

El estado de necesidad en el arbitraje de inversiones



HENRY HUANCO PISCOCHE

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
Postgrado en Derecho de las Inversiones por la Universidad Peruana
de Ciencias Aplicadas.

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. El caso CMS vs. Argentina:
 1. Antecedentes;
 2. La crisis argentina;
 3. La Ley de Emergencia;
 4. Petición de arbitraje ante el CIADI;
 5. La posición de CMS;
 6. La posición de Argentina;
 7. Decisión de Jurisdicción;
 8. Laudo:
 - 8.1 El estado de necesidad en el derecho interno;
 - 8.2 El estado de necesidad en el derecho internacional consuetudinario;
 - 8.3 El estado de necesidad en el Tratado entre USA y Argentina;
 - 8.4 Naturaleza transitoria de la necesidad y compensación;
 - 8.5 Solicitud de Anulación y suspensión de los efectos del laudo.
- III. El caso LG&E vs. Argentina:
 1. Antecedentes;
 2. Petición de arbitraje ante el CIADI;
 3. La posición de LG&E;
 4. La posición de Argentina;
 5. Decisión de Jurisdicción;
 6. Decisión sobre Responsabilidad y Laudo:
 - 6.1 Naturaleza self-judging del Artículo XI del Tratado;
 - 6.2 Carácter necesario de las medidas adoptadas;
 - 6.3 Análisis del artículo 25 del Proyecto de Artículos de las Naciones Unidas.
- IV. Análisis comparativo de los laudos.
- V. Reflexiones finales.

Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima

ADVOCATUS | 28

I. INTRODUCCIÓN

El arbitraje de inversiones es una rama del derecho que se encuentra en constante formación. Las fuentes de las que se nutre son básicamente los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, conocidos por sus siglas en inglés como "BITs", y los laudos arbitrales. Estos últimos, a pesar de no constituir precedentes de observancia obligatoria, son su fuente principal, pues analizan y resuelven los fundamentos expuestos tanto por el inversionista extranjero como por el Estado receptor de la inversión. De hecho, en todos los laudos arbitrales siempre se hacen referencia a otros casos resueltos anteriormente, ya sea para seguir la línea trazada o para apartarse de ella.

Sin embargo, quienes proveen los insumos para ser analizados y desarrollados por los Tribunales son las partes arbitrales. Son éstas quienes sustentan sus posiciones ya sea en derechos reconocidos en un BIT o, cuando el supuesto alegado no se subsume en alguna de las instituciones reconocidas, "crean" nuevos conceptos. Estos "nuevos conceptos" propuestos por las partes, a pesar de no tener reconocimiento previo, son analizados y desarrollados por los Tribunales Arbitrales, otorgándoles un estándar internacional. Es así como se han ido formando paulatinamente las instituciones que ahora ya tienen reconocimiento expreso en el arbitraje de inversiones, tales como el trato justo y equitativo, el Principio de no discriminación, el trato nacional, el trato de la nación más favorecida, la expropiación indirecta, entre otros. Es por esta naturaleza aún formativa del derecho de inversiones que De Trazegnies afirma que este derecho:

"no es una criatura que pudiéramos considerar como recién nacida (...) ya es una categoría arbitral adolescente. Sin embargo todavía es poco conocida y, como tiene una edad relativamente joven, queda mucho por hacer respecto de ella a fin de asegurarle un crecimiento adecuado."¹

Para contribuir a su adecuado crecimiento, en el presente artículo vamos a ocuparnos de un nuevo concepto que ha surgido en el arbitraje de inversiones en los últimos años: el estado de necesidad. En efecto, a raíz de la crisis que sufrió la República de Argentina a fines de la década del 90, muchos inversionistas presentaron demandas arbitrales contra dicho Estado ante el Centro de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante, "CIADI") señalando que las medidas adoptadas por Argentina durante dicho período afectaron seriamente sus inversiones. Argentina, por su parte, ha sostenido como argumento de defensa que se encontraba en un estado de necesidad, por lo que se le debería eximir de la obligación de indemnizar. Por ello, vamos a contrastar los fundamentos de los dos primeros laudos expedidos por Tribunales CIADI en los que se desarrollaron los alcances del estado de necesidad que, curiosamente, arriban a conclusiones contradictorias.

II. EL CASO CMS VS. ARGENTINA

El primer caso arbitral presentado ante el CIADI en el que se alegó como fundamento de defensa el estado de necesidad, ha sido el caso seguido por CMS Gas Transmission Company (en adelante, "CMS"), sociedad constituida en los Estados Unidos de América, contra la República Argentina (en adelante, "Argentina"). A continuación vamos a citar los antecedentes del caso, las posiciones de las partes y los fundamentos y decisión del Tribunal Arbitral.

1. Antecedentes

En 1989, Argentina emprendió un vasto programa de privatizaciones de las empresas de propiedad estatal y otras actividades económicas, a la vez que procedió a fijar la paridad del peso con el Dólar de los Estados Unidos de América y adoptó otras medidas de estabilización. Alcanzar la estabilidad de la moneda, eliminar la inflación y atraer las inversiones extranjeras eran algunos de

1. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, "Arbitrando la Inversión". En: SOTO COAGUILA, Carlos Alberto (director). Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión. Lima: Magna Ediciones, 2008, p. 783.

los objetivos de este programa. El transporte de gas constituyó uno de los sectores importantes que fue objeto de este programa de reforma. El marco legal que rigió esas reformas económicas fueron la Ley 23.696 sobre Reforma del Estado de 1989, la Ley 23.928 sobre Convertibilidad Monetaria de 1991 y el Decreto 2128/91 que establecía la paridad entre el peso argentino y el Dólar de los Estados Unidos de América.

Asimismo, se aprobaron instrumentos específicos que regularon la privatización de los principales sectores. En lo referente al sector del gas, la Ley 24.076 – Ley sobre Privatización del Sector del Gas de 1992, estableció las reglas básicas para el transporte y la distribución de gas natural. Esta ley fue llevada a la práctica el mismo año a través del Decreto 1738/92 sobre la Aplicación de la Ley del Gas.

En virtud del nuevo régimen legal, Gas del Estado, una entidad de propiedad estatal, fue dividida en dos compañías de transporte y ocho compañías de distribución. Transportadora de Gas del Norte (en adelante, "TGN") fue una de las compañías creadas para el transporte de gas. Asimismo, para la privatización de la nueva compañía se dio acceso a inversionistas a través de un llamado público de ofertas mediante Licitación Pública Internacional para la Privatización de Gas del Estado el 17 de julio de 1992.

Un Modelo de Licencia aprobado por el Decreto 2255/92 del 02 de diciembre de 1992 estableció las condiciones básicas de las licencias que el Gobierno argentino otorgaría a cada nueva compañía. La licencia de TGN se otorgó por Decreto 2457/92 del 18 de diciembre de 1992 por un período de treinta y cinco años, prorrogable por otros diez años previo cumplimiento de determinadas condiciones.

Las normas legales y reglamentarias aprobadas, así como la licencia, determinaron un régimen jurídico en virtud del cual las tarifas debían calcularse en dólares, realizándose la conversión a pesos a la fecha de facturación y debiendo reajustarse las tarifas cada seis meses en función del Índice de Precios al Productor (en adelante, "IPP") de los Estados Unidos. Este derecho con-

cedido al inversionista es muy importante, pues, como veremos más adelante, su vulneración fue el principal reclamo demandado por CMS.

La participación de CMS en TGN comenzó en el marco de un Memorando de Oferta del 07 de julio de 1995, que dio lugar a la adquisición de las acciones de propiedad estatal. Las acciones adquiridas por CMS representaban el 25% del capital accionario de la compañía, a lo que se agregó más tarde la adquisición de un 4,42% adicional, totalizándose así la compra del 29,42% de las acciones de TGN.

2. La crisis argentina

En 1998, comenzó a desarrollarse en Argentina una grave crisis económica que iba a dar lugar a hondas secuelas políticas y sociales, conforme detallaremos más adelante. Ante tal situación, el Gobierno argentino convocó a una reunión con representantes de las compañías de gas para analizar una suspensión temporal del ajuste de las tarifas de gas basado en el IPP de los Estados Unidos, que había sido pactado. Las compañías convinieron en una suspensión temporal que difirió el ajuste por un período de seis meses (desde el 01 de enero hasta el 30 de junio de 2000). El acuerdo preveía principalmente: (i) que los costos de la prórroga se recuperarían en el período comprendido entre el 01 de julio de 2000 y el 30 de abril de 2001, (ii) que se indemnizarían las pérdidas de ingresos resultantes y (iii) que debía entenderse que ese sistema no sentaría un precedente ni implicaría la enmienda del marco jurídico que regía las licencias. ENARGAS, el ente público regulador del sector del gas, aprobó ese acuerdo por Resolución 1471 del 10 de enero de 2000.

Poco tiempo después se hizo evidente que el acuerdo no se aplicaría y las solicitudes de ajuste de tarifas formuladas por TGN, según lo previsto en la Licencia, no obtuvieron un pronunciamiento por parte del Estado; específicamente, ENARGAS instruyó a la compañía que debía abstenerse de realizar tales ajustes. El 17 de julio de 2000 se realizó una reunión adicional con representantes de las compañías de gas, a las que se les pidió que

accedieran a una postergación adicional del reajuste de tarifas. En esa fecha se celebró otro acuerdo, por el que se congelaron por dos años más los ajustes de tarifas basados en el IPP de los Estados Unidos y se autorizaron incrementos relacionados con la postergación y la pérdida de ingresos anteriores. Los ingresos no obtenidos en virtud de la nueva postergación se recuperarían paulatinamente, debiendo a partir del 30 de junio de 2002 realizarse nuevamente ajustes basados en el IPP de los Estados Unidos. Lo acordado se formalizó en el Decreto 669/2000, a la vez que se reconocía que el ajuste basado en el IPP de los Estados Unidos constituía "un derecho legítimamente adquirido" y era una premisa y condición básica de la licitación y de las ofertas.

En virtud de un procedimiento promovido por el Defensor del Pueblo de Argentina, el 18 de agosto de 2000 una jueza ordenó la suspensión de la aplicación del acuerdo y del Decreto 669/2000 hasta que se adoptara una decisión sobre la impugnación de la legalidad del ajuste basado en el IPP de los Estados Unidos. Entre tanto, los recursos administrativos interpuestos por TGN no revirtieron la situación y sus solicitudes de ajuste de tarifas continuaron siendo rechazadas. En su momento, las compañías, el Gobierno y ENARGAS apelaron la mencionada decisión de la jueza federal, sin embargo, este recurso no fue acogido.

3. La Ley de Emergencia

A fines de 2001 la crisis se profundizó ya que las sucesivas medidas correctivas dispuestas por el Ministro Domingo Carvallo resultaron infructuosas. Ello fue seguido por una considerable fuga de capitales de Argentina. Como secuela de esos eventos, mediante Decreto 1570/2001 el Gobierno introdujo el "corralito", que limitó drásticamente el derecho de retirar depósitos de cuentas bancarias. El país se declaró en situación de incumplimiento de pagos y en pocos días varios presidentes se sucedieron en el cargo. El 06 de enero de 2002 se aprobó la Ley de Emergencia 25.561 que declaró una situación de emergencia pública hasta el 10 de diciembre de 2003 e introdujo una reforma del

sistema cambiario. Sin embargo, este plazo fue objeto de varias prórrogas.

Los principales efectos de esta nueva legislación, fueron las siguientes: (i) se puso término al régimen de convertibilidad y paridad del peso argentino con el dólar de los Estados Unidos que había sido aplicada desde comienzos de 1991, (ii) se dispuso la reestructuración y la renegociación de los contratos públicos y privados suscritos en moneda extranjera, (iii) se abolió el derecho de los titulares de las licencias de servicios públicos a reajustar las tarifas de acuerdo al IPP de los Estados Unidos, así como el sistema de cálculo de las tarifas en dólares, y (iv) las tarifas respectivas se redenominaron en pesos al tipo de cambio de un peso por dólar, que también se aplicó a todos los contratos privados denominados en dólares u otra moneda extranjera.

4. Petición de arbitraje ante el CIADI

Ante tal preocupante situación, el 26 de julio de 2001 el CIADI recibió de CMS, una solicitud de arbitraje contra Argentina. La solicitud estaba referida a la suspensión por parte de Argentina, del procedimiento para reajustar las tarifas del transporte de gas con que operaba una empresa (TGN) en la que CMS había realizado una inversión. En su solicitud, CMS invocó las disposiciones del "Tratado entre la República de Argentina y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones" del 14 de noviembre de 1991, vigente desde el 20 de octubre de 1994 (en adelante, "el Tratado").

El 11 de enero de 2002 se constituyó el Tribunal Arbitral compuesto por el canadiense Marc Lalonde (designado por CMS), el brasileño Francisco Rezek (designado por Argentina) y el chileno Francisco Orrego Vicuña (designado por el CIADI como Presidente del Tribunal).

5. La posición de CMS

En su memorial, CMS alegó haber visto seriamente perjudicada su inversión que ascendía aproximadamente a US\$175 millones en la adquisición de acciones de TGN y a US\$1000 millones que TGN invirtió en la renovación

y expansión de la red de gasoductos. Según expuso CMS en su demanda, dicha empresa estadounidense decidió llevar a cabo importantes inversiones en el sector del transporte de gas confiando en las promesas y garantías propuestas por el Gobierno argentino, especialmente las que ofrecían calcular las tarifas en dólares de los Estados Unidos, efectuar los reajustes semestrales basados en el IPP de los Estados Unidos y realizar un reajuste general de tarifas cada cinco años.

CMS sostuvo, además, que las medidas adoptadas por Argentina en el periodo 1999-2002 le provocaron consecuencias devastadoras, ya que sus efectos se relacionan en parte con la pérdida de ingresos, y en parte con el hecho de que su capacidad de pago de la deuda se redujo en más de un tercio, debido a que ésta se encontraba denominada en dólares estadounidenses y entre tanto se produjo una devaluación del peso argentino. Asimismo, CMS señaló que el valor de sus acciones de TGN se redujo en 92% pasando de US\$261,1 millones a US\$21,2 millones, cifra esta última que posteriormente fue corregida para llegar a US\$23,7 millones y más tarde a US\$17,5 millones.

CMS alegó también que al no haberse realizado ningún ajuste de tarifas desde el 01 de enero de 2000 y al no poder calcularse las tarifas en dólares de los Estados Unidos, los ingresos de TGN por concepto de cobro de tarifas internas se redujeron casi un 75%.

En cuanto al fundamento jurídico, CMS sostuvo que las medidas adoptadas por Argentina conllevaron a la violación de todos los principales mecanismos de protección de inversiones a los que tenía derecho en virtud del Tratado. Afirmó, especialmente, que la República Argentina: (i) le expropió sin indemnización su inversión, violando así el Artículo IV del Tratado; (ii) faltó a su obligación de otorgarle un trato justo y equitativo, conforme al Artículo II (2) (a) del Tratado; (iii) infringió el Artículo II (2) (b) del Tratado por aprobar medidas arbitrarias y discriminatorias; (iv) faltó también a su obligación de cumplir las numerosas obligaciones que había asumido en relación con la inversión, violando así la norma

prevista en el Artículo II (2) (c) del Tratado; y (v) restringió la libre transferencia de fondos en violación del Artículo V del Tratado.

En conclusión, CMS basándose en su interpretación de las medidas tomadas por Argentina, en su efecto sobre la compañía y en las violaciones jurídicas invocadas, solicitó ser indemnizado con la suma de US\$261,1 millones por incumplimiento del Tratado, más intereses y costos.

6. La posición de Argentina

Por su parte, Argentina sustentó su memorial de contestación en varios fundamentos; sin embargo, para los fines del presente artículo, sólo nos avocaremos al fundamento referido al estado de necesidad.

Argentina señaló que en caso que el Tribunal Arbitral considere que hubo una violación del Tratado, el Gobierno argentino debería estar exento de responsabilidad por la existencia de un estado de necesidad, *force majeure* o un estado de emergencia.

Según Argentina, el estado de necesidad se funda en la grave crisis económica, social y política que comenzó a desarrollarse en el año 2000 y que puso en peligro la existencia misma del Estado argentino. Debido a esta crisis fue aprobada la Ley de Emergencia con el único propósito de contener dicha situación caótica.

El fundamento jurídico en que se respalda el estado de necesidad –según Argentina– se encuentra: (i) en el derecho interno argentino, específicamente en el marco de su Constitución y en las decisiones judiciales, y (ii) en el derecho internacional consuetudinario y en las disposiciones del Tratado.

En cuanto al derecho internacional consuetudinario, Argentina fundamentó su defensa en la Sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Gabcikovo-Nagymaros*, que determinó que el derecho internacional consuetudinario reconoce el estado de necesidad para “*excluir la ilicitud de un acto que no está en conformidad con una obligación internacional*”.

Argentina invocó también el caso *French Company of Venezuelan Railroads*, para justificar que el Gobierno tiene una obligación respecto de sí mismo cuando su "propia preservación es primordial". Igualmente apoya su argumento en el caso *Dickson Car Wheel Co*, en el que se decidió que:

"el extranjero que reside en un país que en razón de un desastre natural, social o internacional se ve obligado a adoptar estas medidas, debe soportar el deterioro natural de sus negocios sin reparación alguna, pues los Gobiernos (...) no son aseguradores contra todo riesgo".

Finalmente, hizo referencia al Artículo 25 del Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución 56/83 del 12 de diciembre de 2001 (en adelante, "el Proyecto"), en base a la propuesta hecha por la Comisión de Derecho Internacional (en adelante, "la Comisión"). Los requisitos que dispone esta norma para eximir de responsabilidad a un Estado, serán analizados detalladamente en el laudo arbitral (Infra 2.8.2).

Por tales consideraciones, Argentina solicitó al Tribunal Arbitral que en aplicación del estado de necesidad, se excluya de cualquier ilicitud las medidas que adoptó y, en consecuencia, la exima de indemnizar.

7. Decisión de Jurisdicción

Mediante Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción del 17 de julio de 2003 (Caso No. ARB/01/8) el Tribunal Arbitral decidió que la controversia se encontraba dentro de la jurisdicción del CIADI y la competencia del Tribunal.

Para efectos del presente artículo, sólo es importante señalar que en esta Decisión de Jurisdicción, el Tribunal dispuso que no tenía jurisdicción sobre medidas generales de política económica adoptadas por Argentina y que no podría emitir juicio sobre si acaso ellas han sido acertadas o equivocadas. Sin embargo, el Tribunal señaló que si tiene jurisdicción para examinar si medidas

específicas que afectaron la inversión de CMS, o medidas generales de política económica que tienen una relación directa con esa inversión, han sido adoptadas en contravención a los compromisos jurídicamente obligatorios adquiridos con el inversionista mediante los tratados, a la legislación o los contratos.

8. Laudo

Mediante Laudo arbitral notificado a las partes el 12 de mayo de 2005 (Caso No. ARB/01/8) el Tribunal Arbitral resolvió, entre otras cosas, lo siguiente: (i) que Argentina incumplió sus obligaciones de otorgar al inversionista un trato justo y equitativo garantizado por el Artículo II (2) (a) del Tratado y de cumplir los compromisos contraídos respecto de las inversiones que garantiza el Artículo II (2) (c) del Tratado; (ii) que Argentina pague a CMS una indemnización por el monto de US\$133,2 millones, más intereses; y (iii) luego del pago de la indemnización, CMS debería transferir a Argentina la propiedad de sus acciones en TGN una vez que Argentina haya pagado el monto adicional de US\$2,148,100.

En relación al estado de necesidad, el Tribunal Arbitral consideró que no se cumplieron todos los requisitos que la configuran, por lo que rechazó tal fundamento. A continuación vamos a conocer cuáles fueron las razones por las que el Tribunal arribó a tal decisión.

8.1 El estado de necesidad en el derecho interno

En relación al fundamento jurídico del estado de necesidad basado en el derecho interno, el Tribunal señaló que el principio del estado de necesidad no ha sido reconocido por el Código Civil ni por la legislación general de la República Argentina, sin embargo sí ha sido invocado en algunas sentencias judiciales de la Corte Suprema. En atención a ello, el Tribunal señaló que:

"(...) el estado de necesidad previsto en el derecho interno no ofrece una excusa cuando las medidas tomadas dan lugar a una modificación sustancial o esencial de los derechos contractualmente adquiridos,

en especial, si la aplicación de esas medidas supera un plazo estrictamente definido”.

Como se aprecia –según el Tribunal– para que el estado de necesidad excluya la responsabilidad del Estado: (i) la situación de emergencia debe ser transitoria y (ii) no debe atentar contra los derechos adquiridos mediante un contrato o una decisión judicial.

Sin embargo, el Tribunal al momento de determinar si en el caso bajo análisis se presentaron tales supuestos, no expuso una conclusión directa, sino simplemente señaló que:

“han transcurrido más de cinco años desde la adopción de las primeras medidas en el 2000, y las demoras pueden atribuirse a la crisis, pero si superan cierto periodo razonable de tiempo, adquiere mayor probabilidad la suposición de que puedan convertirse en características permanentes del régimen regulatorio.” (El subrayado es nuestro)

8.2 El estado de necesidad en el derecho internacional consuetudinario

En relación al estado de necesidad basado en el derecho internacional consuetudinario, el Tribunal señaló que el Artículo 25 del Proyecto reflejaba adecuadamente el concepto de estado de necesidad en el derecho internacional consuetudinario. El referido artículo señala lo siguiente:

“Estado de Necesidad.-

1. Ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho que no esté de conformidad con una obligación internacional de ese Estado a menos que ese hecho:
 - a) Sea el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente; y
 - b) No afecte gravemente a un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto.

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

- a) La obligación internacional de que se trate excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad; o
- b) El Estado ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad.” (El subrayado es nuestro)

Previo al análisis de cada uno de los requisitos subrayados en el artículo transcrito, el Tribunal dejó claramente establecido que el fundamento del estado de necesidad tiene un carácter excepcional y restrictivo, pues:

“Si no se exigen condiciones estrictas y rigurosas o si las mismas son aplicadas en un sentido amplio, cualquier Estado podría invocar necesidad para eludir sus obligaciones internacionales, lo cual sería contrario a la estabilidad y previsibilidad del derecho.”

Seguidamente, el Tribunal analizó cada uno de los requisitos que se encuentran regulados en el citado artículo 25. En primer lugar se refirió al *interés esencial* del Estado, indicando que la necesidad de evitar un colapso mayor, con todas sus consecuencias sociales y políticas, podría comprometer un interés esencial del Estado, en cuyo caso cabría el estado de necesidad. Sin embargo –añadió– tampoco se puede concluir que la ilicitud de las medidas debiera ser excluida en forma automática en las circunstancias del caso, concluyendo en que el efecto relativo que puede razonablemente atribuirse a la crisis no permite llegar a la conclusión de excluir la ilicitud de tales medidas.

En segundo lugar analizó la existencia de un *peligro grave e inminente*. También en este aspecto el Tribunal estuvo convencido de que la crisis argentina era lo suficientemente difícil como para justificar que el Gobierno adoptara medidas tendientes a evitar que ella empeorara y se produjera un colapso total de la economía, pero señaló que tampoco aquí el efecto relativo de la crisis permite llegar a la conclusión de exclusión de la ilicitud.

Como tercer aspecto, se dispuso determinar si las medidas adoptadas por Argentina eran el *único modo* que tenía el Estado para salvarguardar un interés esencial. Según el Tribunal, este aspecto era discutible, pues algunas opiniones de destacados economistas apoyaban esas medidas, sin embargo otros citaron una amplia gama de alternativas, como la de dolarizar la economía, otorgar subsidios directos a la población o las industrias afectadas, entre otras. Sin embargo, el Tribunal concluyó que el comentario de la Comisión al efecto de que la invocación de necesidad queda *"excluida si existen otros medios –de otro modo lícitos– disponibles, aunque pudiesen ser más onerosos o menos convenientes"*, es convincente, lo que le permite concluir que las medidas adoptadas no eran las únicas disponibles.

El cuarto requisito estuvo referido a que las medidas adoptadas *no deben afectar gravemente un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto*. El Tribunal señaló que este aspecto lo analizaría en la parte correspondiente al Tratado, debido a que en éste se encuentran reguladas las obligaciones específicas respecto de otro Estado; sin embargo señaló que no pareciera que el interés esencial de la comunidad internacional en su conjunto haya sido afectado de alguna manera relevante, como tampoco que se haya infringido una norma imperativa de derecho internacional, situación que se rige por el Artículo 26 del Proyecto.

De otro lado, el Tribunal sostuvo que además de las condiciones básicas estipuladas en el primer párrafo del artículo 25, en el segundo párrafo se establecen otros dos límites a la aplicación del estado de necesidad, pues el uso de la expresión *"en todo caso"* al comienzo del párrafo transcrito significa que cada uno de esos límites tiene procedencia sobre las condiciones estipuladas en el primer párrafo.

El primero de esos límites surge cuando *la obligación internacional excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad*. Sin embargo, este aspecto también será desarrollado en el numeral siguiente referido al análisis del Tratado.

El segundo límite es que *el Estado no haya contribuido a que se produzca el estado de necesidad*. Según el Tribunal, la Comisión resalta que esta contribución debe ser lo suficientemente importante y no simplemente indirecta o secundaria. En consecuencia, el Tribunal estuvo convencido de que la crisis tuvo sus orígenes en factores endógenos y exógenos, e incluye variadas dimensiones nacionales e internacionales, siendo una consecuencia inevitable del funcionamiento de una economía global donde interactúan factores internos e internacionales. Por ello, el Tribunal consideró que era necesario determinar si la contribución de Argentina a la crisis fue lo suficientemente importante. Luego de examinar las circunstancias de la controversia, la respuesta del Tribunal fue afirmativa, señalando que la crisis no fue generada por un gobierno en particular y reconoció sus orígenes en la crisis del decenio de 1980, que fue agravada por las políticas gubernamentales de los años noventa, que alcanzó su punto máximo en el 2002 y los años subsiguientes. De ahí el Tribunal tuvo en cuenta que las políticas gubernamentales y sus limitaciones contribuyeron de manera importante a la crisis y la emergencia. Si bien los factores exógenos condujeron a dificultades adicionales, el Tribunal señaló que ellas no eximen de responsabilidad a Argentina en esta materia.

Luego de haber analizado cada uno de los requisitos previstos en el artículo 25 para que se constituya el estado de emergencia como causal eximente de ilicitud, el Tribunal hizo referencia al caso *Gabcikovo-Nagymaros*, donde la Corte Internacional de Justicia citó la opinión de la Comisión al efecto de que todas las condiciones que rigen el estado de necesidad deben cumplirse de una manera *"acumulativa"*. Es decir, bastaría que uno de los requisitos no se presente para que no se configure el estado de necesidad.

En atención a ello -según el Tribunal- existen elementos parcialmente presentes en algunos aspectos, pero cuando se analizan los distintos elementos, condiciones y límites en su conjunto no se aprecia que se cumplen con la exigencia del carácter acumulativo; en consecuencia, el Tribunal concluyó en que no se han cumplido plenamente los requisitos relativos al estado de

necesidad en la costumbre internacional que permitan eximir de ilicitud las medidas tomadas por Argentina durante el periodo de crisis.

8.3 El estado de necesidad en el Tratado entre Estados Unidos y Argentina

Como hemos señalado anteriormente, Argentina alegó como fundamento jurídico no sólo el derecho interno y el derecho internacional consuetudinario, sino también las disposiciones del Tratado. Es por ello, que el Tribunal analizó dos artículos relacionados al estado de necesidad. El primero de ellos fue el Artículo XI, que señala lo siguiente:

"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." (El subrayado es nuestro)

Por su parte, el Artículo IV (3) del Tratado dispone lo siguiente:

"A los nacionales o sociedades de una Parte cuyas inversiones sufran pérdidas en el territorio de la otra Parte con motivo de guerra o de otro conflicto armado, revolución, estado de emergencia nacional, insurrección, disturbio civil o cualquier otro acontecimiento similar, la otra Parte les otorgará un trato no menos favorable que el trato más favorable que otorgue a sus propios nacionales o sociedades o a los nacionales o sociedades de terceros países, respecto de las medidas que adopte con relación a tales pérdidas". (El subrayado es nuestro)

El Artículo 25 del Proyecto dispuso que ningún Estado pueda invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de ilicitud *si la obligación internacional de que se trate excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad*. Por ello, lo que el Tribunal analizó es si el objeto y fin del Tratado excluyen el estado de necesidad.

Según el Tribunal, el Tratado está diseñado para proteger las inversiones en momentos de dificultades económicas u otras circunstancias que lleven al Gobierno a adoptar medidas adversas. El problema es por consiguiente establecer cuán graves deben ser esas dificultades económicas. Una crisis aguda -señala el Tribunal- no puede necesariamente considerarse equivalente a una situación de colapso total, pues en ausencia de esas condiciones de profunda gravedad, es evidente que el Tratado prevalecerá sobre la invocación del estado de necesidad. Sin embargo -añade el Tribunal- la emergencia y la necesidad podrían adquirir una dimensión diferente si esas dificultades, sin ser en sí mismas catastróficas, llevan a una situación catastrófica que altera y desintegra la sociedad o puede desembocar en el colapso total de la economía.

Como señalamos anteriormente, el Tribunal estaba convencido de que las crisis argentina fue grave pero no llevó a un total colapso económico y social, pues -como se establece en el laudo- cuando se compara la crisis argentina con otras crisis contemporáneas que afectan a países en diversas regiones del mundo, se observa que esas otras crisis no han dado lugar al incumplimiento de obligaciones internacionales contractuales o convencionales. Asimismo -se añade en el laudo- si bien la crisis en sí misma no puede ser calificada de catastrófica y no se daba, por consiguiente, una situación de *force majeure* que no dejaba otra opción disponible, tampoco puede sostenerse que la crisis no tuvo consecuencias y que las actividades comerciales podrían haber seguido su curso habitual.

El segundo aspecto analizado por el Tribunal es si, como se analizó en el contexto del Artículo 25 del Proyecto, *el acto en cuestión no afecta gravemente un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación*. Ante ello, el Tribunal señaló que si el Tratado fue convenido para proteger a los inversionistas, debe asumirse que ése es un interés importante de los Estados partes. Teniendo en cuenta el Tratado exclusivamente en el contexto de los Estados partes, el Tribunal concluyó en que no se ha afectado gravemente un interés

esencial del Estado con relación al cual existe la obligación, como tampoco de la comunidad internacional en su conjunto. En consecuencia, la invocación de necesidad no quedaría excluida en este extremo.

El tercer aspecto que el Tribunal analizó es si el Artículo XI del Tratado puede ser interpretado de manera tal que incluya la emergencia económica como *un interés esencial de seguridad*. Si bien el texto de dicho artículo no se refiere a crisis o dificultades económicas de esa clase en particular -como se establece en el laudo- ninguna norma de costumbre internacional como tampoco el objeto y el fin del Tratado, excluyen de por sí las crisis económicas agudas del alcance del Artículo XI.

Asimismo, el Tribunal precisa que el alcance de un tratado bilateral normalmente deberá ser entendido e interpretado como atendiendo a los intereses de ambas partes, pues si el concepto de intereses esenciales de seguridad se limitara a los problemas inmediatos en materia de política y seguridad nacional, en particular de naturaleza internacional, y excluyera otros intereses, por ejemplo las emergencias económicas graves, ello podría dar lugar a una interpretación desequilibrada del Artículo XI. Por ello el Tribunal señaló que la cuestión era la de establecer qué grado de gravedad debe alcanzar una crisis para entenderse como un interés esencial de seguridad; sin embargo, el Tribunal anteriormente había señalado que la gravedad de la crisis argentina no fue de la magnitud suficiente como para eximir de ilicitud las medidas adoptadas.

El cuarto aspecto que el Tribunal determinó es si la norma del Artículo XI del Tratado tiene *carácter discrecional*, es decir, si el alcance y la aplicación de esa norma queda entregada al sólo juicio del Estado que adopta las medidas en cuestión, o bien si la invocación del estado de necesidad o de emergencia u otros intereses esenciales de seguridad está sujeta a alguna forma de revisión judicial. En este aspecto, el Tribunal concluyó, en primer lugar, que la cláusula del Artículo XI del Tratado no tiene carácter discrecional, pues si un Estado consi-

dera que existe una emergencia, ciertamente adoptará las medidas que estime convenientes sin solicitar la opinión de tribunal alguno. Sin embargo -como señala el Tribunal- si la legitimidad de esas medidas es objetada ante un tribunal internacional, no es competencia del Estado en cuestión la de determinar si la invocación de necesidad puede excluir la ilicitud, sino que es competencia de la jurisdicción internacional.

Por ello, el Tribunal concluye que esa revisión judicial no se limita únicamente a examinar si la invocación o las medidas han sido adoptadas de buena fe, sino que es ésa una revisión sustantiva que debe determinar si el estado de necesidad o de emergencia cumple con las condiciones previstas en la costumbre internacional y las disposiciones del Tratado y, por tanto, si ello permite o no excluir la ilicitud.

De otro lado, el Tribunal luego de analizar el significado y alcance del Artículo IV (3) del Tratado, concluyó en que el significado claro de dicho artículo es establecer un trato mínimo al inversionista en el contexto de las medidas adoptadas, respecto de las pérdidas sufridas en la emergencia, que no sea diferente al otorgado a los nacionales o a otros inversionistas extranjeros; es decir, este artículo reconoce lo que en el arbitraje de inversiones se denomina el Principio de no discriminación en sus dos manifestaciones: (i) Trato Nacional (en relación a un nacional) y (ii) Trato de la Nación más favorecida (en relación a un extranjero). Según el Tribunal, este artículo no excluye la aplicación de los derechos conferidos por el Tratado, por el contrario, asegura que las medidas orientadas a compensar o minimizar las pérdidas no sean aplicadas de una manera discriminatoria.

8.4 Naturaleza transitoria de la necesidad y compensación

Asimismo, el Tribunal refirió que aunque se aceptara la invocación de necesidad, el deber de cumplir la obligación se reanudaría tan pronto como la circunstancia que excluye la ilicitud

hubiese dejado de existir, lo cual ya ha sucedido en el presente caso.

En relación a la compensación, el Tribunal consideró lo dispuesto en el Artículo 27 del Proyecto, que señala lo siguiente:

"Consecuencias de la invocación de una circunstancia que excluye la ilicitud:

La invocación de una circunstancia que excluye la ilicitud en virtud del presente capítulo se entenderá sin perjuicio de:

- a) El cumplimiento de la obligación de que se trate, en el caso y en la medida en que la circunstancia que excluye la ilicitud haya dejado de existir;
- b) La cuestión de la indemnización de cualquier pérdida efectiva causada por el hecho en cuestión. (El subrayado es nuestro)

Asimismo, el Tribunal añadió que esta conclusión también se sustenta en el caso *Gabcikovo-Nagymaros*, en que la Corte señaló que "*Hungría reconoció expresamente que, de todos modos, el mencionado estado de necesidad no la eximia de su deber de indemnizar a su asociado.*"

Finalmente -según el Tribunal- la invocación del estado de necesidad puede excluir la ilicitud de un acto, pero no excluye el deber de indemnizar por los daños causados al titular del derecho que debió sacrificarse.

8.5 Solicitud de anulación y suspensión de los efectos del laudo

Finalmente, el 08 de setiembre de 2005 Argentina solicitó la anulación del Laudo arbitral, invocando dos de las cinco causales previstas en el Artículo 52 (1) del Convenio del CIADI: (i) que el Tribunal se había extralimitado manifiestamente en sus facultades y (ii) que no se habían expresado en el Laudo los motivos en que ella se funda. La solicitud de anulación también contenía una petición, al amparo del Artículo 52 (5) del Convenio del CIADI y de la Regla 54 (1) de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI, de mantener la suspensión de la ejecución del

laudo hasta que se decida sobre la Solicitud de Anulación.

Mediante Decisión sobre la Solicitud de la República de Argentina de mantener la suspensión de la ejecución del laudo (Caso CIADI No. ARB/01/8) del 01 de setiembre de 2006, el Tribunal decidió mantener la suspensión de la ejecución del laudo hasta que se decida sobre la Solicitud de Anulación.

Finalmente, por Decisión del Comité AD HOC sobre la Solicitud de Anulación de la República Argentina (Caso CIADI No. ARB/01/8) enviada a las partes el 25 de setiembre de 2007, el Comité resolvió, entre otras cosas, rechazar los reclamos planteados por Argentina en su solicitud de anulación del laudo arbitral.

III. EL CASO LG&E VS. ARGENTINA

1. Antecedentes

Este caso también tiene como antecedente la crisis argentina padecida a fines de 1999, sobre la que ya nos hemos referido *in extenso* (supra 2.2). Sólo es importante añadir a lo expuesto que a partir del 25 de mayo de 2003, el Dr. Néstor Kirchner asumió la presidencia de Argentina luego de una elección popular realizada el 26 de abril de 2003, y reemplazó a las autoridades de transición que habían sido designadas por el Congreso argentino. Según la demandante, con esta nueva administración comienza un período de estabilización a nivel federal. Como veremos más adelante, este dato fue importante pues -para el Tribunal- la elección de Kirchner puso punto final a la crisis argentina.

2. Petición de arbitraje ante el CIADI

El 28 de diciembre de 2001 el CIADI recibió de LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International Inc., sociedades constituidas de conformidad con las leyes del *Commonwealth* del Estado de Kentucky, Estados Unidos de América (en adelante, "LG&E"), una solicitud de arbitraje en contra de Argentina. Es importante advertir que esta petición fue presentada sólo cinco meses después de la petición formulada por CMS.

Asimismo, el 24 de enero de 2002 LG&E presentó una comunicación en la cual informaba la ampliación de su solicitud de arbitraje, pues afirmaba que Argentina había cometido nuevas violaciones del Tratado al sancionar la Ley de Emergencia Pública y de Reforma del Régimen Cambiario, que afectaba negativamente sus inversiones en Argentina.

El 13 de noviembre de 2002 se constituyó el Tribunal Arbitral compuesto por Albert Jan van den Berg (designado por LG&E), Francisco Rezek (designado por Argentina) y Tatiana B. de Maekelt (designado por el CIADI como Presidente del Tribunal). Es importante resaltar que al árbitro designado por Argentina fue el mismo que propuso para el caso con CMS.

3. La posición de LG&E

LG&E posee participación accionaria en tres compañías distribuidoras de gas, constituidas en Argentina: Distribuidora de Gas del Centro, Distribuidora de Gas Cuyana S.A. y Gas Natural BAN S.A.

En su solicitud, LG&E sostuvo que Argentina, en forma unilateral, congeló determinados ajustes automáticos semestrales de las tarifas de distribución de gas natural de Argentina, basados en la variación del IPP de los Estados Unidos. Señaló además que, con la adopción de estas medidas, Argentina incumplió las obligaciones previstas en el Tratado: (i) al desconocer los compromisos contraídos, cuando la indujo a invertir en la industria del gas de Argentina; (ii) al no dispensar un trato justo y equitativo a su inversión; (iii) al tomar medidas arbitrarias que la discriminan por ser de nacionalidad y propiedad extranjeras, y (iv) al expropiar indirectamente su inversión sin cumplir con las disposiciones del Tratado, especialmente las relativas al debido proceso legal y al pago de una compensación inmediata, adecuada y efectiva. LG&E se basa, en particular, en el Artículo II (1), (2) y (6) y en el Artículo IV del Tratado.

La compensación monetaria solicitada por LG&E ascendió a US\$ 248 millones o, si el Tribunal concluía que se produjo la expropiación, a US\$

268 millones, más los intereses compuestos y los costos previos y posteriores al laudo.

4. La posición de Argentina

En su Memorial de Contestación, Argentina utilizó diversos fundamentos; sin embargo, para efectos del presente artículo, sólo haremos referencia al estado de necesidad. En este caso, a diferencia del caso con CMS, Argentina puso más énfasis en el fundamento de la necesidad de las medidas haciendo referencia a los numerosos reportes de catástrofe económica repentina; de huelgas masivas involucrando millones de trabajadores; de fatídicos tiroteos; de cierre de las escuelas, negocios, de paralización de transporte, de la energía, de los bancos y del sistema de salud; de protestas a lo largo del país y de un decadente mercado bursátil. Estos reportes -señaló- culminaron con "una masiva explosión social" en la que cinco presidentes renunciaron en un mes. En vista de estas circunstancias, Argentina afirmó que el control de precios ejercido por el Gobierno estuvo plenamente justificado bajo las disposiciones de orden público del Artículo XI del Tratado. Adicionalmente, Argentina sostuvo que las acciones para congelar el incremento de precios en el sector de la distribución del gas fueron justificadas para mantener la infraestructura básica del país, dependiente de la energía del gas natural.

Por tales fundamentos de hecho, Argentina señaló que si el Tribunal considera que hubiese violado las obligaciones impuestas por el Tratado, el estado de crisis política, económica y social en el que cayó el país, justifican las acciones violatorias de las obligaciones que había asumido con respecto a LG&E. Por tanto, aún si las medidas adoptadas por el Estado para superar la crisis vivida en los años 1998 a 2003, infringieran los derechos consagrados en el Tratado, tales medidas se tomaron en un contexto de estado de necesidad, por lo que durante este período Argentina debe quedar exenta de responsabilidad.

Los fundamentos jurídicos en que Argentina sustentó su posición son similares a los que fueron invocados en el caso con CMS.

5. Decisión de jurisdicción

Mediante Decisión del Tribunal Arbitral sobre Excepciones a la Jurisdicción del 30 de abril de 2004 (Caso No. ARB/02/1) se resolvió que la controversia se encontraba dentro de la jurisdicción del CIADI y la competencia del Tribunal, desestimando todas las objeciones planteadas por Argentina sobre la admisibilidad de la controversia y todas las excepciones opuestas a la jurisdicción del CIADI y a la competencia del Tribunal.

6. Decisión sobre responsabilidad y laudo

Mediante Decisión sobre Responsabilidad del 03 de octubre de 2006 (Caso CIADI No. ARB/02/1) el Tribunal decidió, entre otras cosas: (i) que entre el 01 de diciembre de 2001 y el 26 de abril de 2003, Argentina actuó en estado de necesidad, razón por la cual se le exoneró del pago de la indemnización por concepto de los daños ocurridos durante tal periodo; y (ii) que la República Argentina es responsable por los daños causados a LG&E excepto durante el periodo correspondiente al estado de necesidad.

Asimismo, mediante laudo enviado a las partes el 25 de julio de 2007 (Caso CIADI No. ARB/02/1) el Tribunal decidió que Argentina cumpla con pagar a LG&E la suma de US\$ 57,4 millones así como los intereses compuestos sobre dicho monto a la tasa de las Letras del Tesoro de los Estados Unidos de América correspondiente a seis meses, hasta la fecha de la cancelación total de la indemnización prevista en el laudo. A continuación citaremos los principales fundamentos por los que en este caso, a diferencia del caso con CMS, se amparó el fundamento del estado de necesidad.

En este caso, el Tribunal puso mayor énfasis en el análisis de las disposiciones del Tratado y no así en el Artículo 25 del Proyecto. Por ello, haciendo referencia al Artículo XI señaló que efectuaría un doble análisis: (i) en primer lugar, determinaría si las condiciones vividas en Argentina justifican que el Estado invoque la protección consagrada en el referido artículo; y (ii) determinaría si las medidas tomadas por Argentina fueron realmente necesarias para mantener el

orden público o proteger un interés esencial de seguridad, a pesar de haberse violado el Tratado.

Para tal propósito, el Tribunal decidió aplicar, en primer lugar, el Tratado, en segundo lugar, el derecho internacional general, en la medida en que sea necesario y, en tercer lugar, el derecho interno argentino.

6.1 *Naturaleza self-judging del Artículo XI del Tratado*

Previo al análisis material del Artículo XI, el Tribunal decidió determinar si este artículo es *self-judging*, pues de ser así, el Estado Argentino estaría facultado para calificar si las medidas adoptadas por ella fueron necesarias para el mantenimiento del orden público o la protección de sus intereses esenciales de seguridad y si éstas cumplieron las condiciones previstas en la costumbre internacional y las disposiciones del Tratado; en consecuencia, el Tribunal sólo debería decidir si Argentina actuó o no de buena fe para que se le atribuya o no responsabilidad por los daños que causaron tales medidas.

El Tribunal, en base a las evidencias con que cuenta en relación al entendimiento que tenían las partes en 1991, año en que se firmó el Tratado, decidió que la disposición discutida no era de naturaleza *self-judging*.

6.2 *Carácter necesario de las medidas adoptadas*

Según el Tribunal, desde el 1 de diciembre de 2001 hasta el 26 de abril de 2003, Argentina estuvo sumida en un periodo de crisis, durante el cual fue necesario tomar medidas con miras a mantener el orden público y proteger sus intereses esenciales de seguridad. Estas fechas coinciden, por una parte, con la medida de congelamiento de los fondos, que prohibía a los propietarios de cuentas bancarias retirar más de mil pesos mensuales y, por la otra, con la elección del Presidente Kirchner. El Tribunal estableció estas fechas como el inicio y el fin del periodo de extrema crisis, tomando en consideración la notoriedad de los eventos ocurridos, pues "las condiciones vividas en diciembre

de 2001, representaron el grado de desórdenes públicos más alto y una amenaza a los intereses esenciales de seguridad argentinos". Además -en opinión del Tribunal- dicho período no es simplemente un período de "problemas económicos" o de "fluctuación del ciclo de los negocios", sino una crisis extremadamente severa en los sectores económico, político y social, amenazado por el colapso total del Gobierno y el Estado argentino, concluyó el Tribunal. Este escenario negativo, según el criterio del Tribunal, activó las protecciones ofrecidas por el Artículo XI del Tratado, las cuales permitieron tomar medidas para mantener el orden público y controlar el descontento de la población.

En relación a que si las medidas adoptadas por Argentina fueron el *único modo* para salvaguardar un *interés esencial*, el Tribunal sostuvo que:

"(...) el Artículo XI se refiere a situaciones en las cuales el Estado no tenga elección al actuar. Un Estado puede tener múltiples respuestas para mantener su orden público o proteger sus intereses esenciales de seguridad. En tal sentido, se acepta el hecho de que la República Argentina haya suspendido el cálculo de las tarifas en dólares americanos y el ajuste de las tarifas de acuerdo al IPP, fue una manera legítima de proteger su sistema económico y social."

Asimismo, el Tribunal concluyó que dictar la Ley de Emergencia fue una medida necesaria y legítima del gobierno argentino, pues *"bajo las consideraciones que el Gobierno enfrentó en el 2001, el tiempo era un factor esencial a tener en cuenta para ofrecer una respuesta. Bajo la Ley de Emergencia elaborada en tan sólo seis días, se tomaron rápida y unilateralmente las acciones necesarias para combatir la crisis económica"*.

6.3 Análisis del Artículo 25 del Proyecto de Artículos de las Naciones Unidas

En referencia al Artículo 25 del Proyecto, el Tribunal señaló que las Naciones Unidas:

"ha entendido que la procedencia del estado de necesidad depende, en todo caso, de

la existencia concurrente de tres circunstancias, a saber: es necesario un peligro para la sobrevivencia misma del Estado y no para sus intereses específicos; ese peligro no debe haber sido creado por el Estado que actúa; finalmente, se exige que el peligro sea grave e inminente, de manera que no sea posible evitarlo por otros medios".

En relación al *interés esencial del Estado*, el Tribunal señaló que por interés "esencial" no debe entenderse limitado a aquellos intereses referidos a la existencia del Estado, sino también a intereses económicos, financieros o relacionados con la protección del Estado frente a cualquier peligro que comprometa gravemente su situación interna o externa.

En relación a la *obligación de no afectar el interés esencial de otro Estado*, el Tribunal señaló que la inclusión de un artículo autorizando el estado de necesidad en un tratado bilateral de inversiones constituye la aceptación de la posibilidad de que uno de ellos pueda invocar el estado de necesidad.

Seguidamente, el Tribunal sólo mencionó los requisitos previstos en el Artículo 25 del Proyecto, citando a algunos autores que comentan los alcances de cada uno de ellos, pero no los contrastó con los hechos del caso en concreto, salvo en dos requisitos:

- (i) El referido a la *contribución del Estado en la producción del daño*, en donde señaló que *"(...) en primer lugar, las Demandantes no han probado que el Estado Argentino contribuyera a la severa crisis que afrontaba el país; y, en segundo lugar, la actitud del Gobierno argentino ha demostrado el deseo de frenar, a toda costa, la gravedad de la crisis";* y
- (ii) En el requisito referido a si fue el *único modo* para salvaguardar un interés esencial del Estado, señalando que *"(...) en estas circunstancias, un paquete de medidas para la recuperación económica resultó la única manera de resolver la inminente crisis. Aunque existiesen otras alternativas para desarrollar el contenido del mencionado paquete de medidas para la recuperación económica,*

la evidencia presentada demuestra que una solución general fue necesaria, y la regulación de las tarifas de los servicios públicos tenía que incluirse en ellas". Adviértase en este punto que el Tribunal reconoció la existencia de otras medidas para hacer frente a la crisis.

Luego del análisis del Artículo 25 del Proyecto, el Tribunal, subordinando los alcances de este artículo al Artículo XI del Tratado, señaló que el artículo 25:

"(...) no exime por sí mismo de responsabilidad a Argentina, «sino sólo» refuerza el análisis del Tribunal en relación al significado del Artículo XI, en especial, el requisito de necesidad de las medidas para el mantenimiento del orden público y la protección de los intereses esenciales de seguridad argentinos".

Esta afirmación revela que, para el Tribunal, la fuente más importante para resolver la controversia fue el Tratado y, que el derecho internacional general (en este caso, el Artículo 25 del Proyecto) sólo fue requerido para interpretar y aplicar las disposiciones del mismo.

Finalmente refiriéndose al Artículo 27 del Proyecto, señaló que el mismo:

"(...) no se refiere específicamente a la compensación por alguna o por todas las pérdidas en las que haya incurrido un inversionista, debido a las medidas adoptadas por un Estado durante el estado de necesidad".

Añadiendo más adelante que:

"La norma no precisa si debe pagarse compensación durante el estado de necesidad ni tampoco si el Estado debe reasumir sus obligaciones. En este caso, la interpretación del Artículo XI del Tratado dada por el Tribunal provee la respuesta".

Por las consideraciones expuestas, el Tribunal Arbitral arribó a las siguientes conclusiones: (i) que el estado de necesidad se inició el 01 de

diciembre de 2001 y finalizó el 26 de abril de 2003; (ii) que durante ese periodo, Argentina queda exenta de responsabilidad, por lo cual LG&E deberá soportar las consecuencias de las medidas tomadas por Argentina; y (iii) Argentina debió reestablecer el sistema tarifario el 27 de abril de 2003 o haber compensado a LG&E, lo que no ocurrió, por lo que a partir de esa fecha, Argentina es responsable por los daños causados a LG&E.

IV. ANÁLISIS COMPARATIVO DE LOS LAUDOS

Como hemos podido apreciar, los casos CMS vs. Argentina y LG&E vs. Argentina tienen muchas semejanzas: (i) ambos se sustentan en similares fundamentos de hecho; (ii) se efectuaron inversiones en el sector del gas: mientras que CMS se dedicó al transporte, LG&E se ocupó de su distribución; (iii) ambos tienen como fundamento de derecho el Tratado entre Argentina y USA y, el Proyecto de Artículos de las Naciones Unidas; (iv) ambos inversionistas reclamaron principalmente la trasgresión de su derecho a reajustar las tarifas de acuerdo al IPP de los Estados Unidos; (v) en ambos casos, Argentina expuso como argumento de defensa el estado de necesidad.

Sin embargo, a pesar de tales similitudes, existe una importante diferencia en la forma de resolver el fundamento del estado de necesidad, pues en el caso CMS vs. Argentina se declaró infundado el argumento del estado de necesidad; mientras que en el caso LG&E vs. Argentina, se declaró fundado este fundamento. Por ello, a continuación vamos a realizar un análisis comparativo de ambos laudos arbitrales.

En primer lugar, es importante mencionar que la petición de arbitraje de CMS fue presentada sólo cinco meses antes de la petición formulada por LG&E. Esto quiere decir que ambos casos siguieron su curso casi simultáneamente. Sin embargo la diferencia temporal en la expedición del laudo sí fue considerable, pues mientras que en el caso con CMS el laudo fue notificado a las partes el 12 de mayo de 2005, en el caso con LG&E el laudo se notificó recién el 25 de julio de

2007, es decir, dos años y dos meses después. De acuerdo a ello, el Tribunal del caso con LG&E, al momento de resolver la controversia, estuvo en la posibilidad de conocer los fundamentos del laudo expedido en el caso con CMS, pudiendo citarlos (ya sea para acogerlos o para apartarse de ellos), más aún si uno de los árbitros del caso LG&E (Francisco Rezek) también conformaba el Tribunal Arbitral del caso con CMS, sin embargo no se hizo referencia alguna. Asimismo, es importante indicar que el fundamento del estado de necesidad fue resuelto por el Tribunal del caso con LG&E en la Decisión de Responsabilidad de fecha 03 de octubre de 2006, es decir, un año y cinco meses después de la expedición del Laudo del caso con CMS, por lo que por esta razón, también estuvieron en la posibilidad de conocer sus fundamentos.

De un lado, CMS solicitó ser indemnizado con la suma de US\$ 261,1 millones, más intereses y costos, mientras que en el laudo se le reconoció el pago de US\$ 133,2 millones, además se dispuso que CMS transfiera a Argentina la propiedad de sus acciones en TGN una vez que dicho Estado le haya pagado el monto adicional de US\$ 2, 148 100. De otro lado, LG&E solicitó se le indemnice con US\$ 248 millones o, si el Tribunal concluía que se produjo la expropiación, a US\$ 268 millones, mientras que en el laudo sólo se le otorgó US\$ 57,4 millones, más intereses.

El análisis efectuado por el Tribunal del caso con CMS partió del derecho interno argentino (la legislación argentina y las decisiones de su Corte Suprema) y culminó en el derecho internacional (el Artículo 25 del Proyecto y las disposiciones del Tratado). Por el contrario, el Tribunal del caso con LG&E aplicó sólo el derecho internacional (en primer lugar, el Tratado y en segundo lugar, el Artículo 25 del Proyecto), no obstante haber señalado inicialmente que utilizaría en último lugar el Derecho interno argentino.

En relación a la naturaleza del Artículo XI del Tratado en el sentido de si tiene un carácter discrecional (*self-judging*), ambos Tribunales coincidieron en la respuesta negativa. Por ello señalaron que era competencia del Tribunal (y no de Argentina) determinar si el estado de

necesidad cumplió con las condiciones previstas en la costumbre internacional y las disposiciones del Tratado y, por tanto, si ello permite o no excluir la ilicitud, no limitándose únicamente al examen de si las medidas fueron adoptadas de buena fe, como hubiera sucedido de haberse otorgado a la referida cláusula un carácter discrecional o *self-judging*.

Ambos tribunales también coincidieron en incluir al estado de emergencia dentro del concepto "*intereses esenciales de seguridad*", previsto en el Artículo XI del Tratado, sin embargo discreparon en su apreciación del nivel de gravedad de la crisis sufrida por Argentina. Así, el Tribunal del caso con CMS señaló que no fue tan grave como para justificar que las medidas adoptadas fueron para proteger un interés esencial de seguridad, mientras que el Tribunal del caso con LG&E señala que sí lo fue. La forma de apreciar la magnitud de la crisis -en nuestra opinión- fue la que determinó el resultado de ambas controversias.

En relación a si las medidas adoptadas por Argentina eran el *único modo* que tenía el Estado para salvaguardar un interés esencial también existe una discrepancia, pues el Tribunal del caso con CMS respondió negativamente, mientras que el Tribunal del caso con LG&E, interpretando de manera distinta esta disposición, aceptó que la decisión de Argentina fue una manera legítima de proteger su sistema económico y social.

Otra diferencia entre ambos laudos la encontramos en el requisito previsto en el Artículo 25 del Proyecto referido a *si el Estado ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad*. Según el Tribunal del caso con CMS, Argentina sí habría contribuido, mientras que para el Tribunal del caso con LG&E, no lo hizo.

Finalmente, los Tribunales difieren también en la interpretación del Artículo 27 del Proyecto, pues según el Tribunal del caso con CMS, la configuración del estado de necesidad sólo eximiría de ilicitud a las medidas adoptadas por el Estado, mas no exime de la obligación de éste de indemnizar al inversionista por los

daños causados. Sin embargo, el Tribunal del caso con LG&E sostiene que dicha norma no precisa si debe pagarse compensación durante el estado de necesidad ni tampoco si el Estado debe reasumir sus obligaciones, pero citando el Artículo XI del Tratado concluye que Argentina no debería pagar durante dicho período.

V. REFLEXIONES FINALES

En nuestra opinión, el factor determinante para la resolución de ambos casos ha sido la apreciación que cada Tribunal ha tenido sobre la crisis argentina. Para uno de ellos fue muy grave que justificó las medidas tomadas por Argentina, mientras que para el otro, no lo fue, por ello consideró que tales medidas no justificaron que se le exima a Argentina de indemnizar por los daños causados al inversionista extranjero. A partir de tal apreciación, cada Tribunal comenzó su análisis del Artículo 25 del Proyecto y de

las disposiciones del Tratado, para arribar a su decisión final.

El resultado contradictorio de ambos laudos, ante tan idénticos hechos, podría inducirnos a pensar que no existe predictibilidad en el arbitraje de inversiones. Tal vez esta crítica pueda sea cierta, lo que constituiría uno de los defectos de este sistema de solución de controversias entre inversionistas extranjeros y Estados receptores de inversión; pero también es cierto que hasta el momento, el arbitraje de inversiones constituye el mejor sistema que existe para incentivar las inversiones extranjeras y contribuir al desarrollo de los Estados. Estamos seguros que la práctica arbitral en esta materia, con el transcurrir del tiempo, va a pulir las imperfecciones de este sistema, pues como señalamos al inicio del presente artículo, el arbitraje de inversiones es todavía una categoría joven que le falta aún mucho camino por recorrer.