplica en casos similares con otros Estados involucrados hace

³³ *Supra*, nota al pie 25

³⁴ Marzorati, Osvaldo J. “El recurso...”, citado.

³⁵ Su Artículo 53, parte pertinente, reza: *“El laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio. Las partes lo acatarán y cumplirán en todos sus términos, salvo en la medida en que se suspenda su ejecución, de acuerdo con lo establecido en las correspondientes cláusulas de este Convenio”*.

que surjan voces que sugieran la posibilidad de que el sistema arbitral ya no sea tan eficaz como se pretendía al momento de su creación.

Ello, a pesar de que al momento de reglamentar el funcionamiento del CIADI lo que se tuvo en cuenta es precisamente como evitar que la inmunidad de ejecución impida el cumplimiento del laudo arbitral con la consecuente frustración de la finalidad que se tuvo en miras al momento de la creación de la institución, tratando de superar este punto débil de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York)³⁶.

Escapa de nuestro análisis el estudio en profundidad de esta problemática, pero en el caso puntual de Argentina, la inmunidad de ejecución que se alega para evitar la efectiva ejecución del Laudo arbitral condenatorio de nuestro país ha dado que hablar en varias oportunidades, no sólo frente a los laudos dictados por el CIADI, sino también por otros tribunales arbitrales como los que funcionan bajo las reglas de la UNCITRAL, CCI, e incluso por sentencias judiciales dictadas por tribunales extranjeros.

Es que, como se da en este caso, si bien en el TBI suscrito con EE.UU. se contempla la inmunidad de jurisdicción al establecer que los tribunales arbitrales bajo las reglas del CIADI serán los competentes para dirimir aquellos conflictos surgidos como consecuencia de las acciones alcanzadas por el TBI, aunque también está presente la inmunidad de jurisdicción, este es un asunto excusable para Argentina, y que sirve para evitar que el laudo sea ejecutado en nuestro país. En este sentido, la excusabilidad para la no ejecución del laudo en base a la inmunidad de ejecución no ha tenido la mejor de las aceptaciones. Esta realidad no hace más que descender los niveles de confianza a nuestro país y por ende desalentar las inversiones extranjeras en Argentina. Propósito éste que, justamente, es el que se buscó desde un principio con la suscripción de los TBI con terceros Estados. Como señala Abascal, *“la noticia de que una corte local anuló anormalmente un laudo internacional corre rápidamente por todo el mundo, y esto afecta la credibilidad que la comunidad empresarial internacional tiene en las leyes y el sistema jurídico del país donde se hizo la anulación. Esto no es bueno para los países en un mundo con competencia por la inversión extranjera”*³⁷.

Sin perjuicio de ello, y en coincidencia con los dichos del Comité en la Decisión en comentario, no es ocioso pensar que redundará en un claro beneficio el hecho de que los tribunales comiencen a receptar la doctrina de precedentes similares al caso que deben entender. No sólo para comenzar a elaborar una doctrina uniforme respecto del asunto llevado a su decisión, sino además para otorgarle a las partes una mayor posibilidad de certeza respecto de como operan los institutos en el Centro al momento de acudir a éste para resolver una determinada controversia. Lo mismo sucede con las causales de nulidad del laudo, de forma tal que un criterio uniforme respecto de su significancia, efectos, y ámbito de aplicación, brindará no sólo a las partes sino también a los integrantes del Tribunal un escenario más concreto sobre el cual operar y entender en el caso en particular.

El comenzar a tratar la necesidad de contar con una jurisprudencia en la materia es un inicio para avanzar sobre un espacio más concreto y claro en materia de resolución de controversias. Habrá que

³⁶ Este tema ha sido estudiado en numerosos trabajos, entre los que pueden citarse: Rivera, Julio César, “Las normas de procedimiento locales y la Convención. Remisión al procedimiento vigente y sus posibles contradicciones con la Convención”, en Tawil, G., Zuleta, E. (Dir.), “El Arbitraje Comercial Internacional. Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º aniversario”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008. P. 323 y sgts.

³⁷ Abascal, José María, “Anulación de Laudos y sus efectos”, en Tawil, G., y Zuleta, E., “El arbitraje...”, ob. cit., p. 535.

estar, en adelante, atentos a nuevos Laudos que confirmen o rectifiquen este criterio, de forma de poder alcanzar una doctrina más consolidada en la temática.