



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Facultat de Dret



MÁSTER EN ESTUDIOS
INTERNACIONALES

**¿Hacia una “jurisprudencia” arbitral en el arbitraje
internacional de inversiones?**

Argentina como ejemplo de decisiones arbitrales diversas.

Alumna: Lucía Ojeda

Tutor: Dr. Jordi Sellarés

Curso académico: 2019/2020

Resumen

El arbitraje internacional de inversiones o mixto entendido como aquel mecanismo de resolución extrajudicial que busca resolver las disputas que pueden acaecer en la relación contractual entre un inversor extranjero y un Estado, es uno de los campos de mayor desarrollo en el derecho internacional en los últimos treinta años. Se ha producido una verdadera propagación de arbitrajes mixtos en donde grandes corporaciones multinacionales demandan a Estados en función de un Tratado Bilateral de Inversión, generando que el conjunto de laudos resultantes comience a gestarse como una especie de “jurisprudencia” arbitral. En la actualidad, resulta una ardua tarea hallar un caso de arbitraje internacional de inversiones en el que ni las partes ni el tribunal se valgan de decisiones arbitrales anteriores para justificar o argumentar sus pretensiones o decisiones. Más aún, el conjunto de laudos y su derivada “interacción de los tribunales” han ido moldeando conceptos abstractos del derecho internacional, tal como lo es el de “Trato de la nación más favorecida”, permitiéndonos preguntar si esta citación de casos previos es más que meramente referencial, sino que puede también formar parte de la construcción de las obligaciones que luego se les exigirán a las partes. La pregunta con la que se titula el trabajo intenta averiguar si estamos en camino de crear una “jurisprudencia” arbitral, emparentarla con la clásica y otorgarle el mismo peso que al conjunto de decisiones judiciales. Se añade, además, una investigación sobre el caso de la República Argentina por las decenas de demandas que ha enfrentado ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones producto de la crisis económica y política del 2001, en pos de poner de relieve la divergencia en las resoluciones arribadas frente a casos con una misma causa de origen y poder brindar un acabado análisis del objeto de este estudio, constituido por investigar si es posible crear un conjunto de laudos que obligue a los árbitros a decidir de una u otra manera ante casos similares en el marco del arbitraje internacional de inversiones.

INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO I: Los límites al principio de confidencialidad del arbitraje internacional y su vínculo con la jurisprudencia arbitral	10
<i>I.I. Las diferencias entre los conceptos de privacidad y confidencialidad. ...</i>	<i>10</i>
<i>I.II. La crisis del principio de confidencialidad que permite el uso del precedente arbitral</i>	<i>13</i>
CAPÍTULO II: Influencia del Common Law en la jurisprudencia arbitral	20
<i>I. La naturaleza jurídica de las decisiones arbitrales previas</i>	<i>25</i>
I.I. Las decisiones arbitrales previas como meras referencias.....	26
I.II. Las decisiones arbitrales previas como generadoras de derecho.....	28
<i>II. La fuerza del precedente arbitral para los árbitros</i>	<i>32</i>
CAPÍTULO III: Argentina como caso de estudio de la disparidad de las decisiones arbitrales	34
<i>III.I. La crisis argentina y el estado de necesidad</i>	<i>34</i>
<i>III.II. Descripción y comparación de las demandas iniciadas contra Argentina</i>	<i>41</i>
III.II.I. Accionistas minoritarios: los casos de Enron y CMS contra la Argentina.....	48
III.II.II. Estado de necesidad: los casos ENRON, LG&E y CMS.....	49
III.II.III. Trato de la nación más favorecida: los casos Gas Natural, Siemens y Suez.....	52
III.II.IV. Cláusula paraguas: los casos ENRON y El Paso Energy.....	53
III.II.V. El recurso de anulación del laudo: los casos Aconquija y Vivendi y Azurix.....	54
III.II.VI. El error de derecho como causal de anulación de un laudo arbitral: los casos Sempra Energy y CMS.....	57
CONCLUSIÓN	60
BIBLIOGRAFÍA	62
DOCUMENTACIÓN	69

Índice de abreviaturas y siglas

BID	Banco Interamericano de Desarrollo
BM	Banco Mundial
CW	Carta de Washington
CCI	Cámara de Comercio Internacional
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
ECIJ	Estatuto de la Corte Internacional de Justicia
FMI	Fondo Monetario Internacional
IBA	<i>International Bar Association</i>
LCIA	<i>London Court of International Arbitration</i>
OMPI	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
ONU	Organización de las Naciones Unidas
TBI	Tratado Bilateral de Inversión
UNADAR	Unidad de Asistencia para la Defensa Arbitral
UNCITRAL - CNUMID	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

INTRODUCCIÓN

Los procesos de cooperación e integración en asuntos económicos internacionales han generado que sea de gran relevancia el aporte colectivo de la comunidad internacional desde mediados del siglo pasado, principalmente a instancias la Organización de las Naciones Unidas (ONU). En su Carta fundamental consagra en el artículo 33 al arbitraje internacional como un medio pacífico de resolución de conflictos. Esto significa que desde 1945 se reconoció su fundamento y proyección supranacional en el nuevo orden mundial surgido al culminar la Segunda Guerra Mundial.¹ La innegable notoriedad en la comunidad internacional en su conjunto que le ha brindado la ONU hizo que el arbitraje internacional se consolide y evolucione a ser un mecanismo de justicia autónomo.

Para definirlo, diré que el arbitraje es un mecanismo de resolución de conflictos de naturaleza privada en virtud del cual dos o más partes confían una disputa legal a uno o más particulares -árbitros- para que la diriman y emitan una decisión definitiva y obligatoria para las partes.² José Luís Siqueiros lo define como “un método o una técnica mediante la cual se tratan de resolver extrajudicialmente las diferencias que puedan ocurrir o que han surgido entre dos o más partes, mediante la actuación de una o varias personas (árbitros) los cuales derivan sus facultades del acuerdo consensual de las partes involucradas en la controversia.”³

Si nos detenemos en el arbitraje de inversiones, este nació con el objetivo de despolitizar los litigios a través de la creación de un marco jurídico neutral que se adapte a los conflictos producidos específicamente entre los Estados y los inversores extranjeros, quienes no estaban dispuestos a arriesgar su capital en el país en donde efectuaban la inversión si ésta iba a depender de la justicia local.

De esta manera, se comenzó a divisar la necesidad de construir un sistema arbitral independiente que pudiese brindar confianza al inversor pero que a la vez

¹ BOTERO SANCLEMENTE, A. M. y CORREA HENAO, N. *Arbitraje internacional*. 2004. Bogotá: Cámara de Comercio, p.19

² CAIVANO, Roque J. Publicado en *Rev. El Derecho*, 272, nro. 14.157, 2017.

³ SIQUEIROS, José Luís: “El arbitraje, marco normativo, tipos de arbitraje, compromiso arbitral y cláusula compromisoria”. *Pauta*, México, año 99, núm. 29, 2000, Pág. 3.

permitiera una defensa válida. Fue así como en 1965 surgió el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) en un contexto internacional marcado por la descolonización y por el “Nuevo Orden Económico Internacional”, que pretendía regular el mundo favoreciendo teorías socializantes del tercer mundo desde las Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas.⁴

Este nuevo modelo buscaba que los inversores no dependan de la apreciación política de su gobierno en caso de una controversia con el Estado receptor de la inversión y, fundamentalmente, que el Estado de origen del inversor quede al margen del litigio y no repercuta en absoluto en las relaciones diplomáticas bilaterales con el mencionado Estado receptor.⁵

Por su parte, el Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados Contratantes de 1965, también conocido como la Convención de Washington (CW), estableció un sistema integral y autosuficiente de arbitraje para controversias entre inversionistas internacionales y Estados receptores. Como consecuencia, el CIADI se ha convertido en el principal foro arbitral a escala mundial para la resolución de controversias entre inversionistas y Estados a lo largo de los últimos 40 años.

El arbitraje mixto ha estado escapando al estricto marco contractual para convertirse en una especie de instrumento de control. Funciona a su vez para verificar el debido respeto por parte de los Estados de la legalidad en el ámbito económico y contractual. Este tipo de arbitraje permite a un particular verificar que el Estado cumpla con sus obligaciones internacionales. Esto implica un significativo elemento diferencial con el arbitraje comercial: aquí no se establece un sistema de solución de controversias entre partes presuntamente iguales. Se lo considera sino como un procedimiento para proteger a los inversionistas extranjeros que, como regla general, se hallan en una situación de desigualdad en el marco del contrato, frente a la soberanía y potestades gubernamentales de un Estado. Así lo manifiesta en su opinión individual el árbitro Thomas Wälde:

⁴ VIVES CHILLIDA, A. *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*, Madrid: McGraw-Hill, 1998, pp. 527 ss.

⁵ ORREGO VICUÑA, F. “New Issues in the Settlement of Disputes of International Investments; the Global Reach of the Role Dispute Settlement”, *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes: liber amicorum Judge Thomas A. Mensah*, Leiden, Nijhoff, 2007, pp. 297–312.

“Aunque se invocan las formas y procedimientos del arbitraje comercial internacional, a los efectos de su aplicación es necesario tener en cuenta que su finalidad es regir el procedimiento, pero no introducir principios, normas y conceptos jurídicos sustanciales usados en el arbitraje comercial internacional en controversias cualitativamente diferentes sobre inversiones entre un inversionista extranjero y el Estado receptor. El arbitraje comercial internacional supone partes más o menos iguales que llevan a cabo complicadas transacciones comerciales internacionales. El arbitraje en materia de inversiones difiere fundamentalmente del arbitraje comercial internacional: rige la situación de un inversionista extranjero expuesto a la soberanía y a las potestades gubernamentales de un Estado en materia reglamentaria, administrativa y de otro género”.⁶

La proliferación de casos de arbitraje internacional está directamente relacionada con el fenómeno de la globalización. Este ha implicado una agilidad en los movimientos económicos durante los últimos treinta años. Las relaciones de la comunidad internacional han cambiado sobremedida producto de la expansión de los espacios económicos nacionales e internacionales. Hoy por hoy, y desde hace algunas décadas, existen exigencias elevadas de funcionamiento del comercio internacional, en donde absolutamente todos los componentes que lo integran son interdependientes. Se trata de “manifestaciones contemporáneas de la evolución del fenómeno económico transnacional de la globalización”.⁷

Antes de este suceso, el derecho internacional público y el derecho internacional privado eran caminos distintos y autónomos, separados cada uno en su respectiva esfera, pero en la actualidad, debido a la fuerte evolución de los negocios internacionales, el propio contenido del derecho internacional se ha visto influido. Hoy resulta cada vez más delgada la línea que los divide.

El Derecho debe evolucionar a la par de las necesidades de la sociedad; y esta sociedad internacional actual posee un gran tráfico económico transnacional con problemas que plantean diversas complejidades. Por ese motivo, el arbitraje mixto internacional ha sido elegido cada vez más, porque es eficaz a la hora de impartir justicia sin hacerlo al servicio de ningún Estado determinado, sino al servicio de la comunidad internacional. Se constituye como el método de solución de conflictos más

⁶ Opinión independiente del árbitro Thomas Wälde, en el arbitraje realizado conforme al Capítulo XI del TLCAN y a las Reglas de Arbitraje de la Cnudmi: *International Thunderbird Gaming / Estados Unidos Mexicanos*, 26 de enero de 2006, Párrafo 12. http://www.economia.gob.mx/swb/work/models/economia/Resource/434/1/images/Controversias/Casos_Mexico/Thunderbird/laudos/opinion_ind.pdf.

⁷ PEEMANS, J. P. *Globalización y desarrollo: algunas perspectivas, reflexiones y preguntas*. 1996 Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, pp. 16-19

utilizado a nivel mundial toda vez que se adapta mejor a los complejos negocios transnacionales, en particular inversiones de esa índole. A medida que éstas aumentan sus volúmenes, en relación directamente proporcional lo hacen las probabilidades de que surjan conflictos y con ellas, la necesidad de una solución rápida y formulada por un especialista en el tema. A ello se le suman las otras ventajas que provee el arbitraje como herramienta, tales como la neutralidad, la flexibilidad y la confidencialidad. Planteado así, resulta lógico que la actividad del arbitraje internacional se haya multiplicado.⁸

Adentrándome ya en el presente trabajo en particular, diré que el objeto de este estudio se focaliza en analizar si es posible crear un conjunto de laudos que obligue a los árbitros a decidir de una u otra manera ante casos similares en el marco del arbitraje internacional de inversiones.

Para ello, en primera instancia, dedicaré el Capítulo I a considerar cuáles son los límites de las características propias del arbitraje internacional de inversiones que permiten trazar una línea que los vincule con la posible configuración de una “jurisprudencia” arbitral. Puntualmente me centraré en la denominada “crisis del principio de confidencialidad del arbitraje” que habilita a hacer uso del precedente arbitral. Asimismo, procuraré diferenciar los conceptos de confidencialidad y de privacidad en términos de arbitraje internacional.

En el Capítulo II, el lector hallará una descripción detallada de la influencia que posee el *Common Law* en la hipotética creación de esta “jurisprudencia” arbitral. En el arbitraje internacional confluyen abogados, partes y árbitros de distintos países con distintas tradiciones jurídicas, tales como el Derecho Civil o el mencionado *Common Law*, en el que el uso del precedente ante casos similares es directamente obligatorio. En el Capítulo II el lector descubrirá la importancia de este punto, principalmente a la hora de determinar las fases de un procedimiento dirigido por las partes, conforme su naturaleza privada.

El tercer y último capítulo está enteramente abocado al caso argentino y tiene por objeto el análisis de la disparidad de las decisiones arbitrales ante casos casi idénticos, teniendo en cuenta que el campo de investigación está limitado a aquellos

⁸ OTERO SANCLEMENTE, A. M. y CORREA HENAO, N. *Arbitraje internacional*. 2004. Bogotá: Cámara de Comercio, p.21

procedimientos arbitrales iniciados como consecuencia de la crisis económico-financiera que atravesó el país en el año 2001. En este capítulo, el lector encontrará una lista cronológicamente ordenada con las demandas iniciadas contra la República Argentina ante el CIADI tras la crisis del 2001, en donde figuran las causas, los montos reclamados, las empresas involucradas, los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) que aplican y, finalmente quién gana y quién pierde. El fin último de tal enumeración es el de poner de manifiesto las soluciones disímiles a las que han arribado tribunales arbitrales distintos, aunque a veces con miembros en común, a problemas iguales. Verá el lector en este capítulo que incluso se han llegado a interpretaciones diversas de un mismo TBI y de un mismo artículo.

En cada uno de estos capítulos añadiré ejemplos reales, laudos, opiniones de árbitros y doctrinarios respecto a cada tema en particular. Me valdré de artículos de las revistas más reconocidas dentro del campo del arbitraje internacional, así como de la letra de las distintas convenciones y tratados. También citaré obras generales y contribuciones a libros colectivos para arribar a un análisis acabado de la materia en cuestión.

Tras la investigación de los tópicos plasmada en cada uno de los capítulos integrantes del presente trabajo, realizaré las debidas consideraciones finales para procurar responder a la pregunta que lo titula.

CAPÍTULO I: Los límites al principio de confidencialidad del arbitraje internacional y su vínculo con la jurisprudencia arbitral.

I.I. Las diferencias entre los conceptos de privacidad y confidencialidad.

Entre las ventajas del arbitraje internacional de inversiones se destaca como una de las más fundamentales a la confidencialidad. Actualmente, sobre este concepto existen algunas dificultades.⁹ Siempre se ha entendido que ante la naturaleza privada del procedimiento arbitral, aquellos que participaran en él debían resguardar la confidencialidad.¹⁰ Sin embargo, ya para finales de los 90s, Eric Schwartz, antiguo secretario general de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) cuestionaba esta costumbre tradicional.¹¹ Schwartz consideraba que el arbitraje podía permitirles a las partes que opten por la confidencialidad, pero que no por ese motivo se acepte en forma universal que esa deba ser la norma en todos los casos. Hoy por hoy podemos decir que hay distintos niveles de confidencialidad. No existe una uniformidad en los órdenes normativos de todos los países, ni siquiera en todos los centros arbitrales. Así, y en pos de trazar una línea básica general, se entiende que la confidencialidad será un deber siempre que sea esa la intención de ambas partes.

De este modo se han resuelto arbitrajes en los Estados Unidos en donde se ha negado la existencia del deber implícito de confidencialidad. En el caso USA contra Panhandle E. Corporation, el gobierno americano había solicitado a la empresa estadounidense la entrega de ciertos documentos que habían sido utilizados previamente en un arbitraje administrado por la Cámara de Comercio Internacional en Ginebra, entre una empresa subsidiaria de Panhandle y Sonatrach, que era y es aún la petrolera estatal de Argelia. Panhandle se negó a suministrar esa documentación alegando la naturaleza confidencial del arbitraje. No obstante ello, la Corte sostuvo que no existía la confidencialidad implícita y que para que esta proceda, las partes debían haberla

⁹ CHÁVEZ BARDALES, Enrique: “Nuevas perspectivas sobre privacidad y confidencialidad en el arbitraje comercial internacional”, *Rev. Lima Arbitration*, N° 3, 2007/2009, p. 238

¹⁰ DE TRAZEGNIES, Fernando, “La Publicidad en el Arbitraje” en *Ius*, N° 35, p. 67.

¹¹ SCHWARTZ, Eric, “The new 1998 ICC rules of arbitration: proceedings of the ICC conference presenting the rules”, *ICC Int. Court of Arbit. Bulletin*, Nov., 1997, p. 70.

pactado en forma expresa, añadiendo que las reglas de la CCI no establecían ninguna obligación al respecto.¹²

A su vez, una de los casos más conocidos y estudiados respecto al tema de la confidencialidad es *Alli Shipping c. Shipyard Trogir*, en el que un tribunal inglés reconoce la confidencialidad como característica inherente al proceso arbitral, pero con ciertos límites. El primero de ellos siendo el consentimiento de las partes, seguido por una orden judicial, el permiso del tribunal y, por último, la necesidad razonable para defender los intereses de las partes.¹³

Pero además de la confidencialidad tenemos también a la privacidad, que es un concepto vinculado al anterior, pero diferente. La privacidad hace alusión al hecho de que el arbitraje no es más que un contrato cuya función es la resolución de un conflicto entre dos o más partes. Es decir, no tiene impacto sobre terceros, y por ese motivo el ingreso de éstos en el desarrollo del proceso no tiene fundamento, salvo pacto en contrario de las partes.¹⁴ Asimismo, recordemos que en la amplia mayoría de los casos de arbitraje internacional de inversiones una de las partes es una empresa multinacional con una imagen que proteger y una determinada posición en el mercado a preservar. Por ello es lógica la exclusión de la prensa, de los competidores o de los consumidores en pos de mantener cierta información en secreto.

Por ese motivo es que las empresas se inclinan a elegir al arbitraje como medio de solución de conflictos en lugar de los procesos judiciales, que poseen audiencias públicas. La privacidad arbitral les permite sentirse cien por ciento libres de factores externos que las perjudiquen. Además, es dable recordar que la privacidad alcanza a los árbitros, por lo que esta cualidad los excluye de ser objeto de presión, y a los testigos,

¹² USA U.S. v. Pahandle Eastern Corp. 118 FRD 346 D. del 1988.

¹³ *Ali Shipping Corporation v Shipyard Trogir* [1997] APP.L.R. 12/19; Cfr. Smeureanu, Ileana M. "Confidentiality in International Commercial Arbitration". *Kluwer law international*: Great Britain, 2011. Pág. 44

¹⁴ CHÁVEZ BARDALES, Enrique: "Nuevas perspectivas sobre privacidad y confidencialidad en el arbitraje comercial internacional", *Rev. Lima Arbitration*, N ° 3, 2007/2009, p. 242

quienes no se ven influenciados por el público. Todo ello contribuye a la celeridad y continuidad del procedimiento.¹⁵

Sin embargo, insisto en que debemos marcar la distinción entre los conceptos de privacidad y confidencialidad. Sabemos que ambos son las dos ventajas por las cuales tanto empresas como Estados optan por el arbitraje internacional, pero si nos remontamos a 1995, un caso creó una gran confusión respecto a estas características del arbitraje. Se trata del caso *Esso*, llevado a cabo en la High Court de Australia. Esta sostuvo que “en el derecho australiano el deber general de confidencialidad no está implícito en un acuerdo de arbitraje, desde que la confidencialidad no es ni un atributo esencial de un arbitraje privado, ni tampoco parte de la naturaleza inherente del contrato y de la relación por él establecida”¹⁶. De este modo, el Caso *Esso* sentó una doctrina revolucionaria respecto a la confidencialidad, estableciendo que no existe ningún principio de carácter universal.

Por consiguiente, en términos de confidencialidad, el arbitraje quedará regulado bien por la ley del lugar de la sede arbitral en donde se desarrolla el procedimiento, por lo que establecen las normas de la institución que lo administra (en su caso) o por la voluntad expresa de las partes. Estos tres pilares cobran aún mayor relevancia en la actualidad, en donde las relaciones comerciales se acentúan a niveles exponenciales a punto tal de que las empresas mantienen vínculos en un sinnúmero de países. Pues bien, si se enfrentan a un conflicto legal y optan por el arbitraje, no siempre estará reconocida la confidencialidad según las reglas de cada país. Por eso son las partes quienes deben en todo momento tomar las precauciones del caso.¹⁷

Establecidas sus diferencias, sí podemos decir que estos dos conceptos están íntimamente ligados toda vez que la privacidad del arbitraje permite la confidencialidad. Una facilita a la otra. Existen distinciones pero una no es posible sin la otra, ni tendrían sentido. Si cuando concluyen las audiencias cualquier parte puede dar a conocimiento

¹⁵ CHÁVEZ BARDALES, Enrique: “Nuevas perspectivas sobre privacidad y confidencialidad en el arbitraje comercial internacional”, *Rev. Lima Arbitration*, N ° 3, 2007/2009, p. 243

¹⁶ *Esso Australia Resources Ltd and Others v. Plowman and Others* (1995) 128 ALR 401-402.

¹⁷ CHÁVEZ BARDALES, Enrique: “Nuevas perspectivas sobre privacidad y confidencialidad en el arbitraje comercial internacional”, *Rev. Lima Arbitration*, N ° 3, 2007/2009, p. 245

público la información del proceso, no tendría propósito alguno que estas sean privadas. El ex presidente de la London Court of International Arbitration (LCIA) sostiene que “la privacidad no tiene significado si las partes, a la par que deben llevar el proceso con privacidad de día, pueden ser libres de publicarlo de noche”.¹⁸ Las empresas en conflicto revelan información sensible como precios, costos, *know how*, estrategias de competencia y publicidad que podrían interesar a sus competidores, lo cual perjudicaría a las partes involucradas en el proceso arbitral. Por ese motivo, entiendo que la confidencialidad es necesaria, pero eso no quita que debe determinarse su tratamiento normativo, siendo que el deber de confidencialidad varía conforme cada legislación. A modo de ejemplo, podemos ver cómo en el Reglamento de Arbitraje de la Comisión De Las Naciones Unidas Para El Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), en adelante Reglas UNCITRAL por sus iniciales en inglés, la confidencialidad se limita al laudo. En su artículo 32.5 establece que podrá hacerse público el laudo sólo con el consentimiento de ambas partes.

De este modo, entiendo que la privacidad es un atributo que por lo general se encuentra presente en los distintos arbitrajes mixtos en el mundo, pero que por más que por muchos años se haya creído que eso conducía inexorablemente a la confidencialidad, hoy por hoy esa tesis está descartada. Prueba de ello son las discrepancias existentes en las distintas normas arbitrales sobre ésta materia desarrolladas por los centros de arbitraje con mayor renombre, tanto a nivel legislativo como jurisprudencial.¹⁹

I.II. La crisis del principio de confidencialidad que permite el uso del precedente arbitral.

Adentrándonos en aquel último concepto, la jurisprudencia arbitral, resultaría ilógico pensar que ante la cualidad de confidencial del arbitraje internacional, exista tal jurisprudencia. Pues bien, aquí es cuando podemos ver que el principio de confidencialidad no es absoluto, sino que tiene limitaciones.

¹⁸ PORTIER, L. Yves , “The occasionally unwarranted assumption of confidentiality” en *Arbitration Internacional*, Vol. 15, N° 2, 1999 p. 132.

¹⁹ CHÁVEZ BARDALES, Enrique: “Nuevas perspectivas sobre privacidad y confidencialidad en el arbitraje comercial internacional”, *Rev. Lima Arbitration*, N ° 3, 2007/2009, p. 265

Sabemos que el principio general es que la confidencialidad del laudo - que es la que nos convoca a los efectos de la jurisprudencia arbitral - debe ser respetada, por lo que sólo será divulgada cuando medie consentimiento de las partes.²⁰ Sin embargo, es posible que se permita el acceso a los laudos arbitrales con el fin de proporcionar mayor transparencia y cohesión al procedimiento.

Un caso relevante respecto a la confidencialidad de los laudos arbitrales es *Associated Electric & Gas Insurance Services Ltd. (AEGIS) c. European Reinsurance Company of Zurich* en 2003, llevado por las cortes inglesas.²¹ En este caso, estas dos empresas se han sometido a dos arbitrajes distintos, pero bajo la misma pretensión: que European Reinsurance pague una indemnización a AEGIS. En el primer arbitraje existía una cláusula de confidencialidad del proceso que incluía la resolución que se fuera a adoptar. Luego, en el segundo arbitraje, European Reinsurance intentó presentar el laudo del primero para poner fin al segundo con mayor celeridad. Ante esta situación, la contraparte interpuso una medida cautelar con el fin de que no se aceptara dicha presentación del laudo dada la cláusula de confidencialidad existente.

Aunque los argumentos planteados eran válidos, el tribunal inglés entendió que a pesar de la cláusula de confidencialidad, en este caso se intentaba mostrar al tribunal arbitral que ya existía entre las partes un suceso de la misma naturaleza. Es decir, no se estaba revelando información confidencial, sino que simplemente se estaba queriendo hacer valer el primer laudo para cumplir con el fin principal del arbitraje que es resolver una controversia. Pero además, el tribunal determinó que el principio de confidencialidad no tenía el sentido que AEGIS quería darle, sino que su fin es proteger a las partes ante terceros ajenos al proceso.²² Así, podemos establecer que no hay duda

²⁰ MERINO MERCHÁN, J. F. "Confidencialidad y arbitraje". *Spain Arbitration Review: Revista Del Club Español Del Arbitraje*, Nro. 2, 2008, p.92.

²¹ NOUSSIA, K. *Confidentiality in International Commercial Arbitration. A Comparative Analysis of the Position under English, US, German and French Law*. Hamburg, Germany. Pág.72

²² THOMSON, C. R. "Confidentiality in Arbitration: A Valid Assumption? A Proposed Solution!". *Dispute Resolution Journal* . Vol. 62 Núm. 2, Mayo 2007.

de que no es un principio absoluto, por el contrario, éste tiene límites que buscan mantener el orden social y la efectividad jurisdiccional.²³

Merino Merchán concuerda con esta tesis, sosteniendo que por más de que la confidencialidad sea efectivamente uno de los pilares del procedimiento arbitral y un elemento que fomenta su elección, en la práctica hay limitaciones de todo tipo. Es frecuente que se impugnen los laudos o que se solicite su protocolización, entre otras acciones que los convierten en instrumentos *erga homines*. Asimismo, como segundo límite, menciona al interés público, es decir, a todo aquello que pueda llegar a afectar a los ciudadanos de una determinada colectividad. Es lógico que entonces se los deba informar de aquellas controversias o litigios que afecten a este interés público.

Por consiguiente, el gran límite al principio de confidencialidad en el ámbito del arbitraje internacional en los que interviene el Estado o sus organismos públicos es la defensa del interés público. En este contexto, la confidencialidad deja de ser un valor absoluto y, por el contrario, se relativiza en pos de valorar el interés común. Volviendo al mencionado caso *Esso Australia Resources c/ Honourable Sidney James Plowman*, recordemos que puesto que en el arbitraje intervenía el Estado australiano, la confidencialidad no podía considerarse un atributo fundamental y que debía prevalecer “el interés legítimo del público en obtener información relativa a los asuntos de las autoridades públicas”.²⁴ Muy parecido fue el caso de *Cockatoo Dockyard*²⁵ en el que se estableció que no era compatible exigir un “alto nivel de confidencialidad” con el concepto del “derecho a saber del público” protegiendo el bien jurídico del interés público.²⁶ Por otro lado, en el caso *Loewen and Loewen Corporation c/ Estados Unidos*

²³ CEPEDA, C. “El arbitraje y la importancia del principio de confidencialidad”. *USFQ Law Review*, 2013, 1(1), p.7.

²⁴ *Esso Australia Resources c/ Honourable Sidney James Plowman* (1995) 183 CLR10. Fuente REDFERN, HUNTER, BLACKABI, PARTASIDES, *Law practice of international commercial arbitration*, 4.ª ed., pág. 94.

²⁵ *Commonwealth of Australia v. Cockatoo Dockyard Pty Ltd.* 1995.

²⁶ ROGERS Y MILLER, “Non Confidential arbitration proceedings”, *Arbitration international*, 1996, Vol. 12, núm. 3, pág. 343

de América²⁷, el gobierno solicitó que todas las actuaciones y documentos estén disponibles para el público, dado el interés público que subyacía en ese arbitraje.²⁸

Todo ello ha ocasionado que fundamentalmente por Internet, aunque también por otros medios, este tipo de arbitrajes posean una publicidad magna, generando una verdadera “crisis sin precedentes en la confidencialidad de la institución arbitral” según Merino Merchan.²⁹ Ante esta situación, algunos reglamentos arbitrales han sido modificados para resguardar el carácter confidencial del arbitraje. Por ejemplo, el Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA), en vigor desde el 1 de enero de 1998, en su artículo 30 establece: “1. Salvo acuerdo por escrito expreso en contrario de las partes, éstas, como principio general, se comprometen a mantener la confidencialidad de todos los laudos dictados en el curso del arbitraje, así como la de toda la documentación obrante en el procedimiento y la de cualesquiera otros documentos presentados por otra parte litigante que no sean de dominio público, salvo y en la medida en que su revelación sea consecuencia de la solicitud de una parte en ejercicio de su legítimo derecho para perseguir o proteger cualquier derecho o ejecutar o recurrir cualquier laudo de buena fe ante un juzgado competente o ante cualquier otra autoridad judicial. 2. Asimismo, las deliberaciones del Tribunal Arbitral son confidenciales entre sus miembros, salvo y en la medida en que, de conformidad con los artículos 10, 12 y 26 en este Reglamento, se requiera su revelación de los miembros del Tribunal Arbitral para justificar el rechazo de un árbitro a participar en el arbitraje. 3. La Corte de la LCIA no publica —ni total, ni parcialmente— ningún laudo sin el previo consentimiento de todas las partes y del Tribunal Arbitral”.

También lo hace el Reglamento de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) aportando un “triple ámbito de confidencialidad” para los arbitrajes que se lleven a cabo bajo sus reglas. Primero, el deber de las partes a mantener en confidencialidad la existencia misma del arbitraje. Segundo, la confidencialidad de la

²⁷ R. Loewen and Loewen Corp. c/ Estados Unidos de América. Laudo de jurisdicción, 5 de enero de 2001.

²⁸ REDFERN y otros, *ob. cit.*, pp. 95 y 96.

²⁹ MERINO MERCHÁN, J. F. “Confidencialidad y arbitraje”. *Spain Arbitration Review: Revista Del Club Español Del Arbitraje*, Nro. 2, 2008, p.94.

información que se divulga en el procedimiento se da por asumida. Tercero y último, la confidencialidad que las partes deben mantener respecto al laudo. Respecto a ello, “solo podrá divulgarse éste a terceros cuando expresamente lo autoricen las partes o se trate de un asunto de dominio público o sirva la divulgación para proteger los derechos jurídicos de una parte”³⁰.

De igual manera, el Reglamento de Arbitraje Suizo establece que los laudos, las resoluciones y el material presentado en el proceso son confidenciales, excepto que medie un deber legal de revelar la información obtenida durante las actuaciones arbitrales.³¹

Las limitaciones que posee este principio general conllevan a la publicidad de los laudos arbitrales, permitiendo que emerja una especie de experiencia común. En la práctica, los árbitros de los arbitrajes de inversiones internacionales cuentan con pleno acceso a las decisiones de otros tribunales producto de que la gran mayoría de los laudos son públicos. Si bien en todos los arbitrajes la publicidad del laudo depende de la voluntad de las partes, es cierto que por lo general estas no se oponen y, por consiguiente, los centros de arbitraje, las revistas jurídicas o los abogados los publican.³² Entonces, los árbitros tienen a su disposición decisiones anteriores a las que pueden acudir cuando se les presenten cuestiones similares y deban decidir. Si bien ello no los obliga a efectivamente seguirlas al pie de la letra, pareciera ser innegable que las circunstancias permiten que así sea. De hacerlo, podríamos decir que estamos yendo hacia una “jurisprudencia” arbitral.

Sin embargo, en la actualidad carecemos de una estructura institucional cuya tarea sea la de recabar los distintos laudos a nivel internacional y otorgarles un sentido y orden determinado. Como expresé anteriormente, la publicidad de los mismos es tarea de distintos agentes y no de una institución en particular constituida para ese fin. Esto

³⁰ Artículo 75 y siguientes del Reglamento de Arbitraje de la OMPI disponible en www.wipo.int/amc/es/arbitration/rules/index.html#conf2

³¹ Artículo 44 del Reglamento de Arbitraje Suizo disponible en www.swissarbitration.org/files/33/Swiss-Rules/SRIA_spanish_2012.pdf

³² WALDE, T. “Confidential Awards as Precedent in Arbitration. Dynamics and Implication of Award Publication”, en *Gaillard*, 2007, 113-135, p. 123.

nos lleva a pensar: ¿es posible la unificación? ¿Es posible coordinar las decisiones? Considero que existen elementos que permitirían responder afirmativamente estas preguntas, y uno de ellos es precisamente la publicidad de los laudos, vinculada de manera inexorable a la crisis del principio de confidencialidad del arbitraje.³³

Como manifesté con anterioridad, por más de que el arbitraje tenga como cualidades distintivas de otros procesos de resolución de conflictos - principalmente el jurisdiccional - el hecho de que sea privado y confidencial, la relativización de estas características permiten que exista la posibilidad de crear soluciones generales. Son decisiones basadas en derecho, accesibles en su gran mayoría al público y motivadas, generando en consecuencia que otros árbitros tomen o, mejor dicho, tengan la opción de tomar ese laudo como precedente.

Por otro lado, el segundo elemento está dado por la similitud entre tribunales arbitrales. Sin perjuicio de que son independientes entre sí, es innegable que cuentan con características comunes que les dan la posibilidad de desarrollarse como una unidad. En el siglo XX, el arbitraje como método de resolución de conflictos se fue perfeccionando producto de las distintas convenciones internacionales, leyes tipo de arbitraje y de la creación de instituciones arbitrales con sus reglamentos de arbitraje.³⁴ Ello generó una homogeneización en el procedimiento en sí mismo y no sólo eso, sino que en cuanto al fondo de estas normativas internacionales, por lo general sucede que ante tópicos similares, se regulan casi idénticos subtemas. Esto es a causa de que los reglamentos se redactan en concordancia con los tratados internacionales denominados “tipo” o “modelo”, generando cláusulas idénticas en tratados diferentes.

Esta similitud entre tribunales es uno de los elementos que debemos tomar en consideración para responder afirmativamente al planteo que nos convoca, que es si estamos o no en camino hacia una jurisprudencia arbitral. Aquellos que consideran que esta es una misión imposible dirán que por más de que los tribunales sean parecidos, las

³³ BENTOLILLA, D. “Hacia una jurisprudencia arbitral en el arbitraje internacional de inversiones”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* [en línea]. 2012, p. 388. ISSN: . Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=402740628011>

³⁴ BENTOLILLA, D. “Hacia una jurisprudencia arbitral en el arbitraje internacional de inversiones”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* [en línea]. 2012, p. 386. ISSN: . Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=402740628011>

diferencias en las nacionalidades de los árbitros, que implican tener distintas tradiciones jurídicas, hacen difícil que los unos se sigan a los otros. Sin embargo, el arbitraje es plural a tal punto que se vuelve casi neutro culturalmente. Posee tantas tradiciones legales en sus formas que pasó a ser un híbrido que contempla, de cierto modo, a todas ellas. Según Gaillard, tiene una “naturaleza plural y específica”³⁵. Por su parte, Thomas Wälde sostiene que el arbitraje internacional tiende a expresar una síntesis o una cohabitación de dos modelos: *common* y *civil law*, y que, por lo tanto, no está regido por una cultura específica o una tradición legal de alguna nación particular.³⁶

De este modo, y conjugando ambos elementos, vemos cómo los tribunales arbitrales a pesar de ser autónomos e independientes entre sí, tienen la posibilidad de acceder a los laudos motivados de otros. Ello nos lleva a que nos planteemos la siguiente pregunta: esas soluciones generales, esa especie de jurisprudencia, ¿es coherente o pueden también darse divergencias importantes en el ámbito internacional? Particularmente en el arbitraje internacional de inversiones existen varios ejemplos de ambas situaciones. Respecto a las divergencias me explayaré en el último capítulo de este trabajo, tomando a Argentina como ejemplo de decisiones disímiles ante casos parecidos. Vale siempre recordar que si bien es función del árbitro arribar a una solución de la controversia valiéndose de la interpretación o ejecución de un tratado, contrato o ley determinado, es imposible pretender que lo realice en forma mecánica. El árbitro no deja de ser un sujeto y por tanto subjetivo y para poder conseguir esa interpretación clara de las distintas normas es válido que se adapte a los tiempos actuales y se sirva de decisiones anteriores, siguiéndolas o no, como veremos más adelante.

Esta potestad que posee le permite crear soluciones consensuadas que justamente nacen a partir de la aceptación de otros árbitros, entendida cuando éstos las utilizan para resolver las controversias a su cargo. Esto aporta al arbitraje internacional

³⁵ GAILLARD, E. “Towards a uniform international arbitration law?” *YAP Seminars*, Paris, March 28, 2003, p. 1.

³⁶ WÄLDE, T. “The Specific Nature of Investment Arbitration”, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux / New Aspects of International Investment Law*, 2007, p. 52.

coherencia y previsibilidad, que son dos de las mayores ventajas de la creación de cierta jurisprudencial arbitral.³⁷

Bentolilla se pregunta por qué los árbitros buscan ser coherentes y lo responde con la Teoría Económica de la elección racional aplicada al derecho.³⁸ Explica que dicha teoría no fue utilizada para el arbitraje internacional, sino más bien para analizar el comportamiento de los jueces y el impacto que tiene el precedente a la hora de decidir. Sin embargo, se vale de esta teoría ante la evidente similitud que existe entre las funciones de un juez y de un árbitro para poder entender cuál es el motivo por el que se utilizan precedentes arbitrales.

Si nos basamos en principios económicos, tenemos a la maximización de utilidades. Los árbitros tienden a maximizar su utilidad y a reducir los riesgos. La coherencia y el mantener un *status quo*, brindar una cierta previsibilidad y tener una línea lógica de obrar les permiten obtener mayores beneficios. La realidad es que las partes eligen árbitros que sean racionales y, fundamentalmente, coherentes. Estos buscan continuidad y estabilidad, aunque ello no implique que necesariamente, como ya he expuesto, estén obligados a seguir las decisiones previas, mas la necesidad que tienen de ser coherentes los impulsa a hacerlo, o bien a explicar detalladamente por qué no lo hacen.

CAPÍTULO II: Influencia del Common Law en la jurisprudencia arbitral.

En el arbitraje internacional habitualmente confluyen abogados, partes y árbitros de diferentes jurisdicciones y tradiciones jurídicas. Ello genera que sean normales los planteos acerca de qué práctica ha de llevarse a cabo a lo largo del procedimiento arbitral, específicamente en la fase probatoria, dado que existen notables diferencias entre los sistemas del *common law* y del *civil law*.³⁹

³⁷ BENTOLILLA, D. “Hacia una jurisprudencia arbitral en el arbitraje internacional de inversiones”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* [en línea]. 2012, p. 397. ISSN: . Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=402740628011>

³⁸ LANDES, W. and POSNER, R. “Legal Precedent: A Theoretical and Empirical Analysis”, *19 Journal of Law and Economics*, 1976, p. 249.

³⁹ MONTERO, J.F y ROMERO, M. “La conducta del abogado y la práctica de la prueba en el arbitraje internacional”. *Thomson Reuters*. Madrid. 2017. P. 349

En los países de *common law*, las decisiones de los tribunales superiores -como la *House of Lords* de Inglaterra o la Corte Suprema en Estados Unidos- son obligatorias para los tribunales inferiores y para ellos mismos, en virtud de la doctrina del *stare decisis*.⁴⁰ De este modo, el precedente es el método por el cual se crean normas generales, constituyendo una fuente directa de derecho. En otras palabras, la decisión judicial se convierte en la norma.

En los países de derecho civil, solamente en ciertos casos los tribunales superiores pueden imponer una jurisprudencia constante, teniendo en cuenta que se basan en un sistema de derecho codificado. En tales casos esa jurisprudencia es considerada fuente de derecho positivo y, en consecuencia, es obligatoria para otros tribunales. A diferencia del *stare decisis*, la norma general es creada por la repetición y la consistencia de la solución judicial.⁴¹

La mayor de las diferencias recae en la fase de la prueba del procedimiento de arbitraje internacional. A pesar de ser, la práctica probatoria, una de las cuestiones principales en el proceso arbitral, en los reglamentos de las principales instituciones arbitrales nos encontramos con pocas normas referidas a tal tópico.⁴² Ciertamente es que el principio de flexibilidad rige en cada arbitraje y que por ello siempre se tiende a adaptar las necesidades al caso concreto. Las partes poseen mayor poder y generalmente arreglan conforme sus preferencias y de mutuo acuerdo sobre la práctica de la prueba: forma, lugar, tiempo, criterios de admisión y parámetros de valoración.⁴³ Sin embargo, repito que en el caso de arbitraje internacional, cada figura que integra el procedimiento está acostumbrada a operar de un cierto modo, ante sus respectivos tribunales de Justicia y a utilizar ya no solamente leyes de fondo diferentes, pero principalmente sistemas procesales diversos. El arbitraje internacional promete a las partes en litigio un foro

⁴⁰ GRAY, J.C., *The Nature and Sources of the Law*, 2nd ed, New York, Macmillan, 1921, p. 56.

⁴¹ BENTOLILLA, D. "Hacia una jurisprudencia arbitral en el arbitraje internacional de inversiones". *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2012, p. 377. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=4027/402740628011>

⁴² HERRERA PETRUS, C. "Reflexiones sobre el discovery y otros aspectos probatorios del common law en el arbitraje internacional desde la perspectiva del jurista continental", *Diario LA LEY*, n° 8829, de 22 de septiembre de 2016, Editorial Wolters Kluwer.

⁴³ REDFERN, A., HUNTER M., *International Arbitration*, Oxford University Press, 6th ed, pág. 353.

neutro, atrayéndolas mediante la eliminación de esas divergencias en materia procesal y la oferta de un procedimiento específico para ellas, con reglas flexibles de adjudicación. Sin embargo, en materia probatoria, el mayor contraste recae en torno a los dos principales modelos jurídicos que mencioné con anterioridad: el *common law* y el Derecho Continental o Civil. Pero dado el espacio flexible que ofrece el arbitraje internacional, este proporciona la oportunidad para encajar ambas familias jurídicas en un mismo procedimiento.⁴⁴

Si nos detenemos en los principales rasgos que distinguen a ambos sistemas, comprenderíamos las implicaciones que estos poseen en la práctica de la prueba en el arbitraje internacional. Para empezar, en un sistema de *civil law* predomina el principio inquisitivo, en el que existe una mayor presencia del Juez en la fase probatoria. Este adquiere un rol totalmente activo en la instrucción y obtención de las pruebas. En cambio, en el *common law*, rige el principio acusatorio y son las partes las que gozan de un amplio campo de acción en la fase probatoria, relegando al Juez, quien sólo interviene con el objetivo de garantizar una confrontación correcta y equitativa.

En segundo lugar, el desarrollo de la fase probatoria no es igual. Mientras que en el *civil law* tal etapa está caracterizada por la unidad del acto bajo la presencia del Juez, en el *common law* la prueba se divide en dos: i) el *pre-trial*, es decir previo al acto del juicio, en donde las partes se dedican a la obtención de la mayor información posible sobre los hechos mediante la práctica del *discovery*, todo ello sin la intervención del magistrado; y ii) el *trial*, que tiene como finalidad la presentación de la prueba ante el Juez y, por lo general, ante un jurado.⁴⁵

Además, los requisitos de admisión de la prueba poseen grandes diferencias. En los sistemas de *civil law* se exige a las partes que la prueba sea pertinente, útil para esclarecer los hechos controvertidos y no prohibida por la ley, sólo así puede ser admitida por el Juez. En cambio, en el *common law* no se requiere la existencia de un

⁴⁴ HERRERA PETRUS, C. “Reflexiones sobre el discovery y otros aspectos probatorios del common law en el arbitraje internacional desde la perspectiva del jurista continental”, *Diario LA LEY*, n° 8829, de 22 de septiembre de 2016, Editorial Wolters Kluwer.

⁴⁵ TARTUFFO, M., “El proceso civil de “civil law”: Aspectos fundamentales”, *Revista Ius e Praxis*, número 1, 2006, página 75.

vínculo de relevancia tan claro con los hechos en disputa. Se entiende que aquellos alegados en los *pleadings* iniciales son meramente indicativos y no delimitan definitivamente el proceso. Por ese motivo, es menester esperar a la etapa del *trial* para que el Juez sea quien defina sobre la relevancia y admisibilidad de la prueba.⁴⁶

De este modo, podemos ver las disimilitudes existentes entre ambos sistemas respecto de la obtención, admisibilidad y práctica de la prueba. Ello llevado al plano del arbitraje internacional, adquiere aún mayor relevancia toda vez que allí convergen partes y árbitros que directamente tienen concepciones distintas sobre toda la práctica de la prueba.⁴⁷ Si una parte es francesa, la otra estadounidense y la composición del Tribunal Arbitral está dada por tres árbitros procedentes de Ecuador, España e Inglaterra, ¿qué reglas deben aplicar los árbitros en materia de práctica de la prueba?

Para contestar esa pregunta, en el año 2008 el Comité de Arbitraje de la *International Bar Association* (IBA) estableció un Grupo de Trabajo sobre la Práctica del Abogado en el Arbitraje Internacional. En el Preámbulo de las Directrices, figura que el objetivo de este Grupo de Trabajo es precisamente detectar los problemas relativos a la conducta de los abogados en el arbitraje internacional, quienes se encuentran sometidos a diversas normas que pueden ser contradictorias.⁴⁸ Así, el 25 de mayo de 2013 la IBA publicó Directrices en pos de proponer ciertos estándares de conducta para aquellos casos en los que intervengan abogados que se encuentren sujetos a normas y reglas de naciones contradictorias. Estas Directrices buscan adecuar las diferencias legales y culturales de los participantes del procedimiento arbitral, dada la multinacionalidad de las controversias.

De todas formas, vale mencionar que la aplicación de estas Directrices, sea total o parcial, siempre dependerá de la voluntad de las partes, plasmada en el convenio arbitral o en un momento ulterior. Ello no descarta la posibilidad de que el Tribunal

⁴⁶ HERRERA PETRUS, C. “Reflexiones sobre el discovery y otros aspectos probatorios del common law en el arbitraje internacional desde la perspectiva del jurista continental”, *Diario LA LEY*, nº 8829, de 22 de septiembre de 2016, Editorial Wolters Kluwer.

⁴⁷ MONTERO, J.F y ROMERO, M. “La conducta del abogado y la práctica de la prueba en el arbitraje internacional”. *Thomson Reuters*. Madrid. 2017. P. 352.

⁴⁸ Preámbulo de las Directrices, pág. 1.

Arbitral se valga de ellas para asegurar la integridad y justicia en el procedimiento, aunque para ello sí se requiere que las partes se pronuncien al respecto.⁴⁹

A su vez, las Directrices recogen y complementan los principios que establecen las Reglas sobre la Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional⁵⁰. En ellas se establece que el Tribunal Arbitral o bien el árbitro únicamente pueda inadmitir las pruebas propuestas o declarar la imposibilidad de exhibición de determinados documentos cuando se produzcan las causas enumeradas en el artículo 9.2 que son: i) la prueba no sea lo suficientemente relevante o útil para la resolución del caso, ii) haya algún impedimento legal o *privilege* bajo las normas jurídicas o éticas determinadas como aplicables por el Tribunal Arbitral, iii) exista una carga excesiva para la práctica de la prueba propuesta, iv) se haya perdido o destruido el documento solicitado, v) exista un motivo de confidencialidad que el Tribunal estima como relevante, vi) las pruebas han sido clasificadas como secretas por parte de un gobierno o de una institución pública internacional o vii) cuando el tribunal considera que no se debe practicar por razones de economía procesal, proporcionalidad, justicia o igualdad entre las partes.

Con todo lo expuesto, podemos ver que efectivamente los sistemas jurídicos en análisis tienen sus distinciones, pero que con el régimen uniforme brindado por la IBA, es posible emparejar esas diferencias en la fase probatoria para siempre lograr alcanzar el objetivo principal del arbitraje que es mantenerlo como un procedimiento ágil y efectivo. Dicho ello, he de mencionar que en la práctica arbitral, tradicionalmente, se da una notable presencia de las categorías procesales del *common law* debido a que el carácter privado del arbitraje, sumado a su construcción progresiva y flexible, se adapta más a las concepciones angloamericanas que a las continentales.

Si observamos diferentes casos en el arbitraje internacional de inversiones, notaremos que son las propias partes las que otorgan un valor específico a las decisiones arbitrales anteriores. Es decir, no solamente los árbitros se valen de ellas para

⁴⁹ Directrices 1-3. Página 5.

⁵⁰ REGLAS SOBRE LA PRÁCTICA DE PRUEBA EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL, aprobadas el 29 de mayo de 2010 por Resolución del Consejo de la IBA.

determinar el contenido del laudo, sino que también las empresas o los Estados hacen alusión a casos previos para argumentar. A modo de ejemplo, podemos tomar un fragmento del laudo en el caso *Azurix Corp. v. La República Argentina (I)*:

“Argentina aduce que hay muy pocos laudos y autores que postulen la afirmación de que el estándar de trato justo y equitativo es diferente al estándar mínimo internacional. Sobre la base de los fallos de los tribunales en los casos Genin, Azinian y S.D. Myers, Argentina considera que el significado de este estándar “está relacionado con la finalidad de proveer un principio básico y general”, “constituye el mínimo estándar internacional” y “su violación requiere de parte del Estado receptor de la inversión actos que demuestren una premeditada intención hacia el incumplimiento de una obligación, una insuficiente acción que caiga por debajo de los estándares internacionales o aun mala fe subjetiva”. La Demandada recalca que en el caso Myers el tribunal declaró que el Artículo 1105(1) del TLCAN impone un “trato justo a un nivel aceptable para la comunidad internacional, medido con el más alto grado de deferencia hacia las autoridades nacionales”. Por lo tanto, “sólo se debe medir la razonabilidad de la medida que se denuncia como agravante y en forma deferente”.⁵¹

Como vemos, en un solo argumento Argentina toma tres decisiones anteriores con diferentes antecedentes legales que se basan en tratados distintos. Si leemos casi cualquier proceso de arbitraje internacional de inversiones, encontraremos formas de argumentación similares y no meramente con un fin referencial, sino que la decisión arbitral previa forma parte del argumento legal. Ello ha generado que en la última década emerjan nuevos conceptos como el de “expectativas legítimas o básicas del inversionista”, que en realidad no figuran en la letra de ningún tratado.⁵²

I. La naturaleza jurídica de las decisiones arbitrales previas.

Existen dos teorías que permiten explicar el por qué de la utilización de las decisiones arbitrales previas y en carácter de qué se implementan. La primera de ellas es conteste con las concepciones de la jurisprudencia en los países de derecho civil e

⁵¹ ICSID, 2006, Caso No ARB/01/12, Laudo, párr. 333.

⁵² PRIETO, G. “El precedente en el Derecho Internacional de inversiones: el valor argumentativo de decisiones arbitrales previas”, *Juris DictIo* No 1, 2000, p. 91 Quito: Universidad San Francisco de Quito.

implica la negación de que tales decisiones puedan tener una función generadora de derecho. De este modo, consideran que los laudos anteriores han de ser concebidos como simples fuentes de inspiración para los tribunales arbitrales. En cambio, la segunda de estas teorías consiste en reconocer que las decisiones previas tienen características generativas de derecho, lo cual condice con el peso que se le otorga a la jurisprudencia en el *common law*.

I.I. Las decisiones arbitrales previas como meras referencias.

La primera tendencia comprende a las decisiones arbitrales anteriores como meras referencias cuya utilidad yace en el proceso de interpretación. A principios de los 2000, algunos tribunales y parte de la doctrina han enfatizado que las decisiones previas no han de considerarse como fuente de obligaciones.⁵³ Por ejemplo, en el caso *UPS v. Canada* el Tribunal ha manifestado que:

“[...] los numerosos tratados bilaterales para la protección de las inversiones de los que depende el argumento varían en sus obligaciones sustantivas; si bien son muchos tratados su cobertura es limitada; no hay indicación de que reflejen un sentido general de obligación. El fracaso de los esfuerzos por establecer un acuerdo multilateral sobre inversiones proporciona una prueba más de esa falta de sentido de obligación.⁵⁴

Pero con el paso de los años, el número de referencias a laudos ha ido aumentando y ello ha llevado a la necesidad de redefinir la importancia del uso de las decisiones previas no como fuentes de *iure* sino de *facto* o como “fuentes materiales”.⁵⁵ Siguiendo esta teoría, las decisiones arbitrales son entendidas como fuentes que inspiran a los futuros tribunales debido a que otros árbitros se han enfrentado a hechos similares.

Sin embargo, el punto negativo de esta tendencia recae en que no alcanza a explicar tres desarrollos que son esenciales en la práctica arbitral de los últimos años.

⁵³ Mills, A. “Antinomies of Public and Private at the Foundations of International Investment Law and Arbitration”, *Journal of International Economic Law*, 14 (2,1), 2011, p. 475. <https://doi.org/10.1093/jiel/jgr020>.

⁵⁴ UNCITRAL, 2002, Caso No. UNCT/02/1 Award on Jurisdiction, párr. 97.

⁵⁵ DE BRABANDERE, E. “Arbitral Decisions as a Source of International Investment Law”. En Tarcisio Gazzini y Eric de Brabandere. *International Investment Law: The Sources of Rights and Obligations*. Boston: Martinus Nijhoff. 2012, p. 247. https://doi.org/10.1163/9789004214538_010

En primer lugar, categorizar a las decisiones arbitrales como meras fuentes de inspiración no puede explicar el uso frecuente de conceptos nuevos como el que mencioné anteriormente, “expectativas legítimas del inversionista” o incluso el principio de proporcionalidad. Ambos términos no están presentes en los textos originales de los tratados. Tampoco el de “trato justo y equitativo”, que es un concepto nuevo producido tras el análisis de reclamos por incumplimientos de estándares absolutos. Es un término ambiguo al que los tribunales, al citarse y de ese modo “dialogar” entre sí, le están buscando el sentido corriente o mejor dicho, le están *creando* un significado.⁵⁶

En segundo lugar, la teoría en análisis no es capaz de explicarse teniendo en cuenta el funcionamiento sistémico del régimen arbitral. Este es un todo, una unidad, por más de que no sea estrictamente uniforme y homogéneo. Existen decisiones arbitrales que permiten descubrir una cierta línea conceptual de diversas decisiones arbitrales sobre un mismo concepto. En el Laudo de 2010 del caso *Global Trading v. Ucrania* el tribunal expresó:

“Según el conocimiento del Tribunal, esta es la tercera vez que se debe tomar una decisión sobre una objeción en virtud de la Regla 41 (5). Por lo tanto, el Tribunal es particularmente consciente de su responsabilidad de contribuir a la comprensión tanto de la Regla en sí, como también del procedimiento que debe seguirse en virtud de ella”.⁵⁷

La acepción de las decisiones previas como “fuentes de inspiración” no logra estar a la altura de la práctica arbitral de hoy día puesto que los tribunales no solamente consideran y definen el significado de los conceptos abstractos de los tratados, sino que lo hacen mediante la interacción sistemática entre sí.⁵⁸

El tercer y último punto está dado por el hecho de que un laudo arbitral tiene la capacidad de influir en el resultado de casos futuros por más de que se basen en tratados

⁵⁶ PRIETO, G. “El precedente en el Derecho Internacional de inversiones: el valor argumentativo de decisiones arbitrales previas”, *Juris DictIo* No 1, 2000, p. 92 Quito: Universidad San Francisco de Quito.

⁵⁷ UNCITRAL, 2006, Caso Thunderbird v. Mexico, Separate Opinion of T. Wälde, párrs. 15, 16.

⁵⁸ PRIETO, G. “El precedente en el Derecho Internacional de inversiones: el valor argumentativo de decisiones arbitrales previas”, *Juris DictIo* No 1, 2000, p. 93 Quito: Universidad San Francisco de Quito.

diferentes o que involucre a partes diferentes y reglas de procedimiento diferentes. En este caso, retomo lo que mencioné *ut supra* respecto a la invocación de una decisión previa por parte del tribunal para argumentar su laudo, aunque también es dable que una de las partes la invoque. De esta manera, puede suceder que un árbitro no estime como pertinente a esa decisión previa, pero en tal caso ha de argumentar el motivo por el cual se “resiste” a aplicarla. Ello con el objetivo de evitar un ulterior recurso de anulación de su laudo o su no ejecución, toda vez que la omisión de analizar la no aplicación de una decisión previa determinada invocada por la parte derrotada en el proceso puede llegar a ser interpretada como una violación a la Convención de Nueva York para la ejecución de Laudos Extranjeros, puesto que no fue capaz de “presentar un caso” en virtud del artículo 5.1 (b) de dicha Convención, para casos que estén bajo las reglas UNCITRAL.⁵⁹ En el supuesto de que el arbitraje se lleve a cabo bajo el marco del CIADI, el negarse a tratar un argumento que esté basado en un caso previo puede ser anulado ya que se discutiría que el laudo no indicó apropiadamente las razones de su decisión de conformidad con la regla 50.1 (iii) de las Reglas de Arbitraje del CIADI para los laudos.

I.II. Las decisiones arbitrales previas como generadoras de derecho.

La segunda de las tendencias considera que los laudos previos son más que meras fuentes de inspiración debido al grado de coherencia que poseen. Así lo podemos ver en el voto de Thomas Wälde en 2006 dentro del *Caso Thunderbird v. México*, donde explica la idea de una “jurisprudencia emergente”:

“Finalmente, deseo destacar la necesidad de prestar atención y respetar la jurisprudencia, en proceso de consolidación, que surge de las decisiones pertinentes de otros tribunales arbitrales autorizados, en especial las decisiones más recientes aplicables al TLCAN y a tratados de inversiones internacionales que por su metodología, procedimientos y contenido sustancial establecen un régimen similar al del Capítulo XI del TLCAN. Aunque en derecho internacional no rige la obligación de respetar los precedentes, esos laudos y sus fundamentos forman parte de una

⁵⁹ PRIETO, G. “El precedente en el Derecho Internacional de inversiones: el valor argumentativo de decisiones arbitrales previas”, *Juris DictIo* No 1, 2000, p. 93 Quito: Universidad San Francisco de Quito.

jurisprudencia emergente de derecho sobre inversiones internacionales. Esta es otra diferencia significativa con respecto al arbitraje comercial, en que no abundan los precedentes autorizados y persuasivos, en gran medida porque los laudos se emiten exclusivamente para partes privadas y porque en general no se dan a conocer públicamente. Por lo tanto, los tribunales de inversiones de tratados deben colocarse en el centro del derecho emergente sobre inversiones internacionales emergentes y no en sus límites o fuera de ellos [...].

[...] Aunque de por sí los laudos arbitrales individuales aún no constituyen un precedente vinculante, debería respetarse una línea de razonamiento coherente en que se desarrolle un principio y una interpretación especial de las obligaciones específicas de los tratados; si comienza a surgir una jurisprudencia autorizada, ésta adquiere el carácter de derecho internacional consuetudinario y debe respetarse. Toda desviación de una jurisprudencia adecuada y sólidamente establecida requiere una justificación basada en un amplio razonamiento. Este enfoque ayudará a evitar las amplias divergencias que caracterizan a algunos laudos arbitrales sobre inversiones, que no están sujetos a un sistema común y unificador de apelaciones. De no ser así, se corre el riesgo de desacreditar, en cuanto a su solidez, al sistema de arbitraje sobre inversiones internacionales, que se ha establecido como uno de los principales nuevos instrumentos para lograr una mejor gestión de la economía mundial. Pero también lo exigen las reglas aplicables del derecho internacional (Artículo 1131 del TLCAN) y, por lo tanto, el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia: una jurisprudencia arbitral moderna, cada vez más continua, no cuestionada y coherente forma parte de las fuentes formales de derecho internacional contenidas en las “decisiones judiciales” (Artículo 38 (1) (d)) y se desarrollará, con un efecto jurídicamente vinculante aún mayor, hasta dar lugar a la “costumbre internacional” (Artículo 38 (1) (b)), en especial del modo que una jurisprudencia arbitral define en un tratado contemporáneo y en un contexto fáctico los “principios generales de derecho”.⁶⁰

Vemos entonces cómo desarrolla extensamente el argumento a favor del reconocimiento del papel de los laudos como una fuente de derecho al referirse a ellos

⁶⁰ UNCITRAL, Caso Thunderbird v. Mexico, 2006, párrs. 15, 16.

como “jurisprudencia consolidada” vinculándola con las fuentes del derecho internacional. Asimismo, expresa que tales decisiones podrían entenderse como principios generales del derecho internacional consuetudinario. Como punto débil de esta tesis se ha argüido que se estaría creando derecho internacional consuetudinario sin una práctica estatal concreta. En otras palabras, los Estados no estarían actuando directamente en el proceso de formación de derecho ya que son los tribunales arbitrales quienes le están dando forma a los conceptos. Ello alejaría al uso del precedente arbitral del derecho consuetudinario toda vez que no estamos frente a una práctica estatal específica tal como exige el artículo 38 (b) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (ECIJ).

Sumado a Wälde, existen autores como Matthew C. Potterfield que explican la naturaleza de las decisiones previas como la existencia de un “*Common Law* de los derechos de los inversores”. Según Potterfield, existe un factor común entre la configuración del “estándar mínimo de trato” de la inversión extranjera, del “estándar de trato justo y equitativo” y de la ley común de los tribunales nacionales para argumentar que eso no puede constituir una “norma legítima de derecho internacional”. Potterfield sostiene que existe una ley común internacional de los derechos de los inversionistas que está en constante evolución que no proviene de los Estados y donde los parlamentos nacionales no poseen control alguno.⁶¹

Según Gustavo Prieto, investigador posdoctoral en el Departamento de Derecho de la Universidad de Turín, luego del voto de Wälde y del artículo de Potterfield, el número de casos de inversión y, por consiguiente, el de tribunales arbitrales ha aumentado dramáticamente. En 2007 se han conocido 300 casos y ya para principios de 2015 hubo 700. Como consecuencia de este incremento de casos, se produjo cada vez más el uso de decisiones previas como factor cada vez más común en las argumentaciones.

Algunos tribunales han explicado el uso de decisiones arbitrales anteriores señalando que no son vinculantes para casos futuros, pero que sí son relevantes a la hora

⁶¹ POTERFIELD, M., “An International Common Law of Investors Rights”, *Journal of International Law*, 27, 2006, p. 84-85.

de establecer obligaciones de los Estados, como en el caso *Glamis Gold Ltd v. United States of America* donde el tribunal consideró que las decisiones anteriores son “trayectorias” que les da una importancia sistémica. En este caso, se realizó una distinción entre un “mandato primario” que tiene un tribunal arbitral, que es el de resolver la disputa, y por otro lado, una función subsidiaria que implica entender el “contexto en el que se opera”. En ese contexto las decisiones previas carecen de “efecto de precedente” para el tribunal, pero es cierto que tal tribunal debe expresar sus razones en caso de desviarse de las “principales tendencias presentes en decisiones anteriores”.⁶² Esto significa que los árbitros sí pertenecen a un sistema que les genera la necesidad de tomar en consideración otros casos previos.

A modo de ejemplo, tenemos también los casos *Burlington Resources Inc v. la República del Ecuador* y *Saipem v. Bangladesh* en los que se entiende como contribución al desarrollo del derecho de inversiones el hecho de que exista un “deber” de adoptar soluciones establecidas en casos similares. Puntualmente en estos dos casos citados no existe ninguna conexión formal y parecen no tener punto en común alguno si analizáramos sus casuísticas, pero el mismo texto se reproduce en laudos totalmente diferentes debido a que lo que comparten es un árbitro, Gabrielle Kaufmann-Kohler. El texto que figura en ambos laudos establece que:

“El Tribunal considera que no está obligado a seguir decisiones anteriores. Al mismo tiempo, considera que debe prestar la debida atención a las decisiones anteriores de los tribunales internacionales. La mayoría cree que, sujeto a motivos convincentes en contrario, tiene el deber de adoptar soluciones establecidas en una serie de casos consistentes. Cree asimismo que, sujeto a las particularidades de un tratado determinado y de las circunstancias del caso, tiene el deber de intentar contribuir al desarrollo armonioso del derecho de inversión, satisfaciendo de este modo las expectativas legítimas de la comunidad de Estados e inversores hacia la seguridad jurídica que emana del estado de derecho”.⁶³

⁶² UNCITRAL, 2009, párr.7.

⁶³ ICSID, 2010, Caso No. ARB/08/5, párr.100.

II. La fuerza del precedente arbitral para los árbitros.

Si analizamos los casos de arbitraje de inversión de los últimos años, tanto en el CIADI como *ad hoc*, nuevamente podemos encontrarnos con esta división existente entre una mayor influencia del *civil law* (el árbitro tiene facultad para citar precedentes) y una injerencia más grande del *common law* (el árbitro directamente el deber de desarrollar y respetar la jurisprudencia arbitral).

En el *Caso AES c. Argentina* se ha seguido la primera de las dos posturas toda vez que el tribunal ha declarado que la misión limitada del árbitro no le impide seguir precedentes arbitrales pero que ello no se le impone. Este es uno de los casos que se inició contra Argentina producto de la crisis del 2001 y las medidas de emergencia adoptadas en consecuencia, que se analizará con mayor profundidad en el siguiente capítulo. Argentina alegó que el tribunal carecía de jurisdicción puesto que la controversia no recaía sobre AES y Argentina, sino sobre las sociedades en las que AES participaba y Argentina. En contra de ello, AES citó una serie de casos (*Azurix, CMS, I.G&E, Enron y Siemens A.G*) en los que los tribunales habían admitido las demandas de los accionistas por medidas dirigidas contra la sociedad local. Ante ello, Argentina alegó que el tribunal arbitral no podía seguir tales precedentes ya que eso sería contrario al principio de consentimiento propio del arbitraje, dada la naturaleza especial de cada tratado como *lex specialis*.

El tribunal arbitral ha declarado entonces que estaba de acuerdo con Argentina en el hecho de que cada TBI tiene su propia identidad y que, por consiguiente, los precedentes arbitrales no son necesariamente relevantes para otros tribunales del CIADI. No obstante, el tribunal ha rechazado la afirmación en virtud de la cual Argentina considera que debido a la especificidad de cada caso no pueden tenerse en cuenta las decisiones anteriores. El tribunal agregó que si los casos y su base jurisdiccional presentan un elevado nivel de similitud o inclusive de identidad, no es una prohibición considerar las decisiones anteriores.

En consecuencia, y dada la similitud entre los casos que la demandada citó - por ejemplo, muchos comparten la base de competencia como el TBI entre Estados Unidos y Argentina y el Convenio del CIADI - el tribunal decidió seguir estos precedentes.

Igualmente, aclaró que cada tribunal continúa siendo soberano y puede mantener una solución diferente para resolver un mismo problema.⁶⁴

Por el contrario, tenemos a la segunda corriente según la cual el árbitro tiene directamente el *deber* de seguir los precedentes especialmente cuando las soluciones son las mismas en una serie consistente de casos. Esta postura deviene de un gran número de decisiones que proceden de un mismo presidente, como *Austrian Airlines*, *Bayindir*, *Saipem* y *Burlington Resources*. Todos ellos contienen este párrafo:

"El tribunal considera que las decisiones de otros tribunales no son vinculantes. Al mismo tiempo, es de la opinión que debe considerar decisiones previas. El tribunal considera que, salvo motivos apremiantes en contrario, tiene el deber de adoptar las soluciones establecidas en una serie de casos consistentes. Asimismo, considera que, sujeto a las especificidades del tratado específico y de las circunstancias del caso concreto, tiene el deber de contribuir al desarrollo armonioso del derecho de las inversiones y, por tanto, de satisfacer las expectativas legítimas de la comunidad de estados y de inversores, en pos de la previsibilidad del estado de derecho."

En esta segunda posición la jurisprudencia asume un papel de persuasión y no de obligación, puesto que el deber es moral y no jurídico.⁶⁵ Sin embargo, desde lo práctico, resulta similar a la jurisprudencia obligatoria del *common law* debido a que si es constante, el árbitro *debe* seguirla. Al final, si tenemos en cuenta el objetivo último que tiene la jurisprudencia, la "jurisprudencia" arbitral tiene el mismo, que es lograr previsibilidad y seguridad jurídica.⁶⁶ Sin embargo, recordemos que el árbitro es privado y no representa a ningún orden jurídico nacional o internacionales, ya que su poder es investido en base a una convención determinada o a un acuerdo concreto en pos de resolver una disputa específica, desapareciendo tal poder una vez que es emitida la

⁶⁴ BENTOLILLA, D. "Hacia una jurisprudencia arbitral en el arbitraje internacional de inversiones". *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2012, p. 386. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=4027/402740628011>

⁶⁵ Esto se encuentra explicado por el presidente que tuvieron todos estos casos en su artículo: KAUFMANN-KOHLER, "Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?", 23, (3) *Arbitration International*, 2007, p. 374.

⁶⁶ SPRECHER, R.A., "The Development of the Doctrine of Stare Decisis and the Extent to Which It Should be Applied", 31 *ABAJ*, 1945, 468, p. 502.

decisión. En ese sentido, no es misión del árbitro velar por un orden jurídico, pero tampoco ello obsta que tome en consideración intereses que van más allá de los de las partes disputadas. Evidentemente, esto es una facultad que el árbitro posee, más no un deber.⁶⁷

Sumado a ello, es cuestionable el hecho de si un árbitro es efectivamente capaz de brindar seguridad jurídica, teniendo en cuenta que esta implica una seguridad jurídica objetiva, que está dada por la accesibilidad a la norma, siendo esta clara, calculable y confiable⁶⁸; y la seguridad jurídica subjetiva, conformada por las expectativas legítimas que una persona tiene acerca de las consecuencias legales de su conducta. Según Bentolilla, ninguno de estos elementos existe en el arbitraje de inversiones. Primeramente, la dispersión de tribunales obsta que la jurisprudencia arbitral pueda ser establecida en forma clara, por lo que difícilmente pueda darse la accesibilidad. La autora considera que para ello es necesaria una sistematización y la voluntad arbitral o doctrinal de entender como normativa a los antecedentes arbitrales. En segundo lugar, la seguridad objetiva es determinante para la legitimidad de las expectativas individuales: a menor seguridad objetiva, menor será la protección que tendrán las expectativas. De todos modos, ello no significa que la jurisprudencia arbitral no permita ayudar a generar una cierta previsibilidad y demostrar un determinado *status quo*.

CAPÍTULO III: Argentina como caso de estudio de la disparidad de las decisiones arbitrales.

III.I. La crisis argentina y el estado de necesidad.

En la economía argentina la inversión extranjera ha tenido un rol fundamental, aunque volátil. Si bien estuvo completamente ausente durante la crisis de la deuda de los años ochenta, la inversión extranjera fue considerable entre los años setenta y noventa, cuando las entradas implicaban el 8% del PBI. Específicamente en los noventa, las empresas transnacionales realizaban inversiones directas de una profunda relevancia,

⁶⁷ BENTOLILLA, D. “Hacia una jurisprudencia arbitral en el arbitraje internacional de inversiones”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2012, p. 394. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=4027/402740628011>

⁶⁸ Popelier, “Five Paradoxes on Legal Certainty and the Law Maker”, II, (1) *Legisprudence*, p. 48.

por lo que podría decirse que Argentina resultaba atractiva para los inversionistas extranjeros, pero nunca en forma constante, sino más bien de manera intermitente.⁶⁹

Para atraer capital extranjero se requerían mejores perspectivas del mercado mediante un programa de reforma. Este proceso de transformación en Argentina se originó en la década de los noventa de la mano del Dr. Carlos Saúl Menem. El fin era alcanzar una redefinición al tratamiento a la inversión extranjera y para cumplirlo el gobierno de Menem dio inicio a la firma de una serie de tratados bilaterales de inversión, que son los TBI, en pos de proteger y promover la inversión de países extranjeros. Para ello, en su gobierno se sancionó la Ley 21.382/93, denominada Ley de Inversiones Extranjeras y, además, adhirió al CIADI en 1994, por la Ley 24.353.⁷⁰

De todos modos, este proceso de reformas fue considerablemente más amplio. Incluyó desde la convertibilidad de la moneda nacional, hasta la apertura comercial y financiera, la desregulación y la privatización de empresas del Estado. La Ley de Convertibilidad de 1991 fue efectiva para estabilizar la economía mediante un tipo de cambio fijo de un dólar por un peso tras la hiperinflación que generó la crisis de la deuda de la década de 1980, pero también esta medida tuvo un alto costo político económico. En los hechos, Argentina logró su cometido de aumentar su credibilidad ante la comunidad internacional de inversionistas y las instituciones financieras internacionales como el FMI, el Banco Mundial y el BID.⁷¹ Entonces, durante la década de los noventa, efectivamente se produjo un flujo de inversión extranjera, en particular con una concentración alta en empresas públicas prestadoras de servicios o de actividades extractivas, como petroleras o de transporte de gas. Las transferencias

⁶⁹ MORTIMORE, M, *Arbitraje internacional basado en cláusulas de solución de controversias entre los inversionistas y el Estado en acuerdos internacionales de inversión: desafíos para América Latina y el Caribe*, Naciones Unidas, CEPAL, Red de Inversiones y Estrategias Empresariales, Unidad de Inversiones y Estrategias Empresariales, División de Desarrollo Productivo y Empresarial, Santiago de Chile, noviembre 2009, página 66.

⁷⁰ STANLEY, L., *Acuerdos bilaterales de inversión y demandas ante Tribunales Internacionales: la experiencia argentina reciente*, Naciones Unidas, CEPAL, Red de Inversiones y Estrategias Empresariales, Unidad de Inversiones y Estrategias Empresariales, División de Desarrollo Productivo y Empresarial, Santiago de Chile, octubre 2004, página 7.

⁷¹ MORTIMORE, M, *Arbitraje internacional basado en cláusulas de solución de controversias entre los inversionistas y el Estado en acuerdos internacionales de inversión: desafíos para América Latina y el Caribe*, Naciones Unidas, CEPAL, Red de Inversiones y Estrategias Empresariales, Unidad de Inversiones y Estrategias Empresariales, División de Desarrollo Productivo y Empresarial, Santiago de Chile, noviembre 2009, página 66.

accionarias se han constituido como la inversión extranjera por excelencia en esos años, manifestándose en los procesos de privatizaciones y en la venta de empresas privadas nacionales a inversores extranjeros, fundamentalmente en la segunda mitad de la década. A raíz de ello, y si analizamos la década que transcurre entre 1991 y 2001, notaremos que Argentina ha firmado más de cincuenta Tratados Bilaterales de Inversión, que venían acompañados de un mecanismo de solución de controversias, generalmente ante el CIADI aunque también ante otros órganos arbitrales, siempre bajo las reglas del UNCITRAL.⁷²

Aunque el Convenio que creó el CIADI le otorga un carácter voluntario, resulta propicio aclarar que en los TBI la instancia arbitral se vuelve obligatoria para aquellos Estados parte de estos tratados. Por consiguiente, el CIADI pasa de ser una sede voluntaria a ser una a la que Argentina está obligada a ir, toda vez que dicha nación posee, como he dicho, más de cincuenta TBI vigentes, producto de esa garantía que los países desarrollados necesitaban para poder confiar en Argentina y depositar allí su inversión.⁷³ Según Roqué y Tondini, los países industrializados necesitaban algo a cambio de sus traslados de capitales. A aquellos países en desarrollo que recibieran las inversiones, se les exigió un marco jurídico propicio, flexibilización en materia de derechos laborales y cuestiones impositivas y, por supuesto, la suscripción a los Tratados Bilaterales de Inversión, con el fin único de aumentar las ganancias y disminuir todo tipo de riesgo empresarial.⁷⁴

Así comenzó el auge de los TBI cuyo propósito es el de establecer reglas claras para promover las inversiones entre ambos países que suscriben el tratado y de ese modo proteger a los inversores extranjeros de uno de los Estados cuando invierten en el

⁷² SOMMER, C. “EL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCION EN LOS LAUDOS ARBITRALES DEL CIADI: Ejecución Directa o Aplicación del Exequatur?”, *ACDI*, Bogotá, volumen 1, número 1, 2011, página 8.

⁷³ BLANCO HERRERA, E. *El Impacto De Las Resoluciones Del CIADI Para La República De Argentina*, 2017, <http://www.kerwa.ucr.ac.cr/handle/10669/72988>.

⁷⁴ ROQUÉ, M. N y TONDINI, B. M. “CIADI, Inversiones y el “FACTOR CONFIANZA” en la República Argentina”. *Centro Argentino de Estudios Internacionales. Programa de Derecho Internacional*. Documento extraído del sitio de Internet www.caei.com.ar, Páginas 3 y 4.

otro.⁷⁵ La cantidad de tratados firmados denotó la política económica que el gobierno llevó adelante para atraer cada vez más inversión extranjera, resolviendo primero el problema de credibilidad de Argentina. Cada tratado significaba, *prima facie*, un mayor compromiso. Estos eran convenientes en el corto plazo, pero no se han evaluado las implicancias que podrían suscitarse en el largo plazo. Al momento de firmar el tratado obtuvieron credibilidad, pero en un contexto de emergencia económica han significado un número alto de demandas ante tribunales internacionales.⁷⁶

Argentina se encontraba como parte de una gran cantidad de tratados bilaterales de inversión en los cuales, en su totalidad, se acuerda que en caso de producirse una disputa entre los inversionistas de un Estado y el otro Estado parte del tratado, esta ha de resolverse por medio del arbitraje internacional. La finalidad de ello era que quede sustraída la jurisdicción nacional de uno u otro país, quedando compelidos a remitirse a un tribunal arbitral internacional.⁷⁷

En referencia a esta cuestión, Perotti considera que “la totalidad de los tratados incluyen el tratamiento de nación más favorecida, que termina vinculándolos entre sí, así como también, contienen disposiciones relacionadas con la solución de controversias que pudieran originarse -incluido el acceso al arbitraje internacional-, sea con gobiernos de países de origen de las inversiones, sea con los propios inversores, por lo cual se estableció entonces en los mismos que toda controversia relativa a las inversiones entre una parte contratante y un inversor de la otra parte debía ser sometida, a elección del inversor, o bien a las jurisdicciones nacionales de la parte contratante implicada en la controversia, o bien al arbitraje internacional, conforme las reglas del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) o de otras opciones de arbitraje institucional o internacional. Pero en cualquiera de los casos, una

⁷⁵ ROQUÉ, M. N y TONDINI, B. M. “CIADI, Inversiones y el “FACTOR CONFIANZA” en la República Argentina”. *Centro Argentino de Estudios Internacionales. Programa de Derecho Internacional*. Documento extraído del sitio de Internet www.caei.com.ar, Páginas 6 y 7.

⁷⁶ STANLEY, L., *Acuerdos bilaterales de inversión y demandas ante Tribunales Internacionales: la experiencia argentina reciente*, Naciones Unidas, CEPAL, Red de Inversiones y Estrategias Empresariales, Unidad de Inversiones y Estrategias Empresariales, División de Desarrollo Productivo y Empresarial, Santiago de Chile, octubre 2004, página 1.

⁷⁷ BLANCO HERRERA, E. *El Impacto De Las Resoluciones Del CIADI Para La República De Argentina*, 2017, <http://www.kerwa.ucr.ac.cr/handle/10669/72988>.

vez que se optaba, la opción de jurisdicción era definitiva, lo cual se encuentra en sintonía con lo establecido en el artículo 26 del Convenio del CIADI”.⁷⁸

El 23 de diciembre de 2001, Argentina anunció un incumplimiento de pago de su deuda pública externa que superaba la suma de 100.000 millones de dólares. En enero de 2002, el peso argentino descendió a un tercio de su valor y el gobierno convirtió a pesos las disposiciones contractuales establecidas en dólares, lo que se denominó “pesificación” de las tarifas de los servicios públicos. Ello llevó a una cantidad masiva de casos de arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado.⁷⁹

En ese mes, se dictó la Ley 25.561 que declaró la emergencia económica pública del país. Esta a su vez introdujo reformas al sistema cambiario y a las normas del sistema de convertibilidad financiero. Ha puesto fin al régimen de convertibilidad que había sido establecido por la Ley 23.928 e impuso una reestructuración de los contratos pactados en moneda extranjera, fueran estos privados o públicos.⁸⁰ La principal modificación implicaba que los inversores extranjeros ya no tenían la posibilidad de reajustar sus tarifas en dólares, tal como estaba contemplado en los TBI. El art. 8 de la ley establece que en los contratos celebrados por la administración pública bajo normas de derecho público, comprendidos entre ellos los de obras y servicios públicos, quedan sin efecto las cláusulas de ajuste en dólar o en otras divisas extranjeras y las cláusulas indexatorias basadas en índices de precios de otros países y cualquier otro mecanismo indexatorio. Asimismo dispone que los precios y tarifas resultantes de dichas cláusulas, quedan establecidos en pesos a la relación de cambio: un peso igual un dólar estadounidense.

⁷⁸ PEROTTI, Javier. “Consideraciones del Caso Argentino ante la jurisdicción del CIADI”. *Centro Argentino de Estudios Internacionales. Programa Organismos Internacionales*. Documento extraído de la página de Internet www.caei.com.ar, Páginas 2 y 3.

⁷⁹ MORTIMORE, M, *Arbitraje internacional basado en cláusulas de solución de controversias entre los inversionistas y el Estado en acuerdos internacionales de inversión: desafíos para América Latina y el Caribe*, Naciones Unidas, CEPAL, Red de Inversiones y Estrategias Empresariales, Unidad de Inversiones y Estrategias Empresariales, División de Desarrollo Productivo y Empresarial, Santiago de Chile, noviembre 2009, página 66.

⁸⁰ BLANCO HERRERA, E. *El Impacto De Las Resoluciones Del CIADI Para La República De Argentina*, 2017, <http://www.kerwa.ucr.ac.cr/handle/10669/72988>.

Además, el art. 9 de esa ley autoriza al Poder Ejecutivo nacional a renegociar los contratos referidos en el artículo anterior teniendo en consideración: 1) el impacto de las tarifas en la competitividad de la economía y en la distribución de los ingresos; 2) la calidad de los servicios y los planes de inversión, cuando ellos estuviesen previstos contractualmente; 3) el interés de los usuarios y la accesibilidad de los servicios; 4) la seguridad de los sistemas comprendidos; y 5) la rentabilidad de las empresas.

Y para concluir, el art. 10 establece que las disposiciones previstas en los artículos 8 y 9 en ningún caso autorizarán a las empresas contratistas o prestadoras de servicios públicos, a suspender o alterar el cumplimiento de sus obligaciones.

Este paquete de medidas llevado a cabo en un contexto de emergencia ha desembocado en una devaluación atroz del peso en relación al dólar estadounidense, lo cual generó dificultades económicas para los inversionistas extranjeros.⁸¹ Específicamente, se han alterado en forma sustancial las condiciones de los contratos que estos habían suscrito como empresas extranjeras para participar en el proceso de privatización de determinadas empresas públicas. Estos habían acordado con el gobierno argentino, mediante licencias o contratos administrativos, la prestación de determinados servicios públicos, pero el cambio en las reglas del juego implicaron para muchos de ellos un incumplimiento de los TBI suscritos por Argentina. Las primeras empresas en reclamar responsabilidad internacional del Estado argentino fueron las energéticas, principalmente las prestatarias del servicio de gas, seguidas por las del suministro de agua y telecomunicaciones.⁸²

Como ya he mencionado, los inversionistas extranjeros se encontraban protegidos por los TBI que imponían una cláusula obligatoria de dirimir sus conflictos ante tribunales arbitrales. De este modo, y como inexorable consecuencia, se han

⁸¹ MORTIMORE, M, *Arbitraje internacional basado en cláusulas de solución de controversias entre los inversionistas y el Estado en acuerdos internacionales de inversión: desafíos para América Latina y el Caribe*, Naciones Unidas, CEPAL, Red de Inversiones y Estrategias Empresariales, Unidad de Inversiones y Estrategias Empresariales, División de Desarrollo Productivo y Empresarial, Santiago de Chile, noviembre 2009, página 67.

⁸² CREMADES, B.M y MADALENA, I. “Procedimientos paralelos en el arbitraje internacional”, *REVISTA INTERNACIONAL DE ARBITRAJE*, N°:8, junio 2008, página 11.

planteado más de 50 demandas ante el CIADI, lo que elevó el pasivo eventual del país a unos 20.000 millones de dólares.⁸³

Este vasto número de demandas contra el Estado argentino por violaciones a los TBI condujo al Poder Ejecutivo Nacional a crear la Unidad de Asistencia para la Defensa Arbitral (UNADAR) en el año 2003, dentro del ámbito de la Procuración Nacional del Tesoro. La UNADAR se encargaría de administrar las presentaciones del Estado, siendo este garante de las inversiones que se hayan realizado. También esta unidad se ha encargado de confeccionar estrategias para la defensa del Estado argentino ante la ausencia de un criterio uniforme y consistente del CIADI, como de llegar a acuerdos extra arbitrales con las empresas demandantes, entre otras tareas.

Ante esta situación extraordinaria de emergencia económica, el planteamiento principal radica en la difícil tarea de determinar si las medidas de emergencia llevadas a cabo por Argentina pueden ser o no calificadas como contrarias a los TBI que este país celebró con otros países. La importancia recae ni más ni menos en analizar si la emergencia declarada por la Ley 25.561 puede ser invocada ante tribunales arbitrales con el propósito de moderar o eximir al Estado de las obligaciones que ha contraído, ya que los TBI incluían que en caso de que los inversores sufran pérdidas producto de una emergencia nacional, estos recibirían de Argentina restituciones, indemnizaciones y otro tipo de resarcimientos. Es decir, recibiendo un trato conforme al derecho internacional y no menos favorable que a sus inversores nacionales.⁸⁴

De este modo, el reconocimiento o no del estado de emergencia resulta un punto clave a la hora de analizar las demandas que los inversores han presentado ante el

⁸³ SOMMER, C. "EL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCION EN LOS LAUDOS ARBITRALES DEL CIADI: Ejecución Directa o Aplicación del Exequatur?", *ACDI*, Bogotá, volumen 1, número 1, 2011.

⁸⁴ MORTIMORE, M, *Arbitraje internacional basado en cláusulas de solución de controversias entre los inversionistas y el Estado en acuerdos internacionales de inversión: desafíos para América Latina y el Caribe*, Naciones Unidas, CEPAL, Red de Inversiones y Estrategias Empresariales, Unidad de Inversiones y Estrategias Empresariales, División de Desarrollo Productivo y Empresarial, Santiago de Chile, noviembre 2009, página 67.

CIADI.⁸⁵ Si todas las demandas hacían referencia a una única causa, establecer el espíritu de la ley de emergencia económica era fundamental para la estrategia del gobierno argentino. Este alegó que el paquete de medidas que se han adoptado era ni más ni menos que el único camino posible para paliar la situación extraordinaria que atravesaba el país y que los inversionistas extranjeros debían soportar las consecuencias de estas medidas como parte de los costos del ajuste.⁸⁶

Esta defensa fue aceptada en algunos casos y en otros no, generando un considerable nivel de confusión que ha constituido uno de los conflictos primordiales que trajeron aparejadas las múltiples demandas contra Argentina -todas con un mismo origen: ruptura contractual, imposibilidad de fijar y ajustar tarifas en dólares estadounidenses, en otras palabras, la pesificación- que fue el de las soluciones disímiles a las que han arribado los distintos tribunales arbitrales ante situaciones equivalentes.⁸⁷

III.II. Descripción y comparación de las demandas iniciadas contra Argentina.

A continuación enumeraré en orden cronológico las presentaciones efectuadas por inversores extranjeros contra la Argentina producto de la crisis del 2001. En el mismo incluyo qué empresa demanda, cuál es su sector, la fecha de la demanda, el TBI que existe con el país del que la demandante es nacional y sobre qué versan sus principales reclamos, en pos de conocer la parte pertinente para este análisis de cada caso. Por último, he añadido una columna final donde figura quién gana el pleito. Además, en la misma categoría, he decidido incluir el monto requerido por el inversor a

⁸⁵ STANLEY, L., *Acuerdos bilaterales de inversión y demandas ante Tribunales Internacionales: la experiencia argentina reciente*, Naciones Unidas, CEPAL, Red de Inversiones y Estrategias Empresariales, Unidad de Inversiones y Estrategias Empresariales, División de Desarrollo Productivo y Empresarial, Santiago de Chile, octubre 2004, página 26.

⁸⁶ MORTIMORE, M, *Arbitraje internacional basado en cláusulas de solución de controversias entre los inversionistas y el Estado en acuerdos internacionales de inversión: desafíos para América Latina y el Caribe*, Naciones Unidas, CEPAL, Red de Inversiones y Estrategias Empresariales, Unidad de Inversiones y Estrategias Empresariales, División de Desarrollo Productivo y Empresarial, Santiago de Chile, noviembre 2009, página 68.

⁸⁷ STANLEY, L., *Acuerdos bilaterales de inversión y demandas ante Tribunales Internacionales: la experiencia argentina reciente*, Naciones Unidas, CEPAL, Red de Inversiones y Estrategias Empresariales, Unidad de Inversiones y Estrategias Empresariales, División de Desarrollo Productivo y Empresarial, Santiago de Chile, octubre 2004, página 27.

la hora de demandar y el que efectivamente obtuvo en pos de ir más allá de la simplicidad del quién gana y quién pierde y descualificar si efectivamente podemos concebirlos como vencedores, teniendo en cuenta sus pretensiones iniciales.

Las demandas, como he mencionado, superan este número pero me detengo en estos casos ya que resultan los más relevantes a la hora de cotejar situaciones similares y poder analizar de qué manera ha resuelto el tribunal en cada caso: si han seguido una misma línea ante el evidente denominador en común de todos ellos o si cada tribunal ha interpretado en forma disímil.

Vale hacer una salvedad respecto al caso Aguas Aconquija y Vivendi Universal, que se inició con anterioridad al 2001 pero que de todas formas lo incluyo como precedente relevante para esta comparación que haré más adelante, puesto que igualmente se vincula con la situación de recesión económica de Argentina.⁸⁸

Caso	Empresa	Sector	Fecha de demanda	TBI firmado con	Principales reclamos	Decisión a favor de
97/3	Compañía de Aguas Aconquija SA y Vivendi Universal	Agua: concesión	17/02/1997	Francia	Ruptura contractual	Decidido a favor del inversor. Monto reclamado por inversionista: 317,00 millones de USD Monto otorgado por el tribunal 105,00 millones de USD

⁸⁸ Cuadro realizado con información del trabajo de STANLEY, L., *Acuerdos bilaterales de inversión y demandas ante Tribunales Internacionales: la experiencia argentina reciente*, Naciones Unidas, CEPAL, Red de Inversiones y Estrategias Empresariales, Unidad de Inversiones y Estrategias Empresariales, División de Desarrollo Productivo y Empresarial, Santiago de Chile, octubre 2004.

Caso	Empresa	Sector	Fecha de demanda	TBI firmado con	Principales reclamos	Decisión a favor de
01/3	Enron Corp. Y Ponderosa Assets LP	Gas: transporte	11/04/2001	EE.UU.	Aplicación de impuestos a los sellos (provincia)	Decidido a favor del inversor. Monto reclamado por el inversionista: 582,00 millones de USD Monto otorgado por el tribunal: 106,20 millones de USD
01/8	CMS Gas Transmission Co.	Gas: transporte	24/08/2001	EE.UU.	Primeramente, suspensión de la cláusula de ajuste acordada. Luego se amplía la denuncia	Decidido a favor del inversor Monto reclamado por inversionista: 261,10 millones de USD Monto otorgado por el tribunal: 133,20 millones de USD
01/12	AZURIX Corp.	Agua: concesión	23/10/2001	EE.UU.	Ruptura contractual	Decidido a favor del inversor. Monto reclamado por inversionista: 685,00 millones de USD Monto otorgado por el tribunal: 165,20 millones de USD
02/1	LG&E Energy Corp.; LG&E Capital Corp.; LG&E Int. Inc.	Gas: distribución	31/01/2002	EE.UU.	Primeramente, suspensión de la cláusula de ajuste acordada. Luego se amplía la denuncia	Decidido a favor del inversor. Monto reclamado por inversionista: 268,00 millones de USD Monto otorgado por el tribunal 57,40 millones de USD

Caso	Empresa	Sector	Fecha de demanda	TBI firmado con	Principales reclamos	Decisión a favor de
02/8	Siemens A.G.	Servicios informáticos: Contrato con sector público	17/07/2002	Alemania	Incumplimiento contractual	Decidido a favor del inversor. Monto reclamado por inversionista: 462,50 millones de USD Monto otorgado por el tribunal: 237,80 millones de dólares
02/16	Sempra Energy Int.	Gas: Producción y Distribución	06/12/2002	EE.UU.	Suspensión de la cláusula de ajuste acordada; imposibilidad de calcular tarifa en dólares; imposibilidad de transferir remesas al exterior	Decidido a favor del inversor. Monto reclamado por inversionista: 209,00 millones de USD Monto otorgado por el tribunal: 128,00 millones de USD
03/22	Camuzzi Int. S.A.	Gas: producción y distribución	27/02/2003	Bélgica - Lux.	Suspensión de la cláusula de ajuste acordada; imposibilidad de calcular tarifa en dólares; imposibilidad de transferir remesas al exterior	Las partes llegaron a un arreglo. Monto reclamado por inversionista: 215 millones de USD Monto otorgado mediante el arreglo: Esta información no está disponible
03/05	Metalpar S.A. and Buen Aire S.A	Automotriz	07/04/2003	Chile	Afectación de la ruptura de la convertibilidad sobre los contratos privados	Decidido a favor del Estado. Monto reclamado por inversionista: 18 millones de USD Monto otorgado por el tribunal: No disponible

Caso	Empresa	Sector	Fecha de demanda	TBI firmado con	Principales reclamos	Decisión a favor de
03/7	Continental Casualty Co.	Empresa de seguros.	22/05/2003	EE.UU.	Pérdida en valor de la inversión por los efectos de la ley de emergencia económica; Imposibilidad de transferir remesas al exterior.	Decidido a favor del inversor. Monto reclamado por inversionista: 114 millones de USD Monto otorgado por el tribunal: 2,8 millones de USD
03/10	Gas Natural SDG, SA.	Gas: Producción y Distribución	29/05/2003	España	Suspensión de la cláusula de ajuste acordada; imposibilidad de calcular tarifa en dólares; imposibilidad de transferir remesas al exterior	Las partes llegaron a un arreglo. Monto reclamado por inversionista: 136,00 millones de USD Monto otorgado mediante el arreglo: Esta información no está disponible
03/12	Pioneer Natural Resources Company, Pioneer Natural Resources (Argentina) S.A. and Pioneer Natural Resources (Tierra del Fuego) S.A.	Concesiones petroleras y de electricidad.	05/06/2003	EE.UU.	Pesificación de depósitos; aplicación de controles de cambio; Imposibilidad de transferir remesas; Aplicación de restricciones a las exportaciones de crudo; Aplicación de impuestos de sellos (provincias); Imposibilidad de deducir ciertos impuestos	Las partes llegaron a un arreglo. Monto reclamado por inversionista: 650 millones de USD Monto otorgado mediante el arreglo: Esta información no está disponible

Caso	Empresa	Sector	Fecha de demanda	TBI firmado con	Principales reclamos	Decisión a favor de
03/13	Pan American Energy LLC and BP Argentina Exploration Company	Concesiones petroleras y de electricidad.	06/06/2003	EE.UU.	Pesificación de depósitos; aplicación de controles de cambio; Imposibilidad de transferir remesas; Aplicación de restricciones a las exportaciones de crudo; Aplicación de impuestos de sellos (provincias); Imposibilidad de deducir ciertos impuestos	Las partes llegaron a un arreglo.
03/15	El Paso Energy Int. Co.	Concesiones petroleras y de electricidad	12/06/2003	EE.UU.	Pesificación de depósitos; aplicación de controles de cambio; Imposibilidad de transferir remesas; Aplicación de restricciones a las exportaciones de crudo; Aplicación de impuestos de sellos (provincias); Imposibilidad de deducir ciertos impuestos.	Decidido a favor del inversor. Monto reclamado por inversionista: 228,20 millones de USD Monto otorgado por el tribunal: 43,00 millones de USD
03/19	Aguas Argentinas SA; Suez, Soc. Gral. de Aguas de Barcelona S.A.; Vivendi Universal S.A.	Agua: concesión	17/07/2003	Francia	Imposibilidad de aplicar el mecanismo de cálculos de tarifas preacordado (pesificación de tarifas y suspensión de cláusulas de ajuste basadas en parámetros internacionales.	Decidido a favor del inversor. Monto reclamado por inversionista: 834,10 millones de USD Monto otorgado por el tribunal: 383,60 millones de USD

Caso	Empresa	Sector	Fecha de demanda	TBI firmado con	Principales reclamos	Decisión a favor de
03/20	Telefónica S.A.	Telecomunicaciones	21/07/2003	España	Imposibilidad de aplicar el mecanismo de cálculos de tarifas preacordado (pesificación de tarifas y suspensión de cláusulas de ajuste basadas en parámetros internacionales.	Las partes llegaron a un arreglo. Monto reclamado por inversionista: 2800,00 millones de USD Monto otorgado mediante el arreglo: Esta información no está disponible
03/22	Electricidad Argentina S.A.: EDF Int. S.A.	Electricidad y distribución	12/08/2003	Francia	Suspensión de la cláusula de ajuste acordada; imposibilidad de calcular tarifa en dólares; imposibilidad de transferir remesas al exterior	Interrumpido. Monto reclamado por inversionista: 1200 millones de USD. Monto otorgado por el tribunal: No disponible.
03/27	Unisys Corporation.	Proyecto informático	15/10/2003	EE.UU.	Incumplimiento contractual	Pendiente.
03/19	Aguas Argentinas SA; Suez,, Soc. Gral. de Aguas de Barcelona S.A.; Vivendi Universal S.A.	Agua: concesión	17/07/2003	Francia	Imposibilidad de aplicar el mecanismo de cálculos de tarifas preacordado (pesificación de tarifas y suspensión de cláusulas de ajuste basadas en parámetros internacionales.	Decidido a favor del inversor. Monto reclamado por inversionista: 834,10 millones de USD Monto otorgado por el tribunal: 383,60 millones de USD

Caso	Empresa	Sector	Fecha de demanda	TBI firmado con	Principales reclamos	Decisión a favor de
04/04	SAUR Int. S.A.	Agua: concesión	27/01/2004	Francia	Pérdida en valor de la inversión por los efectos de la ley de emergencia económica; Imposibilidad de transferir remesas al exterior.	Decidido a favor del inversor. Monto reclamado por inversionista: 143,9 millones de USD Monto otorgado por el tribunal: 39,9 millones de USD
04/09	CIT Group Inc.	Empresa de leasing.	27/02/2004	EE.UU.	Discriminación en la aplicación de las medidas de emergencia económica.	Las partes llegaron a un arreglo. Monto reclamado por inversionista: 124 millones de USD Monto otorgado mediante el arreglo: Esta información no está disponible
04/08	BP America Production Company	Petróleo: Concesión Energía: Proyecto de generación	27/02/2004	EE.UU.	Pérdida en valor de la inversión por los efectos de la ley de emergencia económica; Imposibilidad de transferir remesas al exterior.	Las partes llegaron a un arreglo. Monto reclamado por inversionista: Esta información no está disponible Monto otorgado mediante el arreglo: Esta información no está disponible

III.III.I. Accionistas minoritarios: los casos de Enron y CMS contra la Argentina.

Uno de los primeros tópicos a tratar a la hora de comparar los casos es el “*ius standi*” de los accionistas minoritarios. La cuestión radica en si estos pueden iniciar

procedimientos de arbitraje internacional en virtud de los acuerdos internacionales de inversión. Con respecto a esto, Argentina ha expresado que si los accionistas minoritarios pudiesen interponer demandas en forma separada de los accionistas controladores o de la empresa implicada en la controversia, ello podría resultar en demandas contradictorias con laudos distintos que versan sobre los mismos hechos. Si cualquier accionista que realiza una inversión cualquiera en una empresa (incluso si esta invierte a su vez en otra, y así sucesivamente) pudiera hacerlo, se generaría una cadena interminable de laudos que difícilmente sigan un mismo hilo conductor. Sin perjuicio de ello, existen tribunales que han sostenido que los accionistas minoritarios efectivamente poseen "*ius standi*". Por ejemplo, en la decisión sobre jurisdicción de Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. contra la República Argentina (Caso CIADI No ARB/01/3), pese a tener una participación minoritaria en TGS (la empresa sobre la que versaban las controversias), el tribunal consideró que la relación con los demandantes de TGS era cercana por tener los accionistas minoritarios poder de decisión en la administración de TGS, por consiguiente podían recurrir al arbitraje.

Siguiendo esta postura, en el caso CMS contra la República Argentina (Caso CIADI No Case No. ARB/01/8), CMS era un accionista minoritario de TGN, que era la empresa de gas sobre la cual surgieron las disputas, y respecto a ello el tribunal consideró que no existía en el derecho internacional vigente límite alguno al permitir que accionistas reclamen en forma separada de la sociedad en cuestión.

De este modo, este cuestionamiento que imperaba sobre el alcance de la definición de inversionista extranjero terminó siendo ampliado por ambos tribunales. Así, notamos cómo una definición imprecisa de un TBI puede derivar en interpretaciones amplias de los tribunales y generar un aumento de casos de arbitraje.⁸⁹

III.II.II. Estado de necesidad: los casos ENRON, LG&E y CMS.

⁸⁹ MORTIMORE, M, *Arbitraje internacional basado en cláusulas de solución de controversias entre los inversionistas y el Estado en acuerdos internacionales de inversión: desafíos para América Latina y el Caribe*, Naciones Unidas, CEPAL, Red de Inversiones y Estrategias Empresariales, Unidad de Inversiones y Estrategias Empresariales, División de Desarrollo Productivo y Empresarial, Santiago de Chile, noviembre 2009, página 57.

En el caso ENRON, el tribunal determinó que Argentina no podía basarse en el estado de necesidad para justificar las medidas tomadas por el gobierno durante la crisis financiera del 2001. Argentina no estaba en condiciones de aspirar a la desestimación de las pretensiones de ENRON, ni en parte ni en su totalidad, como consecuencia del estado de necesidad, respecto a la responsabilidad del Estado argentino por incumplimiento de las obligaciones presentes en el TBI que correspondía.

Empero, al tribunal rechazar la hipótesis del estado de necesidad, se ha abierto de la línea de interpretación seguida en el caso LG&E. Este es un caso sumamente similar contra la República Argentina en donde el tribunal arbitral dispuso que el país podía en forma válida alegar el estado de necesidad, aunque únicamente dentro de los 17 meses contados a partir del inicio de la crisis financiera. El Tribunal en LGE&E resolvió:

“El Tribunal rechaza la idea de que el artículo XI se aplique únicamente en circunstancias que equivalen a una acción militar y la guerra. Ciertamente, las condiciones en la Argentina en diciembre de 2001 pedían una acción inmediata y decisiva para restaurar el orden civil y detener el declive económico. Para concluir que una grave crisis económica no puede constituir un interés esencial de seguridad es disminuir los estragos que la economía puede causar en las vidas de toda una población y la capacidad del Gobierno para dirigir. Cuando la base económica de un Estado está en estado de sitio, la severidad del problema puede ser igual a la de cualquier invasión militar”.

Como podemos notar, estos dos casos se han analizado con perspectivas distintas, inclusive con el distintivo de que en ambos tribunales ha participado como árbitro el Profesor Albert Jan van den Berg. De hecho, en el caso ENRON no encontramos ninguna motivación o exposición de causas por las cuales el tribunal ha decidido apartarse del razonamiento empleado en el caso LG&E que lo antecedió.

Al diferenciarse del criterio empleado en LG&E, el caso ENRON continúa con la línea de interpretación del caso CMS Gas Transmisión Company, que comparten TBI

(entre Argentina y Estados Unidos) y, a su vez, han tenido el mismo presidente del tribunal arbitral, el Profesor Francisco Orrego Vicuña.⁹⁰

En el caso CMS, Argentina expuso las causas por las cuales debía ser excluida de responsabilidad internacional producto de las medidas de emergencia nacional que debió tomar por la crisis económica del 2001, específicamente las leyes de emergencia que modificaron los contratos entre los inversores y Argentina. Sin embargo, el tribunal entendió que si bien había elementos de estado de necesidad, estos no podían acumularse a todos los hechos toda vez que no todos ellos fueron imprevisibles, por lo que rechazó el estado de necesidad de la nación argentina. Ello devino en un recurso de anulación presentado por el Estado y el Comité ad-hoc sostuvo que el tribunal del laudo falló en no analizar el artículo 11 del TBI entre Estados Unidos y Argentina que establece que: “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”.⁹¹

No obstante ello, tanto antes como después de tal laudo de anulación de CMS, se dictaron laudos como el de LG&E que posibilitaron la exclusión de la responsabilidad del Estado por la existencia de una situación de emergencia.

Este cambio en la forma de análisis que ha implicado el caso ENRON respecto al de LG&E ha desencadenado en vastos debates. Por ejemplo, el Profesor Stephan Schill, de la Universidad de Nueva York sostiene que los tribunales arbitrales deberían incluir un razonamiento en virtud del cual expliquen el motivo por el que están adoptando un criterio diferente a los empleados por otros tribunales en casos similares. Ello toda vez que ante la ausencia de un centro permanente que decida finalmente, en alzada o apelación, sobre disputas en materia de inversiones, se vuelve menester que

⁹⁰ KUNDMÜLLER CAMINITI, F. “Jurisprudencia en arbitraje de inversiones CIADI: ENRON contra Argentina, laudo del 22 de mayo de 2007” en *Derecho y sociedad*, 2007, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17242>, página 324.

⁹¹ SOMMER, C. “La aplicación de estándares de protección de inversiones extranjeras. Una mirada desde los casos argentinos”, *ACDI*, Bogotá, ISSN: 2027-1131/ISSNe: 2145-4493, Vol. 6, 2013, 124.

exista transparencia en los argumentos que sustentan las decisiones que tomen, en pos de alcanzar soluciones convincentes para quien las observen, sean Estados, inversionistas o académicos.⁹²

III.II.III. Trato de la nación más favorecida: los casos Gas Natural, Siemens y Suez.

Estos tres casos se encuentran relacionados por la interpretación que le han dado los tribunales a la aplicación del concepto de trato de la nación más favorecida (NFM).

En primer lugar, en Gas Natural SDG S.A. contra la República Argentina (Caso CIADI No ARB/03/10) la empresa española invocó la cláusula de la nación más favorecida del TBI firmado entre Argentina y España en pos de reclamar la aplicación de condiciones más favorables presentes en el acuerdo bilateral de inversión firmado entre Argentina y Estados Unidos. La ventaja de éste último era que no exigía un período de espera de 18 meses antes de que una empresa pudiera recurrir al arbitraje internacional en materia de inversiones. El tribunal admitió que el concepto de NMF es controversial ya que distintos tribunales han llegado a conclusiones disimiles con respecto a él, pero igualmente le dio la razón a la empresa española.

Por su parte, en el caso de Siemens A.G. contra la República Argentina (Caso CIADI No ARB/02/8) regía el TBI firmado entre Argentina y Alemania el 9 de abril de 1991, donde se estipuló que era menester que como primera medida se presente la controversia ante tribunales nacionales y luego esperar 18 meses para llevarlo al plano internacional. Siemens invocó el TBI entre Argentina y Chile dado que las condiciones allí previstas eran más favorables, toda vez que no incluían el recurso previo a los tribunales locales y tampoco el tiempo de espera. En este caso, al igual que en Gas Natural, el tribunal falló a favor de la empresa.

Asimismo, en el caso Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. e Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. contra la República Argentina (Caso CIADI No ARB/03/17) las empresas españolas y francesa solicitaron que se les apliquen las

⁹² KUNDMÜLLER CAMINITI, F. “Jurisprudencia en arbitraje de inversiones CIADI: ENRON contra Argentina, laudo del 22 de mayo de 2007” en *Derecho y sociedad*, 2007, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17242>, página 324.

condiciones establecidas en el Tratado entre la República Argentina y Francia para la promoción y la protección recíproca de las inversiones respecto de la cláusula de arbitraje. Este último permitía recurrir a los tribunales arbitrales luego de un período de seis meses. Nuevamente aquí el tribunal falló en favor de las empresas demandantes.

En consecuencia, podemos ver cómo en estos tres casos el tribunal ha interpretado un campo de aplicación amplio para la cláusula NMF y han conservado una línea de acción similar.⁹³

III.II.IV. Cláusula paraguas: los casos ENRON y El Paso Energy.

El artículo 11, 2, c del TBI entre Argentina y Estados Unidos establece que "cada parte deberá cumplir cualquier obligación que entre en vigencia respecto de las inversiones". El mismo ha producido interpretaciones disimiles y contrapuestas en la jurisprudencia arbitral, específicamente una amplia y otra más restringida.

La interpretación amplia de este artículo indica que debería operar como una cláusula paraguas que incrementa el campo de acción de la violación del tratado, en este caso puntual el de Argentina - Estados Unidos, puesto que abarcaría cualquier violación a una obligación presente en un contrato, incluyendo la legislación doméstica de los países parte. Siguiendo esta lógica, la consecuencia directa es que cualquiera de estas violaciones permitiría a la parte afectada acudir a los medios de solución de controversias previstos en el tratado.

En cambio, la interpretación restringida del artículo en cuestión sostiene que solamente podrían ser analizadas las obligaciones presentes en acuerdos que sean de inversiones -como contratos de concesión, de explotación de recursos naturales, o de

⁹³ MORTIMORE, M, *Arbitraje internacional basado en cláusulas de solución de controversias entre los inversionistas y el Estado en acuerdos internacionales de inversión: desafíos para América Latina y el Caribe*, Naciones Unidas, CEPAL, Red de Inversiones y Estrategias Empresariales, Unidad de Inversiones y Estrategias Empresariales, División de Desarrollo Productivo y Empresarial, Santiago de Chile, noviembre 2009, página 59.

privatización- celebrados entre un Estado, haciendo uso de su soberanía, y un inversor extranjero, bajo el marco de un TBI.⁹⁴

En el caso ENRON, el tribunal arbitral adoptó la primera forma interpretativa (la amplia) por lo que el artículo 11, 2, c del TBI entre Argentina y Estados Unidos permite que el inversionista reclame en virtud del tratado la violación a las obligaciones contractuales. Allí se incluyeron las vinculadas a las licencias gasíferas concedidas por Argentina y las violaciones a la legislación interna que, producto de esta interpretación del artículo, devienen en violaciones al TBI.

No obstante, en el caso El Paso Energy International Company el tribunal arbitral lo ha interpretado de una forma distinta, rechazando una pretensión del inversionista por no considerarlo parte del contrato que alegaba ser violado por el Estado. No han aplicado la cláusula paraguas puesto que sostuvo, el tribunal, que los contratos sobre los que versaban los reclamos del inversor, habían sido celebrados entre un conjunto de empresas y la Provincia de Buenos Aires. Recordemos que el tribunal tuvo que interpretar el exacto mismo artículo que en el caso anterior, tratándose del TBI entre Argentina y Estados Unidos, por ser la empresa de procedencia norteamericana, al igual que ENRON.⁹⁵

II.II.V. El recurso de anulación del laudo: los casos Aconquija y Vivendi y Azurix.

El caso de Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. contra la República Argentina (Caso CIADI No ARB/97/3) versaba sobre un contrato de concesión, que data de 1995, cuyo objeto era la prestación de servicios de agua y desagües cloacales. Este contrato se había celebrado entre una empresa francesa, Compagnie Générale des Eaux (CGE), y su filial argentina, Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. (posteriormente Vivendi), y la provincia de Tucumán en la Argentina.

⁹⁴ KUNDMÜLLER CAMINITI, F. “Jurisprudencia en arbitraje de inversiones CIADI: ENRON contra Argentina, laudo del 22 de mayo de 2007” en *Derecho y sociedad*, 2007, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17242>, página 325.

⁹⁵ KUNDMÜLLER CAMINITI, F. “Jurisprudencia en arbitraje de inversiones CIADI: ENRON contra Argentina, laudo del 22 de mayo de 2007” en *Derecho y sociedad*, 2007, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17242>, página 326.

En el mismo, se incluía una cláusula de jurisdicción exclusiva en la que se dispuso que ante una violación al contrato, dicha controversia ha de ser dirimida ante un tribunal o una jurisdicción determinado.

Al poco tiempo de su celebración, CGE demandó a Tucumán por violar el contrato de concesión, mientras que la provincia arguyó que la empresa prestaba los servicios en forma deficiente. Así, se sometió esta controversia a un tribunal provincial, dada la cláusula de elección de jurisdicción del contrato de concesión y la violación del contrato alegada por los demandantes. Sobre su jurisdicción, el tribunal provincial estableció que las reclamaciones estaban bien presentadas ante sí respecto a las obligaciones derivadas del contrato, con anterioridad a ser presentadas ante un tribunal arbitral internacional para que analice las violaciones al TBI que corresponda.

Posteriormente, los demandantes solicitaron la anulación de tal decisión. El tribunal de anulación sostuvo que existen diferencias entre las reclamaciones provenientes del contrato y las del tratado, y que por ese motivo anulaba la decisión anterior. Explicó, dicho tribunal, que la cláusula de elección de la jurisdicción incluida en el contrato de concesión no afectaba a la competencia del tribunal sobre las reclamaciones basadas en el TBI celebrado entre Argentina y Francia.

Con este caso vemos cómo las definiciones ambiguas, como la de jurisdicción exclusiva, han generado dificultades a la hora de su interpretación por parte de distintos tribunales. El tribunal provincial ha planteado la duda de si los contratos estatales pueden someterse a la jurisdicción de los tratados, mientras que el tribunal de anulación ha ampliado dicha práctica. Todo ello conlleva a la propagación de casos de arbitraje de la que venimos hablando desde comienzos de este trabajo.⁹⁶

A su vez, este mismo caso ha resultado emblemático dado que ha existido la duda de si el recurso de anulación funcionaba en la práctica como una apelación para la parte vencida. En el caso Aconquija y Vivendi, se ha visto cómo la anulación por parte

⁹⁶ MORTIMORE, M, *Arbitraje internacional basado en cláusulas de solución de controversias entre los inversionistas y el Estado en acuerdos internacionales de inversión: desafíos para América Latina y el Caribe*, Naciones Unidas, CEPAL, Red de Inversiones y Estrategias Empresariales, Unidad de Inversiones y Estrategias Empresariales, División de Desarrollo Productivo y Empresarial, Santiago de Chile, noviembre 2009, página 61.

del tribunal no ha sido automática, sino que se ha desenvuelto en forma discrecional ya que al anular la decisión anterior, añadió también los motivos que llevaron a tal decisión. Ello implicó que únicamente se pudiera plantear la anulación cuando medien motivos serios y graves que la justifiquen.⁹⁷

Por su parte, el caso Azurix contra la República Argentina (Caso CIADI No ARB/01/12) tiene aspectos similares al de Vivendi, de hecho el tribunal los ha comparado, siendo que también se refiere a la prestación del servicio de agua y cloacas, aunque en este caso en la Provincia de Buenos Aires.⁹⁸

En 1996, el gobierno argentino privatizó la Administración General de Obras Sanitarias. La concesión del servicio fue atribuida a través de concurso público internacional a la empresa Azurix, que constituyó una empresa en Argentina, denominada Azurix Buenos Aires (ABA). Poco tiempo después de iniciado el contrato, que tenía una duración de 30 años, comenzaron las disputas que desencadenaron en que Azurix interponga una demanda contra Argentina, en virtud del TBI entre Estados Unidos y dicho país.⁹⁹

El tribunal arbitral inicial determinó en su laudo que Argentina debía pagar una indemnización a Azurix por la violación de su obligación de tratamiento justo y equitativo, presente en el TBI. Sin embargo, en 2006, Argentina presentó una solicitud de anulación ante el CIADI alegando que el tribunal arbitral se extralimitó en la declaración de su jurisdicción, siendo que Azurix reclamaba obligaciones derivadas del contrato de concesión de una sociedad local, ABA, por lo que Azurix no tenía "ius standi" para interponer la demanda.

⁹⁷ MORENO BLESA, L. *El arbitraje del CIADI y su contribución al desarrollo a la luz de las inversiones directas en mercados emergentes*, Iberoamerican Journal of Development Studies, 2015, Volumen/volume 4, número/issue 1, ISSN: 2254-2035, página 17.

⁹⁸ MORTIMORE, M, *Arbitraje internacional basado en cláusulas de solución de controversias entre los inversionistas y el Estado en acuerdos internacionales de inversión: desafíos para América Latina y el Caribe*, Naciones Unidas, CEPAL, Red de Inversiones y Estrategias Empresariales, Unidad de Inversiones y Estrategias Empresariales, División de Desarrollo Productivo y Empresarial, Santiago de Chile, noviembre 2009, página 62.

⁹⁹ DELGADO COMPRUBÍ, A. *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*, Actualidad jurídica Uría Menéndez, ISSN 1578-956X, N°. 25, 2010, página 1.

El tribunal de anulación rechazó lo planteado por Argentina, eligiendo interpretar en forma amplia el reconocimiento del derecho de los inversores a demandar al Estado Argentino en virtud de tratados de inversión por actos que afecten a las sociedades locales.¹⁰⁰

Esta decisión pone de manifiesto la tendencia de los tribunales arbitrales a proteger intereses de inversores en sociedades locales. Hablo de tendencia porque si bien los laudos no son precedentes vinculantes para otros tribunales arbitrales, la decisión de este tribunal de anulación ya supone un respaldo para futuros tribunales a la hora de dirimir disputas entre inversores extranjeros y Argentina, originadas a partir de las medidas que adoptó el Gobierno durante la crisis económica de 2001. El tribunal adoptó una interpretación amplia del concepto de inversión en pos de proteger los derechos de los inversores eso sin dudas fue de utilidad para casos posteriores.

Con este análisis de Vivendi y Azurix queda demostrado que pese a que ambos traten con empresas que se dedican a lo mismo y se enfrenten ante el mismo país, el hecho de que no exista una definición precisa de expropiación indirecta en los tratados implica que la misma esté sujeta a la interpretación de los tribunales arbitrales. Ello deriva en que existan distintas líneas jurisprudenciales respecto a un mismo concepto, consecuencia directa del fenómeno de proliferación del arbitraje, produciendo imprevisibilidad para los países y para los inversores.¹⁰¹

III.II.VI. El error de derecho como causal de anulación de un laudo arbitral: los casos Sempra Energy y CMS.

Este caso lo coloco en forma apartada ya que reúne aspectos similares a varios de los anteriores puesto que trata el estado de necesidad, el análisis del concepto de expropiación, la anulación de los laudos arbitrales y la cláusula paraguas. Luego, lo comparo brevemente con lo decidido en el ya mencionado caso CMS.

¹⁰⁰ DELGADO COMPRUBÍ, A. *Implicaciones de la decisión del Comité de Anulación en el asuntos Azurix Corp. c. Argentina para la protección de los inversores extranjeros con participaciones en empresas locales*, Actualidad jurídica Uría Menéndez, ISSN 1578-956X, N°. 25, 2010, página 4.

¹⁰¹ MORTIMORE, M, *Arbitraje internacional basado en cláusulas de solución de controversias entre los inversionistas y el Estado en acuerdos internacionales de inversión: desafíos para América Latina y el Caribe*, Naciones Unidas, CEPAL, Red de Inversiones y Estrategias Empresariales, Unidad de Inversiones y Estrategias Empresariales, División de Desarrollo Productivo y Empresarial, Santiago de Chile, noviembre 2009, página 63.

En 2002 Sempra Energy inició un procedimiento de arbitraje contra Argentina por la violación del TBI firmado con Estados Unidos entendiendo que había mediado una expropiación directa e indirecta de su inversión. Argentina alegó que las medidas tomadas eran las únicas posibles ante la emergencia económica utilizando el recurso del estado de necesidad. De todas formas, el tribunal decidió que Argentina había incumplido las obligaciones presentes en el TBI, principalmente respecto a la inversión protegida por la ya citada cláusula paraguas del artículo 11, 2, c.¹⁰²

Sin embargo, el tribunal o Comité de anulación del CIADI anuló dicho laudo producto de un error de derecho por haberse excedido el tribunal arbitral en su interpretación del TBI que derivó en un exceso de jurisdicción. Eso fue determinante para que el Comité decida la nulidad total del laudo anterior. Lo llamativo ha sido que unos meses antes, en CMS se había sostenido 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 11”.

El Comité de anulación de Sempra consideró que constituía un error de derecho analizar el estado de necesidad de Argentina y establecer que el artículo 25 de las normas sobre Responsabilidad de los Estados del Proyecto de artículos de la CDI del 2001, de derecho consuetudinario, y el artículo 11 del TBI tienen el mismo fundamento. Pero, el mismo Comité en CMS no lo analizó.¹⁰³

Como síntesis de esta parte del trabajo, podemos decir que si bien es altamente improbable que una controversia sea exactamente igual a otra, hay factores similares que permiten analizarlas en conjunto. A su vez, es dable recalcar que las definiciones vagas de ciertos conceptos que se esbozan en los Tratados Bilaterales de Inversión

¹⁰² GUAIA, C. I., “Notas sobre arbitraje y jurisprudencia”. *Arbitraje PUCP*, 2014, Número 4, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/view/10394>, página 143.

¹⁰³ GUAIA, C. I., “Notas sobre arbitraje y jurisprudencia”. *Arbitraje PUCP*, 2014, Número 4, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/view/10394>, página 144.

pueden llevar, y de hecho ha sucedido, a interpretaciones disímiles. Esto pone de manifiesto que no ha existido una línea de actuación congruente en el análisis de los casos contra la República Argentina, pese al denominador común de todos ellos que fue la crisis del 2001. El problema es, ni más ni menos, la confusión que esta situación trae aparejada y la falta de previsibilidad de los tribunales ante la carencia de una jurisprudencia arbitral objetiva. Sabemos que los propios tribunales arbitrales de estos casos han hecho uso de los precedentes para explicar sus laudos, tanto apartándose de ellos como siguiendo una línea de interpretación. Así, diremos que aunque su peso es indiscutible, es evidente que no tiene el poder necesario para conducir el accionar de los árbitros. En fin, en el caso argentino, hubiese sido resultado de mayor utilidad que se unificasen las demandas en una suerte de acumulación de los procesos para así poder evitar la diversidad de decisiones sobre hechos casi idénticos.

CONCLUSIÓN

En pos de arribar a una conclusión y poder dar respuesta a la pregunta que titula este trabajo, comenzaré por exponer que la discusión acerca de si el conjunto de laudos es o no fuente del derecho y por consiguiente obligatoria o no, es precisamente eso, una discusión, un debate. No será resuelta hasta que deje de depender de la interpretación de los árbitros, abogados y doctrinarios con distintas tradiciones jurídicas. Definitivamente no será resuelta con esta investigación. Empero, considero que luego de haber analizado los tópicos establecidos en cada capítulo, sí es propicio afirmar que si bien no existe una obligatoriedad legal para el árbitro de seguir a rajatabla el precedente arbitral ante situaciones fácticas semejantes, este importa una innegable directriz tanto para él como para quienes lo invocan a la hora de alegar o redactar sus demandas. El punto a favor de esta tesis que me resulta más claro, dentro de todos los que esgrimí, está dado por el hecho de que el árbitro debe expedirse sobre por qué ha decidido apartarse de la línea de razonamiento de un laudo anterior. Esto pone de manifiesto dos extremos: uno, que no está obligado a seguirlo, de hecho no lo hace, pero dos, que si debe explicar el motivo por el cual se aparta, entonces definitivamente el precedente tiene su peso específico a la hora de tomar la decisión. Las demandas iniciadas contra Argentina ante el CIADI producto de la crisis del 2001, ponen en evidencia que cada TBI es analizado con independencia de los demás y que los precedentes arbitrales, por más de que las causas tengan incluso un mismo origen, no son vinculantes para los tribunales, lo cual tampoco ha impedido que sean tenidos en cuenta, tal como ha ocurrido en los casos estudiados.

Respecto a si estamos en camino o no hacia una “jurisprudencia” arbitral en el arbitraje internacional de inversiones, mi respuesta es necesariamente afirmativa. He esbozado a lo largo de todo este trabajo motivos por los cuales resulta incontrovertible el proceso de consolidación que conduce a esta “jurisprudencia”. Insisto que es cierto que a diferencia del *Common Law*, en el Derecho Internacional no existe una obligación de respetar inflexiblemente los precedentes, mas en la práctica el conjunto de laudos junto con sus motivaciones constituyen una jurisprudencia emergente en particular en el ámbito del derecho de inversiones internacionales. Ello debido a que producto de los límites de la confidencialidad de los laudos, dado el interés público de sus contenidos, permiten que se den a conocer públicamente y que aquellos que participen de un

procedimiento arbitral puedan acudir a ellos libremente y regirse por sus respectivas interpretaciones y resoluciones.

Otra de las consideraciones finales a la que he podido arribar luego de esta investigación, es que no se trata de considerar al laudo arbitral de forma individual para argüir si es o no vinculante, sino de evaluarlo como parte de un conjunto de laudos coincidentes que generen una línea de razonamiento coherente. No debemos hablar del “precedente arbitral”, sino de las *tendencias en las decisiones arbitrales*. Ellas son las que encauzan a los arbitrajes futuros, aunque sin el efecto del *stare decisis*, para brindar cierta unicidad y, en consecuencia, seguridad jurídica. El primordial beneficio a anhelar es el prevenir las resoluciones divergentes propias de los laudos en procedimientos arbitrales de inversiones internacionales, como las explicadas en el caso argentino, ante la carencia de un sistema homogéneo y unificador.

A mi modo de ver, resulta imperioso bregar por una “jurisprudencia” congruente y razonable a fin de evitar que tanto Estados como empresas internacionales no elijan el arbitraje internacional como herramienta para resolver sus disputas producto de la desemejanza de sus desenlaces. Es un método que se adapta perfectamente a las contiendas modernas propias de la economía mundial actual, por lo que estas falencias han de ser ajustadas para así no desaprovechar instrumento.

Como último punto, quisiera agregar que si bien es cierto que el árbitro es una figura privada y que no representa a ningún orden jurídico nacional toda vez que su investidura es funcional para una disputa en concreto y desaparece una vez que la resuelve, por lo que no es su *deber* velar por un ordenamiento jurídico internacional previsible, tampoco ello le impide tener en cuenta intereses que excedan la limitada esfera de las partes enfrentadas. Puede contribuir, como facultad más que como un deber, a seguir una *tendencia* de resolución de conflictos para brindar previsibilidad jurídica satisfaciendo las expectativas legítimas de los Estados y de los inversores.

BIBLIOGRAFÍA

ALMOGUERA GARCÍA, J. “La directiva europea de la mediación civil y mercantil. La mediación y el arbitraje en el comercio internacional”, *Not. Unión Eur.*, mayo 2009.

BARONA VILAR, S. “*Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España. Tras la aprobación de la Ley 5/2012*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, SBN 978-84-9033-377-8.

BENTOLILLA, D. “Hacia una jurisprudencia arbitral en el arbitraje internacional de inversiones”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* [en línea]. 2012, ISSN: . Disponible en: [https:// www.redalyc.org/articulo.oa?id=402740628011](https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=402740628011).

BETANCOURT, JC., “*El contrato de arbitraje internacional*”, 1ª edición, Tirant lo blanch, Valencia, 2018.

BEYNEIX, I, “L’arbitrage international est-il encore véritablement un mode alternatif de règlement des différends?”, *Rev. Trim. Dr. Com.*, no 2, 2012.

BOTERO SANCLEMENTE, A. M. y CORREA HENAO, N. *Arbitraje internacional*. 2004. Bogotá: Cámara de Comercio.

BLANCO HERRERA, E. *El Impacto De Las Resoluciones Del CIADI Para La República De Argentina*, 2017, <http://www.kerwa.ucr.ac.cr/handle/10669/72988>.

CAIVANO, Roque J, “La sede del arbitraje”, publicado en *Rev. El Derecho*, 272, nro. 14.157, 2017.

CASELLA, D.A., “El control judicial de los laudos arbitrales en el derecho argentino”, *DeCITA*, No 3, 2005.

CEPEDA, C. “El arbitraje y la importancia del principio de confidencialidad”. *USFQ Law Review*, 2013, 1(1).

CHÁVEZ BARDALES, Enrique: “Nuevas perspectivas sobre privacidad y confidencialidad en el arbitraje comercial internacional”, *Rev. Lima Arbitration*, N ° 3, 2007/2009.

CREMADES, B.M y MADALENA, I. “Procedimientos paralelos en el arbitraje internacional”, *REVISTA INTERNACIONAL DE ARBITRAJE*, N°:8, junio 2008.

DE BRABANDERE, E. “Arbitral Decisions as a Source of International Investment Law”. En Tarcisio Gazzini y Eric de Brabandere. *International Investment Law: The Sources of Rights and Obligations*. Boston: Martinus Nijhoff. 2012. https://doi.org/10.1163/9789004214538_010.

DELGADO COMPRUBÍ, A. *Implicaciones de la decisión del Comité de Anulación en el asuntos Azurix Corp. c. Argentina para la protección de los inversores extranjeros con participaciones en empresas locales*, Actualidad jurídica Uría Menéndez, ISSN 1578-956X, N°. 25, 2010.

DE TRAZEGNIES, Fernando, “La Publicidad en el Arbitraje” en *Ius*, N° 35.

DIOGUARDI, Juana: “El arbitraje ingresa solapadamente al Poder Judicial”, L.L. *Supl. Actualidad*, 9-11-2004.

FERNÁNDEZ ROZAS, JC., “El arbitraje comercial internacional entre la autonomía, la anacionalidad y la deslocalización”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LVII, 2005, pp. 605-637. ISSN: 0034- 9380.

GAILLARD, E. “Towards a uniform international arbitration law?” *YAP Seminars*, Paris, March 28, 2003.

GOLDBERG, S.B., SANDER, F.E.A., ROGERS, N.H. *Dispute resolution: negotiation, mediation and other processes*, 3 ed., Gaithersburg, New York, 1999.

GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M.a B. y BENAVIDES VELASCO, P., “La solución extrajudicial de conflictos en el ordenamiento jurídico español: la Ley 60/2003 de 23 de

diciembre, de Arbitraje”, *Revista de Derecho Comparado. Arbitraje*, núm. 11, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2005.

GRAY, J.C., *The Nature and Sources of the Law*, 2nd ed, New York, Macmillan, 1921.

GUAIA, C. “El arbitraje en el Proyecto de Unificación Legislativa” en “*Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*”, tomo 75, Nro. 1, 2015.

GUAIA, C. I., “Notas sobre arbitraje y jurisprudencia”. *Arbitraje PUCP*, 2014, Número 4, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/view/10394>.

HERRERA PETRUS, C. “Reflexiones sobre el discovery y otros aspectos probatorios del common law en el arbitraje internacional desde la perspectiva del jurista continental”, *Diario LA LEY*, n° 8829, de 22 de septiembre de 2016, Editorial Wolters Kluwer.

JIMENEZ, G. Comercio Internacional. Guía Básica. 2018.

KAUFMANN-KOHLER, “Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?”, 23, (3) *Arbitration International*, 2007.

KUNDMÜLLER CAMINITI, F. “Jurisprudencia en arbitraje de inversiones CIADI: ENRON contra Argentina, laudo del 22 de mayo de 2007” en *Derecho y sociedad*, 2007, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17242>

MERINO MERCHÁN, J. F. “Confidencialidad y arbitraje”. *Spain Arbitration Review: Revista Del Club Español Del Arbitraje*, Nro. 2, 2008.

Mills, A. “Antinomies of Public and Private at the Foundations of International Investment Law and Arbitration”, *Journal of International Economic Law*, 14 (2,1), 2011, <https://doi.org/10.1093/jiel/jgr020>.

MONROY CABRA, M. G. *Tratado de Derecho Internacional Privado*. 5 ed. Santa Fe de Bogotá, Temis, 1998.

MONTERO, J.F y ROMERO, M. “La conducta del abogado y la práctica de la prueba en el arbitraje internacional”. *Thomson Reuters*. Madrid. 2017.

MORENO BLESA, L. *El arbitraje del CIADI y su contribución al desarrollo a la luz de las inversiones directas en mercados emergentes*, *Iberoamerican Journal of Development Studies*, 2015, Volumen/volume 4, número/issue 1, ISSN: 2254-2035.

MORTIMORE, M, *Arbitraje internacional basado en cláusulas de solución de controversias entre los inversionistas y el Estado en acuerdos internacionales de inversión: desafíos para América Latina y el Caribe*, Naciones Unidas, CEPAL, Red de Inversiones y Estrategias Empresariales, Unidad de Inversiones y Estrategias Empresariales, División de Desarrollo Productivo y Empresarial, Santiago de Chile, noviembre 2009.

NOUSSIA, K. “*Confidentiality in International Commercial Arbitration. A Comparative Analysis of the Position under English, US, German and French Law*”. Hamburg, Germany.

LANDES, W. and POSNER, R. “Legal Precedent: A Theoretical and Empirical Analysis”, *19 Journal of Law and Economics*, 1976.

NAHID CUOMO, M.A, “El arbitraje comercial internacional en Argentina”, *Arbitraje Comercial Internacional En Latinoamérica*, Primera edición, PALESTRA EDITORES S.A.C., 2010, Lima.

ORREGO VICUÑA, F. “New Issues in the Settlement of Disputes of International Investments; the Global Reach of the Role Dispute Settlement”, *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes: liber amicorum Judge Thomas A. Mensah*, Leiden, Nijhoff, 2007.

OTERO SANCLEMENTE, A. M. y CORREA HENAO, N. *Arbitraje internacional*. 2004. Bogotá: Cámara de Comercio.

PEEMANS, J. P. *Globalización y desarrollo: algunas perspectivas, reflexiones y preguntas*. 1996 Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

PELÁEZ SANZ, FJ., “*El arbitraje internacional: cuestiones de actualidad*”, 1ª edición, Bosch, Barcelona, 2009.

PERALES VISCASILLAS, P., “Principios de Unidroit y PCDE en el arbitraje internacional”, en “*Principios de derecho contractual europeo y principios de Unidroit sobre contratos comerciales internacionales: actas del congreso internacional celebrado en Mallorca*”, Madrid, Dykinson, 2007, pp. 157-187.

PEROTTI, Javier. “Consideraciones del Caso Argentino ante la jurisdicción del CIADI”. *Centro Argentino de Estudios Internacionales. Programa Organismos Internacionales*. Documento extraído de la página de Internet www.caei.com.ar.

PORTIER, L. Yves , “The occasionally unwarranted assumption of confidentiality” en *Arbitration Internacional*, Vol. 15, N° 2, 1999.

POTERFIELD, M., “An International Common Law of Investors Rights”, *Journal of International Law*, 27, 2006.

PRIETO, G. “El precedente en el Derecho Internacional de inversiones: el valor argumentativo de decisiones arbitrales previas”, *Iuris Dicto* No 1, 2000, Quito: Universidad San Francisco de Quito.

REDFERN, A., HUNTER M., *International Arbitration*, Oxford Univerisity Press, 6th ed.

RIVERA, Julio César: “El arbitraje en Argentina a través de la jurisprudencia de su Corte Suprema”, L.L., *Academia Nacional de Derecho* 2007 (agosto).

ROGERS Y MILLER, “Non Confidential arbitration proceedings”, *Arbitration international*, 1996, Vol. 12, núm. 3.

ROQUÉ, M. N y TONDINI, B. M. “CIADI, Inversiones y el “FACTOR CONFIANZA” en la República Argentina”. *Centro Argentino de Estudios Internacionales. Programa de Derecho Internacional*. Documento extraído del sitio de Internet www.caei.com.ar.

SANDOVAL LÓPEZ, R. *Régimen jurídico del arbitraje comercial internacional*. Santiago, Chile, Jurídica de Chile, 2005.

SCHWARTZ, E., “The new 1998 ICC rules of arbitration: proceedings of the ICC conference presenting the rules”, *ICC Int. Court of Arbit. Bulletin*, Nov., 1997.

SHIHATA, I.F.I. “Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: the roles of ICSID and MIGA”, *ICSID Rev.–FILJ*, vol. 1, 1986, no 1.

SILVA ROMERO, E., “Breves observaciones sobre la modernización del Arbitraje Internacional. A propósito de la nueva Ley Española de Arbitraje”, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, no 9, Madrid, septiembre-diciembre 2004.

SIQUEIROS, J. L., “El arbitraje, marco normativo, tipos de arbitraje, compromiso arbitral y cláusula compromisoria”. *Pauta*, México, año 99, núm. 29, 2000.

SPRECHER, R.A., “The Development of the Doctrine of Stare Decisis and the Extent to Which It Should be Applied”, 31 *ABAJ*, 1945.

SOMMER, C. “EL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCION EN LOS LAUDOS ARBITRALES DEL CIADI: Ejecución Directa o Aplicación del Exequatur?”, *ACDI*, Bogotá, volumen 1, número 1, 2011.

SOMMER, C. “La aplicación de estándares de protección de inversiones extranjeras. Una mirada desde los casos argentinos”, *ACDI*, Bogotá, ISSN: 2027-1131/ISSNe: 2145-4493, Vol. 6, 2013.

STANLEY, L., *Acuerdos bilaterales de inversión y demandas ante Tribunales Internacionales: la experiencia argentina reciente*, Naciones Unidas, CEPAL, Red de Inversiones y Estrategias Empresariales, Unidad de Inversiones y Estrategias Empresariales, División de Desarrollo Productivo y Empresarial, Santiago de Chile, octubre 2004

TARTUFFO, M., “El proceso civil de “civil law”: Aspectos fundamentales”, *Revista Ius e Praxis*, número 1, 2006.

THOMSON, C. R. "Confidentiality in Arbitration: A Valid Assumption? A Proposed Solution!". *Dispute Resolution Journal* . Vol. 62 Núm. 2, Mayo 2007.

VÁRADY, T., BARCELÓ III, J. J., VON MEHREN, A. T., *International Commercial Arbitration*, West Group, 1999.

VILLALTA VIZCARRA, A. E. Solución de Controversias en el Derecho Internacional en [http:// www.oas.org/es](http://www.oas.org/es).

VIVES CHILLIDA, A. *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones* (CIADI), Madrid: McGraw–Hill, 1998.

WALDE, T. “Confidential Awards as Precedent in Arbitration. Dynamics and Implication of Award Publication”, en *Gaillard*, 2007, 113-135.

WÄLDE, T. “The Specific Nature of Investment Arbitration”, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux / New Aspects of International Investment Law*, 2007.

YALA, F. “The Notion of ‘Investment’ in ICSID Case Law: A drifting Jurisdictional Requirement?”, *J. Int’l Arb.*, vol. 22, no 2, 2005.

DOCUMENTACIÓN

Ali Shipping Corporation v Shipyard Trogir [1997] APPL.R. 12/19; Cfr. Smeureanu, Ileana M. "Confidentiality in International Commercial Arbitration". *Kluwer law international: Great Britain*, 2011.

Asociación Argentina de Derecho Internacional, Anuario Argentino de Derecho Internacional, 1a ed, Rosario, 2007.

CMS Gas Transmission Company v Argentina (Caso CIADI No. ARB/1/08). Laudo del 25 de mayo de 2005.

Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal V. Argentina. (Caso CIADI ARB/97/3). Decisión de anulación del 3 de julio de 2002.

El Paso Energy International Company v. Argentina. (Caso CIADI, No ARB/03/15). Decisión sobre competencia. 27 de abril de 2006, entre otros.

Esso Australia Resources Ltd and Others v. Plowman and Others (1995) 128 ALR 401-402

InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. Argentina. (Caso CIADI No. ARB/03/17). Decisión sobre jurisdicción. 16 de mayo de 2006.

Lanco International, Inc. v. Argentina (Caso CIADI No. ARB/97/6), Decisión preliminar sobre jurisdicción de 8 de diciembre de 1998.

LG&E v. Argentina. (Caso CIADI N° ARB/02/1). Decisión sobre Responsabilidad del 3 de octubre de 2006.

Sempra Energy International v. Argentina. (Caso CIADI No. ARB/02/16). Decisión sobre excepciones a la jurisdicción. 11 de mayo de 2005.

USA U.S. v. Pahandle Eastern Corp. 118 FRD 346 D. del 1988.

UNCITRAL, 2006, Caso Thunderbird v. Mexico, Separate Opinion of T. Wälde.